

Dell Computer Corporation *Appellant*

v.

Union des consommateurs and Olivier Dumoulin *Respondents*

and

Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Public Interest Advocacy Centre, ADR Chambers Inc., ADR Institute of Canada and London Court of International Arbitration *Intervenors***INDEXED AS: DELL COMPUTER CORP. v. UNION DES CONSOMMATEURS****Neutral citation: 2007 SCC 34.**

File No.: 31067.

2006: December 13; 2007: July 13.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Arbitration — Sale of computer equipment over Internet — Arbitration clause contained in terms and conditions of sale — Consumer instituting class action against seller — Article of book of Civil Code on private international law providing that Quebec authority has jurisdiction to hear action involving consumer contract if consumer has domicile or residence in Quebec, and that waiver of that jurisdiction by consumer may not be set up against consumer — Whether arbitration clause can be set up against consumer — Whether arbitration clause contains foreign element that renders rules on international jurisdiction of Quebec authorities applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3149.

Arbitration — Review of application to refer dispute to arbitration — Whether arbitrator or court has jurisdiction to rule first on parties' arguments on validity or

Dell Computer Corporation *Appelante*

c.

Union des consommateurs et Olivier Dumoulin *Intimés*

et

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada, Centre pour la défense de l'intérêt public, ADR Chambers Inc., ADR Institute of Canada et Cour d'arbitrage international de Londres *Intervenants***RÉPERTORIÉ : DELL COMPUTER CORP. c. UNION DES CONSOMMATEURS****Référence neutre : 2007 CSC 34.**

N° du greffe : 31067.

2006 : 13 décembre; 2007 : 13 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Arbitrage — Vente de matériel informatique par Internet — Clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente — Consommateur intentant un recours collectif contre le vendeur — Disposition du livre du Code civil traitant du droit international privé prévoyant que les autorités québécoises sont compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation si le consommateur a son domicile ou sa résidence au Québec et que la renonciation du consommateur à cette compétence ne peut lui être opposée — La clause d'arbitrage est-elle opposable au consommateur? — La clause d'arbitrage comporte-t-elle un élément d'extranéité faisant jouer les règles sur la compétence internationale des autorités québécoises? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

Arbitrage — Examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage — Qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire a compétence pour statuer, en premier, sur les arguments

applicability of arbitration clause — Limits of intervention by court in case involving arbitration clause — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 940.1, 943.

Contracts — Consumer contract or contract of adhesion — External clause — Electronic commerce — Validity of arbitration clause — Whether arbitration clause that can be accessed by means of hyperlink in contract entered into via Internet is external clause — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1435.

The Dell company sells computer equipment retail over the Internet. It has its Canadian head office in Toronto and a place of business in Montreal. On April 4, 2003, the order pages on its English-language Web site indicated prices of \$89 rather than \$379 and of \$118 rather than \$549 for two models of handheld computers. On April 5, on being informed of the errors, Dell blocked access to the erroneous order pages through the usual address. D, circumventing the measures taken by Dell by using a deep link that enabled him to access the order pages without following the usual route, ordered a computer at the lower price indicated there. Dell then posted a price correction notice and at the same time announced that it would not process orders for computers at the prices of \$89 and \$118. When Dell refused to honour D's order at the lower price, the Union des consommateurs and D filed a motion for authorization to institute a class action against Dell. Dell applied for referral of D's claim to arbitration pursuant to an arbitration clause contained in the terms and conditions of sale, and dismissal of the motion for authorization to institute a class action. The Superior Court and the Court of Appeal held, for different reasons, that the arbitration clause could not be set up against D.

Held (Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. D's claim should be referred to arbitration and the motion for authorization to institute a class action should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: To ensure the internal consistency of the *Civil Code of Québec*, it is necessary to adopt a contextual interpretation that limits the scope of the provisions of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities to situations with a relevant foreign element. Since the prohibition in art. 3149 C.C.Q. against waiving the jurisdiction of Quebec authorities is found in that title, it applies only to situations with such an element. The foreign element must be a point of contact that is legally relevant to a foreign

soulevés par les parties concernant la validité ou l'application d'une clause d'arbitrage? — Paramètres à l'intérieur desquels l'intervention judiciaire peut être exercée en présence d'une clause d'arbitrage — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 940.1, 943.

Contrats — Contrat de consommation ou d'adhésion — Clause externe — Commerce électronique — Validité de la clause d'arbitrage — La clause d'arbitrage accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet constitue-t-elle une clause externe? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1435.

La société Dell vend au détail, par Internet, du matériel informatique. Elle a son siège canadien à Toronto ainsi qu'un établissement à Montréal. Le 4 avril 2003, les pages de commande de son site Internet anglais indiquent le prix de 89 \$ au lieu de 379 \$ et le prix de 118 \$ au lieu de 549 \$ pour deux modèles d'ordinateur de poche. Le 5 avril, Dell est informée des erreurs et bloque l'accès aux pages de commande erronées par l'adresse usuelle. Contournant les mesures prises par Dell en empruntant un lien profond qui lui permet d'accéder aux pages de commande sans passer par la voie usuelle, D commande un ordinateur au prix inférieur indiqué. Dell publie ensuite un avis de correction de prix et annonce simultanément son refus de donner suite aux commandes d'ordinateurs aux prix de 89 \$ et 118 \$. Devant le refus de Dell d'honorer la commande de D au prix inférieur, l'Union des consommateurs et D déposent une requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre Dell. Dell demande le renvoi de la demande de D à l'arbitrage en vertu de la clause d'arbitrage faisant partie des conditions de vente et le rejet de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif. La Cour supérieure et la Cour d'appel concluent, pour des motifs différents, que la clause d'arbitrage est inopposable à D.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La demande de D est renvoyée à l'arbitrage et la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif est rejetée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Le respect de la cohérence interne du *Code civil du Québec* commande une interprétation contextuelle ayant pour effet de limiter aux situations comportant un élément d'extranéité pertinent la portée des dispositions du titre traitant de la compétence internationale des autorités du Québec. Puisque la prohibition visant la renonciation à la compétence des autorités québécoises prévue par l'art. 3149 C.c.Q. fait partie de ce titre, elle ne s'applique qu'aux situations comportant un tel élément. Il

country, which means that the contact must be sufficient to play a role in determining whether a court has jurisdiction. An arbitration clause is not in itself a foreign element warranting the application of the rules of Quebec private international law. The neutrality of arbitration as an institution is one of the fundamental characteristics of this alternative dispute resolution mechanism. Unlike the foreign element, which suggests a possible connection with a foreign state, arbitration is an institution without a forum and without a geographic basis. The parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provisions by which they are bound, to choose any place, form and procedures they consider appropriate. The choice of procedure does not alter the institution of arbitration. The rules become those of the parties, regardless of where they are taken from. As a result, an arbitration that contains no foreign element in the true sense of the word is a domestic arbitration. In the instant case, the facts that the applicable rules of the American arbitration organization provide that arbitrations will be governed by a U.S. statute and that English will be the language used in the proceedings are not relevant foreign elements for purposes of the application of Quebec private international law. [3] [26] [50-53] [56-58]

In a case involving an arbitration agreement, any challenge to the arbitrator's jurisdiction must be resolved first by the arbitrator in accordance with the competence-competence principle, which has been incorporated into art. 943 C.C.P. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator's jurisdiction is based solely on a question of law. This exception, which is authorized by art. 940.1 C.C.P., is justified by the courts' expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting referral and by the rule that an arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court. If the challenge requires the production and review of factual evidence, the court should normally refer the case to arbitration, as arbitrators have, for this purpose, the same resources and expertise as courts. Where questions of mixed law and fact are concerned, the court must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record. Before departing from the general rule of referral, the court must be satisfied that the challenge to the arbitrator's jurisdiction is not a delaying tactic and that it will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding. In the case at bar, the parties have raised questions of law relating to the application

doit s'agir d'un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger, c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente. Le seul fait de stipuler une clause d'arbitrage ne constitue pas en lui-même un élément d'extranéité justifiant l'application des règles du droit international privé québécois. La neutralité de l'arbitrage comme institution est en fait l'une des caractéristiques fondamentales de ce mode amiable de règlement des conflits. Contrairement à l'extranéité, qui signale la possibilité d'un rattachement avec un État étranger, l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique. Les parties à une convention d'arbitrage sont libres, sous réserve des dispositions impératives qui les lient, de choisir le lieu, la forme et les modalités qui leur conviennent. La procédure choisie n'a pas d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine. Par conséquent, une situation d'arbitrage qui ne comporte aucun élément d'extranéité au sens véritable du mot est un arbitrage interne. En l'espèce, le fait que les règles applicables de l'organisme arbitral américain prévoient que l'arbitrage sera régi par une loi américaine et que l'anglais sera la langue utilisée dans les procédures ne constituent pas des éléments d'extranéité pertinents pour l'application du droit international privé québécois. [3] [26] [50-53] [56-58]

En présence d'une convention d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier conformément au principe de compétence-compétence incorporé à l'art. 943 C.p.c. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation, permise par l'art. 940.1 C.p.c., se justifie par l'expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum auquel les parties s'adressent lorsqu'elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire. Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier. Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. En l'espèce, les parties ont soulevé des questions de droit portant

of the provisions on Quebec private international law and to whether the class action is of public order. There are a number of other arguments, however, that require an analysis of the facts in order to apply the law to this case, such as those relating to the existence of a foreign element and to the external nature of the arbitration clause. Consequently, the matter should have been referred to arbitration. [84-88]

The arbitration clause in issue, which could be accessed by means of a hyperlink in a contract entered into via the Internet, is not an external one within the meaning of art. 1435 C.C.Q. and is valid. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. The traditional test of physical separation, which is applied to determine whether contractual stipulations in paper documents are external, cannot be transposed without qualification to the context of electronic commerce. To determine whether clauses on the Internet are external clauses, therefore, it is necessary to consider another rule that is implied by art. 1435 C.C.Q.: the precondition of accessibility. This precondition is a useful tool for the analysis of an electronic document. Thus, a clause that requires operations of such complexity that its text is not reasonably accessible cannot be regarded as an integral part of the contract. Likewise, a clause contained in a document on the Internet to which a contract on the Internet refers, but for which no hyperlink is provided, will be an external clause. It is clear from the interpretation of art. 1435 C.C.Q. and from the principle of functional equivalence that underlies the *Act to establish a legal framework for information technology* that access to the clause in electronic format must be no more difficult than access to its equivalent on paper. In the instant case, the evidence shows that the consumer could access the page of Dell's Web site containing the arbitration clause directly by clicking on the highlighted hyperlink entitled "Terms and Conditions of Sale". This link reappeared on every page the consumer accessed. When the consumer clicked on the link, a page containing the terms and conditions of sale, including the arbitration clause, appeared on the screen. From this point of view, the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page. [94] [96-97] [99-101]

Although the class action is of public interest, it is a procedure, and its purpose is not to create a new right. The mere fact that D decided to bring the matter

sur l'application des dispositions du droit international privé québécois et le caractère d'ordre public du recours collectif. Plusieurs autres moyens requéraient cependant une analyse des faits pour déterminer l'application à l'espèce des règles de droit, tels que la recherche de l'élément d'extranéité et le caractère externe de la clause d'arbitrage. En conséquence, l'affaire aurait dû être renvoyée à l'arbitrage. [84-88]

La clause d'arbitrage en litige, qui est accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet, ne constitue pas une clause externe au sens de l'art. 1435 C.c.Q. et est valide. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Le critère traditionnel de séparation physique, qui permet de reconnaître le caractère externe des stipulations contractuelles sur support papier, ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique. La détermination du caractère externe des clauses sur Internet requiert donc de prendre en considération une autre règle qui est implicite à l'art. 1435 C.c.Q. : la condition préalable d'accessibilité. Cette condition s'avère un instrument utile pour l'analyse d'un document informatique. Ainsi, une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. Il ressort de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. et du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* que l'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Dans le présent cas, la preuve démontre que le consommateur peut accéder directement à la page du site Internet de Dell où figure la clause d'arbitrage en cliquant sur l'hyperlien en surbrillance intitulé « Conditions de vente ». Ce lien est reproduit à chaque page à laquelle le consommateur accède. Dès que le consommateur active le lien, la page contenant les conditions de vente, dont la clause d'arbitrage, apparaît sur son écran. En ce sens, cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document. [94] [96-97] [99-101]

Bien que le recours collectif soit un régime d'intérêt public, ce recours est une procédure qui n'a pas pour objet de créer un nouveau droit. Le seul fait que

before the courts by means of a class action rather than an individual action does not affect the admissibility of his action. An argument based on the class action being of public order cannot therefore be advanced to prevent the court hearing the action from referring the parties to arbitration. [105-106] [108]

Since the facts triggering the application of the arbitration clause occurred before the coming into force of s. 11.1 of the *Consumer Protection Act*, which prohibits any stipulation that obliges a consumer to refer a dispute to arbitration, that provision does not apply to the facts of this case. [111] [120]

Per Bastarache, LeBel and Fish JJ. (dissenting): One should not attach any significance to the structure of the *Civil Code of Québec* or the *Code of Civil Procedure* when interpreting the substantive provisions under review here. The coherence of the regime is not dependent on the particular Book of the C.C.P. that deals with arbitrations, or the particular title and Book of the C.C.Q. containing art. 3149. The C.C.Q. itself constitutes an ensemble which is not meant to be parcelled out into chapters and sections that are not interrelated. [141]

Quebec's acceptance of jurisdiction clauses is rooted in the principle of primacy of the autonomy of the parties. Both art. 3148, para. 2 C.C.Q. and art. 940.1 C.P.C. can be interpreted as giving practical effect to that principle and are consistent with the international movement towards harmonizing the rules of jurisdiction. On that point, art. 940.1 C.C.P. seems clear: if the parties have an agreement to arbitrate on the matter of the dispute, on the application of either of the parties, the court "shall" refer the parties to arbitration, unless the case has been inscribed on the roll or the court finds the agreement to be null. The reference to the nullity of the agreement is clearly also meant to cover the situation where the arbitration agreement, without being null, cannot be set up against the applicant. By using the term "shall", the legislator has indicated that the court has no discretion to refuse, on the application of either of the parties, to refer the case to arbitration when the appropriate conditions are met. [142] [144] [149]

The courts below were correct to fully consider D's challenge to the validity of the arbitration agreement based on the application of art. 3149 C.C.Q. Although art. 940.1 C.C.P. is not clear regarding the extent of the analysis the court should undertake, a discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances would best serve the legislator's clear intention

D ait décidé de s'adresser aux tribunaux au moyen de la procédure de recours collectif, au lieu d'un recours individuel, n'a pas pour effet de modifier la recevabilité de son action. Le caractère d'ordre public du recours collectif ne saurait donc être invoqué pour s'opposer à ce que le tribunal judiciaire saisi de l'action renvoie les parties à l'arbitrage. [105-106] [108]

Comme les faits entraînant la mise en œuvre de la clause d'arbitrage se sont produits avant la date d'entrée en vigueur de l'art. 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdit une stipulation ayant pour effet d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, cette disposition ne s'applique pas aux faits de l'espèce. [111] [120]

Les juges Bastarache, LeBel et Fish (dissidents) : Il ne faudrait attacher aucune importance à la structure du *Code civil du Québec* ou du *Code de procédure civile* pour interpréter les dispositions substantielles à l'étude dans le présent pourvoi. La cohérence du régime ne tient pas au livre du C.p.c. qui traite en particulier de l'arbitrage, ni au titre ou livre du C.c.Q. où se trouve l'art. 3149. Le C.c.Q. constitue en soi un ensemble qui ne doit pas être morcelé en chapitres et en dispositions dépourvus de tout lien entre eux. [141]

L'acceptation par le Québec des clauses de juridiction repose sur le principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties. L'article 3148, al. 2 C.c.Q. et l'art. 940.1 C.p.c. peuvent tous deux s'interpréter de manière à donner réellement effet à ce principe et s'inscrivent dans l'évolution internationale vers l'harmonisation des règles de compétence. Sur ce point, l'art. 940.1 C.p.c. semble clair : si les parties ont conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, le tribunal « renvoie » les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins que la cause n'ait été inscrite ou que le tribunal ne constate la nullité de la convention. Il semble évident que la mention de la nullité de la convention vise également le cas où la convention d'arbitrage ne peut, sans être nulle, être opposée au demandeur. En employant le verbe « renvoie » au présent de l'indicatif, le législateur a signalé que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer l'affaire à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties, lorsque les conditions requises sont remplies. [142] [144] [149]

Les juridictions inférieures ont eu raison d'examiner pleinement la contestation de D quant à la validité de la convention d'arbitrage, compte tenu de l'art. 3149 C.c.Q. Bien que l'art. 940.1 C.p.c. manque de précision quant à l'étendue de l'examen auquel devrait se livrer le tribunal, une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l'arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l'intention

to promote the arbitral process and its efficiency, while preserving the core supervisory jurisdiction of the Superior Court. When seized with a declinatory exception, a court should rule on the validity of the arbitration agreement only if it is possible to do so on the basis of documents and pleadings filed by the parties without having to hear evidence or make findings about its relevance and reliability. That said, courts may still exercise some discretion when faced with a challenge to the validity of an arbitration agreement regarding the extent of the review they choose to undertake. In some circumstances, particularly in those that truly merit the label “international commercial arbitration”, it may be more efficient to submit all questions regarding jurisdiction for the arbitrator to hear at first instance. In other circumstances, such as in the present case where provisions of the C.C.Q. must be interpreted, it would seem preferable for the court to fully entertain the challenge to the arbitration agreement’s validity. [176] [178]

The arbitration agreement at issue here cannot be set up against D because it constitutes a waiver of the jurisdiction of the Quebec authorities under art. 3149 C.C.Q. In determining whether art. 3149 applies, it is necessary to ask whether the jurisdiction chosen in the contract through a forum selection or arbitration clause is a “Québec authority”. If that jurisdiction is not a “Québec authority”, art. 3149 comes into play to permit the consumer or worker to bring his or her dispute before a “Québec authority”. An arbitration clause is itself sufficient to trigger the application of art. 3148, para. 2, and hence the exceptions that apply to it, including art. 3149. Forum selection and arbitration clauses constitute on their own the requisite foreign element for these rules of private international law to be engaged. A contractual arbitrator cannot be a “Québec authority” for the purposes of art. 3149. A “Québec authority” must mean a decision-maker situated in Quebec holding its authority from Quebec law. No arbitrator who is bound by U.S. law could be a “Québec authority”. Moreover, one would think a “Québec authority” would be required to provide arbitration services in French, whereas here, the American arbitration body’s code of procedure provides that all arbitrations will be in English. Finally, it seems completely incongruous that in order to begin the process attributing to the purported “Québec authority” power to hear the dispute, the consumer must first contact an American institution, located in the U.S., that is in charge of organizing the arbitration. [152] [184] [200] [204] [212-216]

claire du législateur de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure. Lorsqu’il est saisi d’un moyen déclinatoire, le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l’arbitrage que s’il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer de conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci. Cela dit, les tribunaux peuvent toujours exercer un certain pouvoir discrétionnaire quant à l’étendue de l’examen qu’ils choisissent de faire lorsque la validité d’une convention d’arbitrage est contestée. Dans certaines circonstances, et en particulier dans celles qui méritent vraiment d’être qualifiées d’« arbitrage commercial international », il peut être plus avantageux que l’arbitre soit saisi en première instance de toutes les questions de compétence. Dans d’autres circonstances, telles qu’en l’espèce où il faut interpréter certaines dispositions du C.c.Q., il semblerait préférable que le tribunal entende au complet la contestation relative à la validité de la convention d’arbitrage. [176] [178]

La convention d’arbitrage en cause ne saurait être opposée à D parce qu’elle constitue une renonciation à la compétence des autorités québécoises au sens de l’art. 3149 C.c.Q. Pour déterminer si l’art. 3149 s’applique, il est nécessaire de se demander si la juridiction choisie dans le contrat au moyen d’une clause d’élection de for ou d’arbitrage est une « autorité québécoise ». Si cette juridiction n’est pas une « autorité québécoise », l’art. 3149 entre en jeu et permet au consommateur ou au travailleur de soumettre son litige à une « autorité québécoise ». La clause d’arbitrage suffit en soi à déclencher l’application de l’art. 3148, al. 2, et par le fait même, de ses exceptions, notamment l’art. 3149. Les clauses d’élection du for et d’arbitrage constituent en soi l’« élément d’extranéité » requis pour que ces règles de droit international privé s’appliquent. Un arbitre consensuel ne saurait être qualifié d’« autorité québécoise » pour l’application de l’art. 3149. Une « autorité québécoise » doit s’entendre du décideur situé au Québec qui tient sa compétence du droit québécois. Aucun arbitre lié par le droit américain ne saurait être qualifié d’« autorité québécoise ». En outre, on pourrait penser qu’une « autorité québécoise » serait tenue d’offrir ses services d’arbitrage en français alors qu’en l’espèce, le code de procédure de l’organisme d’arbitrage américain stipule que tous les arbitrages se dérouleront en anglais. Enfin, il semble tout à fait incongru que le consommateur doive d’abord communiquer avec une institution américaine, située aux États-Unis et responsable de l’organisation de l’arbitrage, afin d’entamer le processus visant à attribuer à la soi-disant « autorité québécoise » la compétence nécessaire pour entendre le litige. [152] [184] [200] [204] [212-216]

The argument that a consumer dispute could never be arbitrated because it would constitute an arbitration over a matter of public order must be rejected. Article 2639 C.C.Q. deals with the kind of disputes that cannot be submitted to arbitration, namely “[d]isputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order”. A consumer dispute does not constitute another matter of public order. Furthermore, the fact that certain *Consumer Protection Act* rules to be applied by the arbitrator are in the nature of public order does not constitute a bar for the hearing of the case by an arbitral tribunal. Finally, the fact that the *Consumer Protection Act* and the C.C.Q. are silent as to the arbitrability of a consumer dispute suggests its permissibility. An act should only be interpreted as excluding the possibility of arbitration if it is clear from it that this is what the legislator intended. No provisions of the *Consumer Protection Act* or the C.C.Q. indicate that this is the case for consumer disputes. [218-221]

The argument that the principle of the autonomy of the parties has no bearing on this case as the arbitration clause is found in a contract of adhesion must also fail as it is based on the false assumption that an adhering party does not truly consent to be bound by the obligations contained in a contract of adhesion. Therefore, it is not sufficient for the respondents to raise the fact that the arbitration clause is found in a contract of adhesion in order to demonstrate that D should not be bound by it. Moreover, an arbitration clause cannot be said to be abusive, and therefore void, only because it is found in a consumer contract or in a contract of adhesion. [227-229]

The arbitration agreement is not null on the ground that it is found in an external clause that was not expressly brought to the attention of D as required under art. 1435 C.C.Q. While the hyperlink to the Terms and Conditions of Sale was in smaller print, located at the bottom of the Configurator Page, this is consistent with industry standards. It can therefore be concluded that the hyperlink was evident to D. Furthermore, the Configurator Page contained a notice that the sale was subject to the Terms and Conditions of Sale, available by hyperlink, thus bringing the Terms and Conditions expressly to D’s attention. [152] [238]

The recent amendment to the *Consumer Protection Act* does not apply to this case as the arbitration agreement was concluded before the new provision came into

Il faut rejeter l’argument voulant qu’un litige de consommation ne pourrait jamais être soumis à l’arbitrage parce qu’il s’agirait d’un arbitrage sur une question qui intéresse l’ordre public. L’article 2639 C.c.Q. traite du genre de différend qui ne peut être soumis à l’arbitrage, soit le « différend portant sur l’état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l’ordre public ». Un litige de consommation ne constitue pas une de ces autres questions qui intéressent l’ordre public. En outre, le fait que certaines des règles de la *Loi sur la protection du consommateur* que l’arbitre devrait appliquer présentent un caractère d’ordre public n’empêche en rien un tribunal arbitral d’instruire l’affaire. Enfin, le silence de la *Loi sur la protection du consommateur* et du C.c.Q. quant à l’arbitrabilité d’un litige de consommation tend à indiquer que l’arbitrage est permis. Aucune loi ne devrait être interprétée comme excluant le recours à l’arbitrage, sauf s’il est clair que telle était l’intention du législateur. Aucune disposition de la *Loi sur la protection du consommateur* ou du C.c.Q. n’indique que c’est le cas des litiges de consommation. [218-221]

L’argument voulant que le principe de l’autonomie de la volonté des parties n’a aucune application en l’espèce puisque la clause d’arbitrage figure dans un contrat d’adhésion doit également être rejeté puisqu’il repose sur la fausse hypothèse qu’un adhérent ne consent pas vraiment à être assujéti aux obligations énoncées dans un contrat d’adhésion. Il n’est donc pas suffisant pour les intimés de soulever le fait que la clause d’arbitrage se trouve dans un contrat d’adhésion pour démontrer que D ne devrait pas être lié par elle. En outre, une clause d’arbitrage ne saurait être abusive et, par le fait même, nulle uniquement parce qu’elle se trouve dans un contrat de consommation ou dans un contrat d’adhésion. [227-229]

La convention d’arbitrage n’est pas nulle parce qu’elle se trouve dans une clause externe qui n’a pas été portée expressément à la connaissance de D, comme l’exige l’art. 1435 C.c.Q. Même si l’hyperlien menant aux conditions de la vente était en petits caractères en plus d’être situé au bas de la page de configuration, cette pratique est conforme aux normes de l’industrie. On peut donc conclure que l’hyperlien était évident pour D. De plus, la page de configuration contenait un avis selon lequel la vente était assujéti aux conditions de vente, accessibles par hyperlien, les portant ainsi expressément à la connaissance de D. [152] [238]

Les modifications récentes à la *Loi sur la protection du consommateur* ne s’appliquent pas en l’espèce puisque la convention d’arbitrage a été conclue avant l’entrée

force and the general presumption against retroactivity has not been rebutted. [162]

Cases Cited

By Deschamps J.

Followed: *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19; **referred to:** *Dominion Bridge Corp. v. Knai*, [1998] R.J.Q. 321; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17; *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966; *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46; *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708; *Fondation M. v. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996); *C.C.I.C. Consultech International v. Silverman*, [1991] R.D.J. 500; *Banque Nationale du Canada v. Premdev inc.*, [1997] Q.J. No. 689 (QL); *Acier Leroux inc. v. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839; *Robertson Building Systems Ltd. v. Constructions de la Source inc.*, [2006] Q.J. No. 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation v. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] Q.J. No. 329 (QL); *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL); *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

Dominion Bridge Corp. v. Knai, [1998] R.J.Q. 321; *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People's Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529; *Masson v. Thompson*, [1994] R.J.Q. 1032; *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The "Angelic Power"*, [1971] F.C. 263; *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46; *La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273; *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038; *In re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL); *World LLC v. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] Q.J. No. 736 (QL); *Automobiles Duclos inc. v. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173; *Simbol Test Systems Inc. v. Gnubi Communications Inc.*, [2002] Q.J. No.

en vigueur de la nouvelle disposition, et la présomption générale de la non-rétroactivité de la loi n'a pas été réfutée. [162]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt suivi : *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19; **arrêts mentionnés :** *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17; *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966; *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46; *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708; *Fondation M. c. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996); *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman*, [1991] R.D.J. 500; *Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.*, [1997] A.Q. n° 689 (QL); *Acier Leroux inc. c. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839; *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, [2006] J.Q. n° 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] A.Q. n° 329 (QL); *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. n° 5922 (QL); *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

Dominion Bridge Corp. c. Knai, [1998] R.J.Q. 321; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Masson c. Thompson*, [1994] R.J.Q. 1032; *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire « Angelic Power »*, [1971] C.F. 263; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46; *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273; *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038; *In re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. n° 5922 (QL); *World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] A.Q. n° 736 (QL); *Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173; *Simbol Test Systems Inc. c. Gnubi Communications Inc.*, [2002] J.Q. n° 437 (QL); *Sonox*

437 (QL); *Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] Q.J. No. 9998 (QL); *Martineau v. Verreault*, [2001] Q.J. No. 3103 (QL); *Chassé v. Union canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165; *Lemieux v. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] Q.J. No. 9489 (QL); *Joseph v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669; *Bureau v. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006; *Richard-Gagné v. Poiré*, [2006] Q.J. No. 9350 (QL), 2006 QCCS 4980; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Lipohar v. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65; *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; *Rees v. Convergia*, [2005] Q.J. No. 3248 (QL), 2005 QCCA 353; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299.

Statutes and Regulations Cited

Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec, Draft Bill, 2nd Sess., 33rd Leg., Quebec, 1988, ss. 3477, 3511.

Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration, S.Q. 1986, c. 73.

Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts, Bill 48, 2nd Sess., 37th Leg., 2006.

Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts, S.Q. 2006, c. 56, ss. 2, 17, 18.

Act to establish a legal framework for information technology, R.S.Q., c. C-1.1, s. 5.

Civil Code of Lower Canada, arts. 8.1, 27, 85.

Civil Code of Québec, Bill 125, 1st Sess., 34th Leg., introduced December 18, 1990.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1379, 1435, 1436, 1437, 2639, 2640, 2642, 3094, 3111, 3117, 3118, 3134, 3139, 3141 to 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152 to 3154.

Code de procédure civile (France), arts. 1458, 1492.

Code Napoléon.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 21.1, 31, 33, 68, 940, 940.1, 940.6, 943, 943.1, 943.2, 946.4, para. 1(2), 948 to 951.2, 999(d), 1000, 1051.

Commercial Arbitration Act, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.).

Constitution Act, 1867, s. 96.

Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1, ss. 8, 11.1, 54.8 to 54.16, 271, para. 3.

Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 10.

Sia c. Albury Grain Sales Inc., [2005] J.Q. n° 9998 (QL); *Martineau c. Verreault*, [2001] J.Q. n° 3103 (QL); *Chassé c. Union canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165; *Lemieux c. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] J.Q. n° 9489 (QL); *Joseph c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669; *Bureau c. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006; *Richard-Gagné c. Poiré*, [2006] J.Q. n° 9350 (QL), 2006 QCCS 4980; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Lipohar c. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65; *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; *Rees c. Convergia*, [2005] J.Q. n° 3248 (QL), 2005 QCCA 353; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474; *Kanitz c. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 8.1, 27, 85.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1379, 1435, 1436, 1437, 2639, 2640, 2642, 3094, 3111, 3117, 3118, 3134, 3139, 3141 à 3147, 3148, 3149, 3150, 3151, 3152 à 3154.

Code civil du Québec, projet de loi 125, 1^{re} sess., 34^e lég., présenté le 18 décembre 1990.

Code de procédure civile (France), art. 1458, 1492.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 21.1, 31, 33, 68, 940, 940.1, 940.6, 943, 943.1, 943.2, 946.4, al. 1(2), 948 à 951.2, 999d), 1000, 1051.

Code Napoléon.

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., ch. C-1.1, art. 5.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.

Loi fédérale sur le droit international privé, RO 1988 1776, art. 114.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.Q. 2006, ch. 56, art. 2, 17, 18.

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, projet de loi n° 48, 2^e sess., 37^e lég., Québec, 2006.

Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage, L.Q. 1986, ch. 73.

Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé, avant-projet de loi, 2^e sess., 33^e lég., Québec, 1988, art. 3477, 3511.

Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.).

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 8, 11.1, 54.8 à 54.16, 271, al. 3.

Loi fédérale sur le droit international privé, RO 1988 1776, s. 114.

International Documents

Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980), art. 3.

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 330 U.N.T.S. 3, art. II.

United Nations. Commission on International Trade Law. *Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fifth session* (New York, 22 February - 4 March 1983) (A/CN.9/233).

United Nations. Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Ann. I, arts. 8(1), 16, Explanatory Note.

Authors Cited

Audit, Bernard. *Droit international privé*, 4^e éd. Paris: Économica, 2006.

Bachand, Frédéric. "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" (2006), 22 *Arb. Int'l* 463.

Bachand, Frédéric. *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989.

Baudouin et Jobin: Les obligations, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Béguin, Jacques. *L'arbitrage commercial international*. Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1987.

Bienvenu, Pierre. "The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region" (1999), 59 *R. du B.* 705.

Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2005.

Bouchard, Mario. "L'autorisation d'exercer le recours collectif" (1980), 21 *C. de D.* 855.

Brierley, John E. C. "Arbitration Agreements: Articles 2638-2643", in *Reform of the Civil Code*, vol. 3B, *Marine insurance, Carriage by water, Affreightment, Deposit, Loan, Suretyship, Gaming and Wagering, Transaction, Arbitration Agreements, Insurance and Annuities*. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 10.

Documents internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3, art. II.

Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome 1980), art. 3.

Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I, art. 8(1), 16, note explicative.

Nations Unies. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. *Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa cinquième session* (New York, 22 février - 4 mars 1983) (A/CN.9/233).

Doctrine citée

Audit, Bernard. *Droit international privé*, 4^e éd. Paris : Économica, 2006.

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

Bachand, Frédéric. *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989.

Baudouin et Jobin : Les obligations, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Béguin, Jacques. *L'arbitrage commercial international*. Montréal : Centre de recherche en droit privé & comparé du Québec, 1987.

Bienvenu, Pierre. « The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region » (1999), 59 *R. du B.* 705.

Binder, Peter. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2005.

Bouchard, Mario. « L'autorisation d'exercer le recours collectif » (1980), 21 *C. de D.* 855.

Brierley, John E. C. « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 1067.

- notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Brierley, John E. C. "Quebec's New (1986) Arbitration Law" (1987-88), 13 *Can. Bus L.J.* 58.
- Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Edmond Montgomery, 1993.
- Canada. Industrie Canada. Office of Consumer Affairs. *Your Internet Business: Earning Consumer Trust*. A guide to consumer protection for on-line merchants. Ottawa: The Department, 1999.
- Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*. Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2005.
- Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Collier, J. G. *Conflict of Laws*, 3rd ed. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2001.
- Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000, "constater".
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil: Sources annotées*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994 (feuilles mobiles mises à jour février 2006, envoi n^o 17).
- Crépeau, Paul-André. "Une certaine conception de la recodification", dans *Du Code civil du Québec: Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*. Montréal: Thémis, 2005, 23.
- Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.
- Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, vol. 1, 14th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.
- Fortier, L. Yves. "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143.
- Gaillard, Emmanuel, and John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Gautrais, Vincent. *Know your law: Guide respecting the management of technology-based documents*. Québec: Fondation du Barreau du Québec, 2005.
- Glenn, H. Patrick. "Droit international privé", dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.
- Brierley, John E. C. « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259.
- Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Edmond Montgomery, 1993.
- Canada. Industrie Canada. Bureau de la consommation. *Votre commerce dans Internet: Gagner la confiance des consommateurs*. Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct. Ottawa: Le Ministère, 1999.
- Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*. Huntington, N.Y.: Juris Publishing, 2005.
- Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Collier, J. G. *Conflict of Laws*, 3rd ed. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 2001.
- Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8^e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000, « constater ».
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil: Sources annotées*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994 (feuilles mobiles mises à jour février 2006, envoi n^o 17).
- Crépeau, Paul-André. « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec: Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*. Montréal: Thémis, 2005, 23.
- Cromwell, T. A. « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.
- Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, vol. 1, 14th ed. Under the general editorship of Lawrence Collins. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Emanuelli, Claude. *Droit international privé québécois*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.
- Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.
- Gaillard, Emmanuel, and John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Gautrais, Vincent. *Afin d'y voir clair: Guide relatif à la gestion des documents technologiques*. Québec: Fondation du Barreau du Québec, 2005.
- Glenn, H. Patrick. « Droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1993, 669.

- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, et II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.
- Guillemard, Sylvette. "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen", *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, www.ejcl.org/82/abs82-1.html.
- Guillemard, Sylvette, et Alain Prujiner. "La codification internationale du droit international privé : un échec?" (2005), 46 *C. de D.* 175.
- Hill, Jonathan. "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law", in Patrick Capps, Malcolm Evans and Stratos Konstadinidis, eds., *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
- Kierstead, Shelley. "Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach" (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 98.
- Lefebvre, Brigitte. "Le contrat d'adhésion" (2003), 105 *R. du N.* 439.
- Lehmann, Matthias. "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice" (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.
- Loquin, Éric. "Compétence arbitrale", *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034. France: Éditions Techniques, 1975.
- Loussouarn, Yvon, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières. *Droit international privé*, 8^e éd. Paris: Dalloz, 2004.
- Makarov, Alexander N. "Sources", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*. New York: Oceana, 1972.
- Marquis, Louis. "La compétence arbitrale: une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire" (1990), 21 *R.D.U.S.* 303.
- Marquis, Louis. "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois" (1991-1992), 37 *McGill L.J.* 448.
- Marquis, Louis. "Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel", dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, 447.
- Mustill, Michael John. "Arbitration: History and Background" (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43.
- Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, et II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Guillemard, Sylvette. *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.
- Guillemard, Sylvette. "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen", *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, www.ejcl.org/82/abs82-1.html.
- Guillemard, Sylvette, et Alain Prujiner. "La codification internationale du droit international privé : un échec?" (2005), 46 *C. de D.* 175.
- Hill, Jonathan. "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law", in Patrick Capps, Malcolm Evans and Stratos Konstadinidis, eds., *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
- Kierstead, Shelley. "Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach" (1999), 31 *Rev. can. dr. comm.* 98.
- Lefebvre, Brigitte. "Le contrat d'adhésion" (2003), 105 *R. du N.* 439.
- Lehmann, Matthias. "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice" (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.
- Loquin, Éric. "Compétence arbitrale", *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034. France: Éditions Techniques, 1975.
- Loussouarn, Yvon, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières. *Droit international privé*, 8^e éd. Paris: Dalloz, 2004.
- Makarov, Alexander N. "Sources", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*. New York: Oceana, 1972.
- Marquis, Louis. "La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire" (1990), 21 *R.D.U.S.* 303.
- Marquis, Louis. "La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois" (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 448.
- Marquis, Louis. "Le droit français et le droit québécois de l'arbitrage conventionnel", dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993, 447.
- Mustill, Michael John. "Arbitration : History and Background" (1989), 6 *J. Int'l Arb.* 43.

- North, Peter, and J. J. Fawcett. *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed. London: Butterworths, 1999.
- Parisien, Serge. "La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique", dans Daniel Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique*. Montréal: Thémis, 2003, 175.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, n° 46, 1^{re} sess., 33^e lég., 16 juin 1986, p. 2975.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, n° 55, 1^{re} sess., 33^e lég., 30 octobre 1986, p. 3672.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, n° 134, 2^e sess., 33^e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, *Commentaries*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Sainte-Foy, Qué.: Le Comité, 2000.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Québec. Ministère de la Justice. Projet de loi 125: Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144). Québec: Le Ministère, 1991.
- Rochette, Stéphane. "Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion?", dans *Repères*, EYB 2006REP504.
- Saumier, Geneviève. "Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure" (1998), 58 *R. du B.* 145.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Talpis, Jeffrey A. "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*" (1994), 96 *R. du N.* 183.
- Talpis, J. A., and J.-G. Castel. "Interpreting the rules of private international law", in *Reform of the Civil Code*, vol. 5B, *Private International Law*. Translated by Susan Altschul. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- North, Peter, and J. J. Fawcett. *Cheshire and North's Private International Law*, 13th ed. London: Butterworths, 1999.
- Parisien, Serge. « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans Daniel Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique*. Montréal: Thémis, 2003, 175.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, n° 46, 1^{re} sess., 33^e lég., 16 juin 1986, p. 2975.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 29, n° 55, 1^{re} sess., 33^e lég., 30 octobre 1986, p. 3672.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, n° 134, 2^e sess., 33^e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970.
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. Document de consultation. *La révision de la procédure civile*. Sainte-Foy, Qué.: Le Comité, 2000.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice — Le Code civil du Québec: Un mouvement de société*, t. I et II. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Québec. Ministère de la Justice. Projet de loi 125: Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144). Québec: Le Ministère, 1991.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, *Commentaires*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Rochette, Stéphane. « Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion? », dans *Repères*, EYB 2006REP504.
- Saumier, Geneviève. « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure » (1998), 58 *R. du B.* 145.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Talpis, Jeffrey A. « Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec* » (1994), 96 *R. du N.* 183.
- Talpis, J. A., et G. Goldstein, « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1989), 91 *R. du N.* 456.
- Talpis, J. A., et G. Goldstein. « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1988), 91 *R. du N.* 606.

- Talpis, J. A., et G. Goldstein, "Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé" (1989), 91 *R. du N.* 456.
- Talpis, J. A., et G. Goldstein, "Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé" (1988), 91 *R. du N.* 606.
- Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*. Montréal: Yvon Blais, 1994.
- Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Thuilleaux, Sabine, et Dean M. Proctor. "L'application des conventions d'arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale" (1992), 37 *McGill L.J.* 470.
- Tremblay, Raymond. "La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel" (1988), 91 *R. du N.* 246.
- Vermeys, Nicolas W. "Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand 'browsewrap' rime avec 'arbitrabilité'", dans *Repères*, EYB 2005REP375.
- Vischer, Frank. "Connecting Factors", in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*. New York: Oceana, 1999.
- Walker, Janet. *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws*, vol. 1, Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated 2007, release 7).
- Wyler, Éric, et Alain Papaux. "Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public", dans Éric Wyler et Alain Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*. Paris: Éditions A. Pédone, 1999, 239.
- Talpis, J. A., et J.-G. Castel. « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, *Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 801.
- Tetley, William. *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime*. Montréal : Yvon Blais, 1994.
- Thuilleaux, Sabine. *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.
- Thuilleaux, Sabine, et Dean M. Proctor. « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470.
- Tremblay, Raymond. « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988), 91 *R. du N.* 246.
- Vermeys, Nicolas W. « Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand "browsewrap" rime avec "arbitrabilité" », dans *Repères*, EYB 2005REP375.
- Vischer, Frank. « Connecting Factors », in Kurt Lipstein, ed., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*. New York : Oceana, 1999.
- Walker, Janet. *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws*, vol. 1. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated 2007, release 7).
- Wyler, Éric, et Alain Papaux. « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », dans Éric Wyler et Alain Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*. Paris : Éditions A. Pédone, 1999, 239.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Mailhot and Morissette JJ.A., and Lemelin J. (*ad hoc*)), [2005] R.J.Q. 1448, [2005] Q.J. No. 7011 (QL), 2005 QCCA 570, affirming a decision of Langlois J., J.E. 2004-457, [2004] Q.J. No. 155 (QL). Appeal allowed, Bastarache, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Mahmud Jamal, Anne-Marie Lizotte and Dominic Dupoy, for the appellant.

Ronald Bourguignon, Yves Lauzon and Careen Hannouche, for the respondents.

Mistrale Goudreau and Philippa Lawson, for the interveners the Canadian Internet Policy

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Mailhot et Morissette, et la juge Lemelin (*ad hoc*)), [2005] R.J.Q. 1448, [2005] J.Q. n° 7011 (QL), 2005 QCCA 570, qui a confirmé une décision de la juge Langlois, J.E. 2004-457, [2004] J.Q. n° 155 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, LeBel et Fish sont dissidents.

Mahmud Jamal, Anne-Marie Lizotte et Dominic Dupoy, pour l'appelante.

Ronald Bourguignon, Yves Lauzon et Careen Hannouche, pour les intimés.

Mistrale Goudreau et Philippa Lawson, pour les intervenants la Clinique d'intérêt public et de

and Public Interest Clinic and the Public Interest Advocacy Centre.

J. Brian Casey, Janet E. Mills and John Pirie, for the intervener ADR Chambers Inc.

Stefan Martin and Margaret Weltrowska, for the intervener ADR Institute of Canada.

Pierre Bienvenu, Frédéric Bachand and Azim Hussain, for the intervener the London Court of International Arbitration.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

DESCHAMPS J. — The expansion of trade is without question spurring the development of rules governing international relations. Alternative dispute resolution mechanisms, including arbitration, are among the means the international community has adopted to increase efficiency in economic relationships. Concomitantly, in Quebec, recourse to arbitration has increased greatly owing this mechanism's flexibility when compared with the traditional justice system.

This appeal relates to the debate over the place of arbitration in Quebec's civil justice system. More specifically, the Court is asked to consider the validity and applicability of an arbitration agreement in the context of a domestic legal dispute under the rules of Quebec law and international law, and to determine whether the arbitrator or a court of law should rule first on these issues.

To ensure the internal consistency of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), it is necessary to adopt a contextual interpretation that limits the scope of the provisions of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities to situations with a relevant foreign element. The prohibition in art. 3149 C.C.Q. against waiving the jurisdiction of Quebec authorities is found in that title and accordingly applies only to situations

politique d'Internet du Canada et le Centre pour la défense de l'intérêt public.

J. Brian Casey, Janet E. Mills et John Pirie, pour l'intervenante ADR Chambers Inc.

Stefan Martin et Margaret Weltrowska, pour l'intervenante ADR Institute of Canada.

Pierre Bienvenu, Frédéric Bachand et Azim Hussain, pour l'intervenante la Cour d'arbitrage international de Londres.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — La multiplication des échanges commerciaux alimente sans contredit le développement des normes régissant les relations internationales. Les modes amiables de règlement des litiges, dont l'arbitrage, font partie des moyens que la communauté internationale a retenus afin d'améliorer l'efficacité des rapports économiques. De façon concomitante, au Québec, l'arbitrage a pris un essor considérable en raison de la flexibilité que ce régime offre par rapport au système de justice traditionnel.

Le présent pourvoi s'inscrit dans le cadre du débat sur la place de l'arbitrage dans le système québécois de justice civile. Plus précisément, la Cour est appelée à se pencher, dans le contexte d'un litige interne, sur la validité et l'applicabilité d'une convention d'arbitrage au regard des règles du droit québécois et du droit international et à déterminer qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire devrait se prononcer en premier sur ces questions.

Le respect de la cohérence interne du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), commande une interprétation contextuelle, qui a pour effet de limiter aux situations comportant un élément d'extranéité pertinent la portée des dispositions du titre traitant de la compétence internationale des autorités du Québec. Parce que la prohibition visant la renonciation à la compétence des autorités québécoises prévue par l'art. 3149

with a relevant foreign element. Since arbitration is in essence a neutral institution, it does not in itself have any foreign element. An arbitration tribunal has only those connections that the parties to the arbitration agreement intended it to have. The independence and territorial neutrality of arbitration are characteristics that must be promoted and preserved in order to foster the development of this institution. In the case at bar, the arbitration clause was not prohibited by any provision of Quebec legislation at the time it was invoked. Consequently, for the reasons that follow, I would allow the appeal, refer Mr. Dumoulin's claim to arbitration and dismiss the motion for authorization to institute a class action.

1. Facts

4

Dell Computer Corporation ("Dell") is a company that sells computer equipment retail over the Internet. It has its Canadian head office in Toronto and a place of business in Montreal. In the late afternoon of Friday, April 4, 2003, the order pages on Dell's English-language Web site indicated a price of \$89 rather than \$379 for the Axim X5 300 MHz handheld computer and a price of \$118 rather than \$549 for the Axim X5 400 MHz handheld computer. The pages of the site where the products were advertised listed the correct prices, however. On April 5, on being informed of the errors, Dell blocked access to the erroneous order pages through the usual address, although the pages were not withdrawn from the site. On the morning of April 7, Olivier Dumoulin, a Quebec consumer, was told about the prices by an acquaintance who sent him the detailed links, which the parties described as "deep links". These links made it possible to access the order pages without following the usual route, that is, through the home page and the advertising pages. In short, the deep links made it possible to circumvent the measures taken by Dell. Using a deep link, Mr. Dumoulin ordered a computer at the price of \$89. Shortly after Mr. Dumoulin placed his order, Dell corrected the two price errors. That

C.c.Q. fait partie du titre traitant de la compétence internationale des autorités du Québec, elle ne s'applique qu'aux situations comportant un élément d'extranéité pertinent. Étant à la base une institution neutre, l'arbitrage ne comporte en lui-même aucun élément d'extranéité. Un tribunal d'arbitrage n'a de liens de rattachement que ceux qui sont voulus par les parties à la convention d'arbitrage. L'indépendance et la neutralité territoriale de l'arbitrage sont des caractéristiques qu'il faut promouvoir et préserver pour favoriser le développement de cette institution. En l'espèce, à l'époque où elle a été invoquée, la clause d'arbitrage n'était prohibée par aucune disposition législative québécoise. En conséquence, pour les motifs exprimés ci-après, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de renvoyer la demande de M. Dumoulin à l'arbitrage et de rejeter la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif.

1. Faits

Dell Computer Corporation (« Dell ») est une société qui vend au détail, par Internet, du matériel informatique. Elle a son siège canadien à Toronto ainsi qu'un établissement à Montréal. En fin d'après-midi, le vendredi 4 avril 2003, sur le site Internet anglais de Dell, les pages de commande indiquent le prix de 89 \$ au lieu de 379 \$ pour l'ordinateur de poche Axim X5 300 MHz et le prix de 118 \$ au lieu de 549 \$ pour l'ordinateur de poche Axim X5 400 MHz. Les pages du site qui annoncent les produits donnent cependant les bons prix. Le 5 avril, Dell est informée des erreurs et bloque l'accès aux pages de commande erronées par l'adresse usuelle; ces pages ne sont toutefois pas retirées du site. Le matin du 7 avril, M. Olivier Dumoulin, un consommateur québécois, est informé de ces prix par une de ses connaissances qui lui transmet le détail de liens, qualifiés par les parties de « liens profonds ». Ces liens permettent d'accéder aux pages de commande sans passer par la voie usuelle, soit la page d'accueil et les pages d'annonce. En somme, les liens profonds permettent de contourner les mesures prises par Dell. Empruntant un lien profond, M. Dumoulin commande un ordinateur au prix de 89 \$. Peu de temps après la commande de M. Dumoulin, Dell corrige les deux erreurs de prix. Le même jour,

same day, Dell posted a price correction notice and at the same time announced that it would not process orders for computers at the prices of \$89 and \$118. At trial, a Dell employee testified that over the course of that weekend, 354 Quebec consumers had placed a total of 509 orders for these Axim computers, whereas on an average weekend, only one to three of them were sold in Quebec.

On April 17, Mr. Dumoulin put Dell in default, demanding that it honour his order at the price of \$89. When Dell refused, the Union des consommateurs and Mr. Dumoulin (“Union”) filed a motion for authorization to institute a class action against Dell. Dell applied for referral of Mr. Dumoulin’s claim to arbitration pursuant to an arbitration clause contained in the terms and conditions of sale, and dismissal of the motion for authorization to institute a class action. The Union contended that the arbitration clause was null and that, in any event, it could not be set up against Mr. Dumoulin.

2. Judicial History

The trial judge noted that according to the arbitration clause, arbitration proceedings were to be governed by the rules of the National Arbitration Forum (“NAF”), which is [TRANSLATION] “located in the United States”. This led her to conclude that there was a foreign element for purposes of the rules of Quebec private international law and that the prohibition under art. 3149 C.C.Q., as interpreted in *Dominion Bridge Corp. v. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.), should apply. In her view, the arbitration clause could not be set up against Mr. Dumoulin. She then considered the criteria for instituting a class action and authorized the action against Dell ([2004] Q.J. No. 155 (QL)).

The Court of Appeal dismissed Dell’s appeal from that decision ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). It began by expressing its disagreement with the Superior Court’s application of the rules of Quebec private international law. According to the Court of Appeal, this was not a situation in which the consumer had waived the jurisdiction of Quebec authorities. It noted that the parties had agreed that the dispute was governed by the laws

Dell publie un avis de correction de prix et annonce simultanément son refus de donner suite aux commandes d’ordinateurs aux prix de 89 \$ et 118 \$. Un employé de Dell témoigne au procès que, durant cette fin de semaine, 354 consommateurs québécois ont commandé au total 509 de ces ordinateurs Axim, alors qu’en moyenne, au Québec, il ne s’en vend que 1 à 3 par fin de semaine.

Le 17 avril, M. Dumoulin met Dell en demeure d’honorer sa commande au prix de 89 \$. Devant le refus de Dell, l’Union des consommateurs et M. Dumoulin (« Union ») déposent une requête en autorisation d’exercer un recours collectif contre Dell. Dell demande le renvoi de la demande de M. Dumoulin à l’arbitrage en vertu de la clause d’arbitrage faisant partie des conditions de vente et le rejet de la requête en recours collectif. L’Union plaide que la clause d’arbitrage est nulle et, de toute façon, inopposable à M. Dumoulin.

2. Historique judiciaire

La juge de première instance souligne que la clause d’arbitrage précise que l’arbitrage est régi par les règles du National Arbitration Forum (« NAF »), qui est « situé aux États-Unis », ce qui l’amène à conclure à l’existence d’un élément d’extranéité suivant les règles du droit international privé québécois et à l’application de la prohibition de l’art. 3149 C.c.Q. tel qu’il a été interprété dans l’arrêt *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.). Selon la juge, la clause d’arbitrage est inopposable à M. Dumoulin. Elle examine ensuite les critères donnant ouverture à l’exercice d’un recours collectif et autorise le recours contre Dell ([2004] J.Q. n° 155 (QL)).

La Cour d’appel rejette le pourvoi formé par Dell à l’encontre de cette décision ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). D’abord, elle exprime son désaccord avec l’application par la Cour supérieure des règles du droit international privé québécois. La Cour d’appel est d’avis qu’il ne s’agit pas d’une situation où le consommateur a renoncé à la compétence des autorités québécoises. Elle signale que les parties admettent que le litige est régi par les lois

5

6

7

applicable in Quebec and that the arbitration could take place in Quebec. In its view, the instant case could be distinguished from *Dominion Bridge*, a case in which a foreign element had triggered the application of art. 3149 C.C.Q. However, the Court of Appeal concluded that the arbitration clause was external to the contract. Since Dell had not proven that the clause had been brought to the consumer's attention, the effect of art. 1435 C.C.Q. was that the clause could not be set up against him. The Court of Appeal then briefly discussed whether an issue arising under the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, could be referred to arbitration and held that the Quebec legislature did not intend to preclude arbitration in such matters. Finally, it discussed, but did not accept, the argument that the class action should take precedence over arbitration, mentioning that the disputes that may not be submitted to arbitration are identified in the *Civil Code of Québec* and certain specific statutes.

applicables au Québec et que l'arbitrage peut être tenu au Québec. Selon la Cour d'appel, il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'arrêt *Dominion Bridge*, où un élément d'extranéité entraînait l'application de l'art. 3149 C.c.Q. La Cour d'appel conclut cependant que la clause d'arbitrage est externe au contrat. Comme Dell n'a pas prouvé que la clause avait été portée à la connaissance du consommateur, elle lui est inopposable suivant l'art. 1435 C.c.Q. La Cour d'appel traite ensuite brièvement de l'arbitrabilité d'une question relevant de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, et juge que le législateur québécois n'a pas eu l'intention, en cette matière, d'écarter tout arbitrage. Enfin, elle expose l'argument suivant lequel la procédure de recours collectif aurait préséance sur l'arbitrage, mais ne le retient pas, mentionnant plutôt que les différends qui ne peuvent être soumis à l'arbitrage sont prévus par le *Code civil du Québec* et par des lois spécifiques.

8

On November 9, 2006, the Quebec Minister of Justice tabled Bill 48, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts* (2nd Sess., 37th Leg.) ("Bill 48"), in the National Assembly. One of the Bill's provisions prohibits obliging a consumer to refer a dispute to arbitration. Bill 48, which came into force the day after the hearing of the appeal to this Court, does not include any transitional provisions applicable to this case.

Le 9 novembre 2006, le ministre de la Justice du Québec a déposé devant l'Assemblée nationale le projet de loi 48, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances* (2^e sess., 37^e lég.) (« Loi 48 »). L'une de ses dispositions prévoit qu'il est interdit d'imposer à un consommateur le recours à l'arbitrage en cas de litige. La Loi 48, qui est entrée en vigueur le lendemain de l'audition du présent pourvoi devant la Cour, ne comporte pas de disposition transitoire applicable à la présente affaire.

3. Positions of the Parties

3. Position des parties

9

In this Court, the parties have reiterated the arguments raised in the Superior Court and the Court of Appeal. More specifically, Dell submits that the arbitration clause is not prohibited by any provision of Quebec legislation. It therefore is not contrary to public order, is not prohibited by art. 3149 C.C.Q., and is neither external nor abusive. Dell also contends that the courts are limited to conducting a *prima facie* analysis of the validity of an arbitration clause and must leave it to the arbitrator to consider the clause on the merits. According to Dell, this approach, which is based on the

Devant notre Cour, les parties reprennent les arguments soulevés devant la Cour supérieure et la Cour d'appel. En particulier, Dell soutient que la clause d'arbitrage n'est prohibée par aucune disposition législative québécoise. Elle ne serait donc ni contraire à l'ordre public, ni prohibée par l'art. 3149 C.c.Q., ni externe ni abusive. De plus, Dell soutient que les tribunaux se limitent à une analyse sommaire (appelée aussi « *prima facie* ») de la validité des clauses d'arbitrage, laissant à l'arbitre la responsabilité de les évaluer au fond. Cette approche, qui découle du principe dit de « compétence-compétence », a,

“competence-competence” principle, was implicitly adopted by this Court in *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17, and the Superior Court should have applied it in the case at bar and referred the matter to an arbitrator to assess the validity of the clause based on the Union’s submissions. The Union did not express an opinion on the degree of scrutiny to which the validity of the arbitration clause should be subject but did take a position, contrary to Dell’s, on every other issue.

After Bill 48 came into force, the Court asked the parties to make written submissions regarding its applicability to the instant case. Dell raised three arguments in support of its position that Bill 48 does not affect the case: that the Bill does not have retroactive effect; that the new legislation cannot apply to disputes already before the courts; and that Dell had a vested right to the arbitration procedure provided for in the contract with Mr. Dumoulin. The Union advanced only one argument: that the provision on arbitration clauses merely confirms an existing prohibition.

The parties have raised many issues. In my view, the most significant one in the context of this case concerns the application of art. 3149 C.C.Q. This question is not only a potentially decisive one for the parties, but also one that involves the ordering of the rules in the *Civil Code of Québec*; the answer to it will have repercussions on the interpretation of the other provisions of the title in which this article appears and on the interpretation of the Code in general. The analysis of this issue will lead me to consider the influence of international rules on Quebec law. These rules are also relevant to another issue: whether the competence-competence principle applies to the review of the application to refer the dispute to arbitration. The conclusion I will reach is that an arbitrator has jurisdiction to assess the validity and applicability of an arbitration clause and that, although there are exceptions, the decision regarding jurisdiction should initially be left to the arbitrator. However, in light of the state of the case, I will discuss all the issues that have been raised.

selon Dell, été implicitement adoptée par la Cour dans *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17, et elle aurait dû être appliquée en l’espèce par la Cour supérieure pour renvoyer le dossier à l’arbitre, afin qu’il évalue la validité de la clause au regard des arguments plaidés par l’Union. Cette dernière ne se prononce pas sur l’intensité de l’examen de la validité de la clause d’arbitrage, mais prend une position inverse à celle de Dell sur tous les autres points.

À la suite de l’entrée en vigueur de la Loi 48, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites concernant l’applicabilité de cette loi à la présente affaire. Dell avance trois arguments au soutien de sa prétention suivant laquelle la Loi 48 n’a aucun effet sur la présente affaire : d’abord, cette loi n’a pas d’effet rétroactif; ensuite, la loi nouvelle ne peut s’appliquer aux litiges en cours d’instance; enfin, Dell invoque un droit acquis à la procédure d’arbitrage prévue par le contrat intervenu avec M. Dumoulin. L’Union ne fait valoir qu’un seul argument : la disposition qui traite des clauses d’arbitrage ne fait que confirmer une prohibition déjà en vigueur.

Les questions soulevées par les parties sont nombreuses. Dans le contexte du présent litige, celle qui me paraît la plus importante touche à l’application de l’art. 3149 C.c.Q. Cette question est non seulement potentiellement déterminante pour les parties, mais elle concerne aussi l’ordonnancement des règles dans le *Code civil du Québec*; la réponse qui y sera donnée aura des répercussions sur l’interprétation des autres dispositions du titre dans lequel figure cet article et sur l’interprétation du Code en général. L’analyse de ce point m’amènera à me pencher sur l’influence des normes internationales sur le droit québécois. Ces normes sont aussi pertinentes pour répondre à une autre question, celle de l’application du principe de compétence-compétence à l’examen de la demande de renvoi à l’arbitrage. Je conclurai que l’arbitre a compétence pour évaluer la validité et l’applicabilité de la clause d’arbitrage et que, sauf exceptions, la décision sur la compétence devrait lui appartenir en premier lieu. Cependant, compte tenu de l’état du dossier, je traiterai de toutes les questions soulevées.

4. Application of Art. 3149 C.C.Q.

12

It will be helpful to reproduce the provision in issue and discuss its context. It reads as follows:

3149. A Québec authority also has jurisdiction to hear an action involving a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

This provision appears in Title Three, entitled “International Jurisdiction of Québec Authorities”, which is found in Book Ten of the *Civil Code of Québec*, entitled “Private International Law”. The Court must decide whether it applies in the case at bar. In my view, it is applicable only where there is a relevant foreign element that justifies resorting to the rules of Quebec private international law. I will explain why.

4.1 *Context of Application of the Rules on the International Jurisdiction of Quebec Authorities*4.1.1 Purpose and Consequences of the Codification of Private International Law in the Civil Code of Québec

13

When the Quebec legislature began the reform of the civil law in the mid-twentieth century, it did so in a way that was consistent with the civil law tradition in its purest form. As Professor Crépeau writes:

[TRANSLATION] The Civil Code is an organic, ordered, structured, harmonious and cohesive whole that contains the substantive subject matters of private law, governing, in the civil law tradition, the legal status of persons and property, relationships between persons, and relationships between persons and property.

(P.-A. Crépeau, “Une certaine conception de la recodification”, in *Du Code civil du Québec: Contribution à l’histoire immédiate d’une recodification réussie* (2005), 23, at p. 40)

14

The codification process therefore entailed a reflection on all the principles and on how to

4. Application de l’art. 3149 C.c.Q.

Il est utile de rappeler le texte et le contexte de la disposition dont l’application est en litige. Cette disposition est rédigée ainsi :

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

Elle fait partie du titre troisième « De la compétence internationale des autorités du Québec », lequel se trouve dans le livre dixième du *Code civil du Québec* « Du droit international privé ». La Cour doit décider si cette disposition s’applique en l’espèce. À mon avis, elle ne s’applique que dans les situations comportant un élément d’extranéité pertinent qui justifie le recours aux règles du droit international privé québécois. J’explique pourquoi.

4.1 *Contexte d’application des règles de compétence internationale des autorités québécoises*4.1.1 Objet et conséquences de la codification du droit international privé dans le Code civil du Québec

Lorsque le législateur québécois amorce la réforme du droit civil au milieu du 20^e siècle, sa démarche s’inscrit dans la plus pure tradition civiliste. Le professeur Crépeau dit ceci à cet égard :

Le Code civil constitue un ensemble organique, ordonné, structuré, agencé et cohérent des matières substantielles de droit privé, régissant, dans la tradition civiliste, la condition juridique des personnes et des biens, de même que les relations entre les personnes elles-mêmes, et les rapports entre les personnes et les biens.

(P.-A. Crépeau, « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec : Contribution à l’histoire immédiate d’une recodification réussie* (2005), 23, p. 40)

La codification implique donc une réflexion sur l’ensemble des normes et sur leur organisation

organize them in one central document with a view to simplifying and clarifying the rules, and thus making them more accessible. The organization of rules is an essential feature of codification. Professors Brierley and Macdonald describe the impact of this feature on the mode of presentation and the interpretation of the *Civil Code* as follows:

A number of assumptions as to form underpin a Civil Code. Their common character is linked to notions of rationality and systematization, nicely captured by Weber's expression — formal rationality. To say that a Civil Code is, and must be understood as, systematic and rationally organized implies that it reflects a consciously chosen, integrated design for presenting the law that has been consistently followed. . . .

. . . .

The rational and systematic character of the Code also bears on its mode of presentation. One of the central features of the Code is its taxonomic structure. This affects both its organization and its drafting style. Just as the very existence of a Code labelled “Civil Code” presupposes a larger legal universe that can be divided and subdivided — public law, private law; and, within private law, procedure and substance; and, within substantive private law, commercial law and civil law — the same taxonomic approach is carried through into the Code itself. Its primary division is into large books — for example, persons, property, modes of acquisition of property, commercial law — each of which is subdivided into titles. Within these titles the Code is subdivided into chapters that, in turn, are divided into sections and sometimes into subsections. All the concepts relating to a given area of the law are thus logically derived from first principles, meticulously developed, and systematically ordered. . . .

In this architectonic mode of presentation, the inventory of subjects selected for inclusion and the manner of their placement serve to define the range of meaning that each of the subjects so included may have. The initial organizational choices bear directly on the manner in which the Code adapts to changing circumstances. . . .

(J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at pp. 102-4)

à l'intérieur d'un document central dans le but de simplifier les règles, de les clarifier et, ainsi, de les rendre plus accessibles. L'organisation des normes constitue une caractéristique essentielle de la codification. Les professeurs Brierley et Macdonald décrivent l'impact de cette caractéristique sur la présentation et l'interprétation du *Code civil* :

[TRADUCTION] Plusieurs postulats quant à la forme sous-tendent l'édification d'un code civil. Ils ont en commun d'être liés aux notions de rationalité et de systématisation, si bien décrites par l'expression « rationalité formelle » utilisée par Weber. Affirmer qu'un code civil est et doit être considéré comme systématique et organisé rationnellement suppose qu'il correspond à un modèle intégré de présentation du droit qui a été choisi consciemment et suivi avec constance. . . .

. . . .

Le caractère rationnel et systématique du Code touche également son mode de présentation. Une des caractéristiques principales du Code est sa structure taxinomique, qui influe tant sur son organisation que sur son style de rédaction. Tout comme la simple existence d'un Code désigné sous le nom de « Code civil » présuppose un univers juridique plus vaste qui peut être divisé et subdivisé — en droit public et droit privé; puis, à l'intérieur du droit privé, en droit procédural et droit substantiel; et, à l'intérieur du droit privé substantiel, en droit commercial et droit civil — le même modèle taxinomique est transposé dans le Code lui-même. Ce dernier est d'abord divisé en grands livres — par exemple, des personnes, des biens, des modes d'acquisition des biens, du droit commercial — chacun d'eux étant subdivisés en titres. Les titres du Code sont subdivisés en chapitres qui, à leur tour, sont divisés en sections et parfois en sous-sections. Ainsi, toutes les notions relevant d'un domaine particulier du droit sont dérivées logiquement des principes fondamentaux, développées méticuleusement et ordonnées systématiquement. . . .

Dans ce mode de présentation architectonique, la liste des objets sélectionnés et leur ordonnancement servent à préciser la signification que chacun d'eux peut avoir. Les choix organisationnels initiaux influent directement sur la façon dont le Code s'adapte aux changements de circonstances. . . .

(J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 102-104)

15 In his commentaries on the *Civil Code of Québec*, Quebec's Minister of Justice confirmed that the Code [TRANSLATION] "is a structured and hierarchical statutory scheme": *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. I, at p. VII. For this reason, it cannot be assumed that the jurists who took part in the reform placed the provisions of the *Civil Code of Québec* in one title or another indiscriminately or without a concern for coherence. A codification process presupposes an ordering of rules, and the provisions of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities reflect this general philosophy of codification.

4.1.2 Private International Law

16 Private international law is the branch of a state's domestic law that governs private relationships that [TRANSLATION] "exten[d] beyond the scope of a single national legal system": É. Wyler and A. Papaux, "Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public", in É. Wyler and A. Papaux, eds., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (1999), 239, at p. 241. Since every state has the power to adopt its own system of rules, the result is a variety of conceptions of private international law. Thus, in some countries, this branch of law is limited to the conflict of laws, whereas in France, private international law has a broader scope, extending also to questions concerning the status of foreign nationals and the nationality of persons. In English private international law, an intermediate approach has been adopted that generally concerns three types of questions: (i) conflict of laws, (ii) conflict of jurisdictions and (iii) the recognition and enforcement of foreign judgments: *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (14th ed. 2006), vol. 1, at p. 4; P. North and J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law* (13th ed. 1999), at p. 7. What is the situation in Quebec law?

4.1.3 Legislative History of Quebec Private International Law

17 The drafters of the original rules of Quebec private international law naturally drew on French

Dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice du Québec confirme que le Code « constitue un ensemble législatif structuré et hiérarchisé » : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. I, p. VII. Il ne saurait donc être question de tenir pour acquis que les dispositions du *Code civil du Québec* ont été placées dans un titre ou dans un autre de façon éparse et sans souci de cohérence de la part des juristes qui ont participé à la réforme. Le processus de codification suppose l'ordonnancement des normes et les dispositions du titre sur la compétence internationale des autorités du Québec reflètent cette philosophie générale de la codification.

4.1.2 Le domaine du droit international privé

Le droit international privé est la branche du droit interne de chaque État qui régit les rapports de nature privée dont la portée « excède le cadre d'un seul ordre juridique national » : É. Wyler et A. Papaux, « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », dans É. Wyler et A. Papaux, dir., *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique* (1999), 239, p. 241. Comme chaque État possède le pouvoir d'adopter son propre système de règles, il en résulte une variété de conceptions du droit international privé. Ainsi, pour certains pays, ce domaine se limite aux questions relatives aux conflits de lois, alors qu'en France, le droit international privé couvre un plus large domaine et s'étend également aux questions concernant la condition des étrangers et la nationalité des personnes. Le droit international privé anglais a adopté une conception intermédiaire et régit généralement trois types de questions : (i) les conflits de lois, (ii) les conflits de juridictions et (iii) la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères : *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (14^e éd. 2006), vol. 1, p. 4; P. North et J. J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law* (13^e éd. 1999), p. 7. Mais qu'en est-il du droit québécois?

4.1.3 Historique législatif du droit international privé québécois

Les premières règles du droit international privé québécois étaient naturellement inspirées du droit

law. Like the *Code Napoléon*, the *Civil Code of Lower Canada* contained only a few articles on this subject, and until the *Civil Code of Québec* was enacted in 1991, they and a few provisions of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”), and from specific statutes constituted the private international law of Quebec.

While Quebec’s private international law was going through a period of relative stagnation in the nineteenth and early twentieth centuries, a growing number of states had recourse to codification, adopting increasingly comprehensive and systematic rules: B. Audit, *Droit international privé* (4th ed. 2006), at para. 37; A. N. Makarov, “Sources”, in International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1972), c. 2, at pp. 4-5. The subsequent project to codify Quebec’s private international law was part of that trend; it was included in the mandate for the proposed general reform of the *Civil Code* that was assigned to the Civil Code Revision Office (“Office”) in 1965.

In 1975, an initial draft codification of the rules of Quebec private international law was submitted to the Office by its private international law committee, which was chaired by Professor J.-G. Castel. The content of this report was amended slightly and was incorporated two years later into Book Nine of the *Draft Civil Code* (Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. I, *Draft Civil Code*, at pp. 593 *et seq.*). The preliminary chapter and Chapter I of Book Nine contained general provisions. Chapter II concerned conflicts of laws, while Chapter III dealt with conflicts of jurisdictions. Chapters IV and V dealt with the recognition and enforcement of foreign decisions and arbitration awards. Finally, Chapter VI codified the immunity from civil jurisdiction and execution enjoyed by foreign states and certain other international actors.

The structure of Book Nine attests to the Quebec legislature’s adoption of the intermediate approach of English private international law described by Dicey, Morris and Collins and North and Fawcett

français. À l’image du *Code Napoléon*, le *Code civil du Bas Canada* ne contenait qu’un nombre limité d’articles qui, avec quelques dispositions du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), et de lois particulières, ont composé, jusqu’à l’adoption du *Code civil du Québec* en 1991, le droit international privé québécois.

Alors que le droit international privé québécois traversait, au 19^e et au début du 20^e siècle, une période de stagnation relative, un nombre grandissant d’États ont emprunté la voie de la codification, adoptant des règles de plus en plus complètes et systématiques : B. Audit, *Droit international privé* (4^e éd. 2006), par. 37; A. N. Makarov, « Sources », dans International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1972), ch. 2, p. 4-5. Le projet de codification du droit international privé québécois s’est inscrit dans ce dernier mouvement et a fait partie du projet général de réforme du *Code civil* officiellement confié en 1965 à l’Office de révision du Code civil (« Office »).

En 1975, un premier projet de codification des règles de droit international privé québécois a été soumis à l’Office par son comité du droit international privé, que présidait le professeur J.-G. Castel. Le contenu de ce rapport a été légèrement modifié et intégré deux ans plus tard dans le livre neuvième du *Projet de Code civil* (Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. I, *Projet de Code civil*, p. 597 *et suiv.*). Le chapitre préliminaire et le chapitre I énoncent des dispositions d’ordre général. Le chapitre II porte sur les conflits de lois alors que le chapitre III traite des conflits de juridictions. Les chapitres IV et V traitent de la reconnaissance et de l’exécution des décisions étrangères et des sentences arbitrales étrangères. Enfin, le chapitre VI codifie les immunités de juridiction civile et d’exécution dont jouissent les États étrangers et certains autres acteurs internationaux.

La structure de ce livre témoigne de l’adoption par le législateur québécois de la conception intermédiaire du droit international privé anglais, telle que l’ont décrite les auteurs Dicey, Morris

18

19

20

(mentioned above). The Office's decision was the result of a process that stretched over many years.

21 The Office explained that Chapter III on conflicts of jurisdictions was adopted to make up for a lack of specific rules on private international law that had obliged courts to resort to the *Code of Civil Procedure's* provisions on the judicial districts in Quebec where proceedings could be instituted:

To remedy this state of affairs and to distinguish between international and domestic jurisdiction, it seemed necessary to provide rules applicable exclusively to situations containing a foreign element. [Emphasis added.]

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaries*, at p. 965)

22 In the commentaries that accompanied the final text of the *Civil Code of Québec*, the Minister of Justice mentioned a number of times that the various sections of Book Ten of the *Civil Code* apply to legal situations [TRANSLATION] “with a foreign element”. He expressly repeated this in the introduction to Title Three on the international jurisdiction of Quebec authorities (*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1998). The Minister also reiterated the Office's comments on the need for a set of jurisdictional rules for private international law distinct from the rules of the *Code of Civil Procedure* upon which the courts had relied until then:

[TRANSLATION] Since there were no rules for determining whether Quebec authorities had jurisdiction over disputes with a foreign element, the courts had extended the domestic law rules of jurisdiction provided for in the Code of Civil Procedure to such situations.

The general objective of Title Three is to remedy this deficiency by establishing specific rules for determining the international jurisdiction of Quebec authorities

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1998)

et Collins et North et Fawcett mentionnés précédemment. Cette décision de l'Office est le résultat d'un processus qui s'est échelonné sur plusieurs années.

L'Office précise que l'adoption du chapitre III traitant des conflits de juridictions vise à suppléer à l'absence de règles propres au droit international privé, situation qui obligeait les tribunaux à recourir aux dispositions du *Code de procédure civile* traitant des districts judiciaires au Québec où les actions pouvaient être intentées :

Pour remédier à cet état de choses et distinguer entre la compétence internationale et la compétence locale, il a paru nécessaire de présenter des règles s'appliquant uniquement à des situations contenant un élément d'extranéité. [Je souligne.]

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 981)

Les *Commentaires du ministre de la Justice* accompagnant le texte final du *Code civil du Québec* soulignent, à de multiples reprises, que le champ d'application des diverses sections du livre dixième du *Code civil* vise les situations juridiques « présentant un élément d'extranéité ». Cette précision est expressément reprise dans l'introduction du titre troisième sur la compétence internationale des autorités québécoises (t. II, p. 1998). Le ministre réitère aussi les commentaires de l'Office sur la nécessité de créer, pour le droit international privé, un régime de règles de compétence juridictionnelle distinct de celui prévu au *Code de procédure civile* auquel se reportaient les tribunaux jusque-là :

Comme il n'existait pas de règles pour déterminer la compétence des autorités du Québec dans les litiges présentant un élément d'extranéité, la jurisprudence avait étendu à ces situations les règles de compétence du droit interne, prévues au Code de procédure civile.

L'objectif général du Titre troisième est de remédier à cette lacune, en prévoyant des règles spécifiques pour déterminer la compétence internationale des autorités du Québec . . .

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1998)

These commentaries shed light on the distinction between rules of jurisdiction governing purely domestic disputes and those that, because of a foreign element, form part of private international law. Where domestic disputes are concerned, the question of adjudicative jurisdiction is governed by the *Code of Civil Procedure*. In the case at bar, arts. 31 and 1000 C.C.P. are the provisions that confer jurisdiction over class actions on the Quebec Superior Court.

Given that domestic disputes are governed by the general provisions of Quebec domestic law, there is no reason to apply the rules relating to the international jurisdiction of Quebec authorities to a dispute that involves no foreign element.

4.2 Foreign Element Concept

What is this foreign element that is omnipresent in the literature on private international law? Very little has been written about it. Of course, disputes in which rules of private international law are relied on usually have an international aspect and, as a result, the courts have not needed to elaborate on the parameters of the foreign element concept. One reference to this concept can be found in *Quebecor Printing Memphis Inc. v. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966 (C.A.), at para. 17, in which Philippon J. (*ad hoc*), dissenting on another issue, described the initial step of the analytical approach in private international law:

[TRANSLATION] First, it had to be determined whether the dispute related to an international situation or a transnational event or had a foreign element. [Emphasis deleted.]

This foreign element can be defined, however. It must be “[a] point of contact which is legally relevant to a foreign country”, which means that the contact must be sufficient to play a role in determining whether a court has jurisdiction: J. A. Talpis and J.-G. Castel, “Interpreting the rules of private international law”, in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 5B, at p. 38 (emphasis added); *Castel & Walker: Canadian Conflict of Laws* (loose-leaf), vol. 1, at p. 1-1; see also Wyler and Papaux, at p. 256.

Ces commentaires mettent en lumière la distinction entre les règles de compétence régissant les litiges purement internes et celles qui, en raison d'un élément d'extranéité, font partie du droit international privé. Pour les litiges internes, le *Code de procédure civile* règle la question de la compétence juridictionnelle. En l'espèce, ce sont les art. 31 et 1000 C.p.c. qui attribuent compétence à la Cour supérieure du Québec en matière de recours collectif.

Compte tenu du fait que les litiges internes sont régis par les dispositions générales du droit interne québécois, il n'y a pas de raison de recourir aux règles traitant de la compétence internationale des autorités québécoises lorsqu'un litige ne présente aucun élément d'extranéité.

4.2 Notion d'extranéité

Quel est cet élément d'extranéité omniprésent dans la littérature sur le droit international privé? Peu d'analyses y sont consacrées. Il faut dire que l'aspect international ressort habituellement dans les litiges où les règles du droit international privé sont invoquées, d'où l'absence de nécessité pour les tribunaux de s'étendre sur les paramètres de cette notion d'extranéité. On trouve une mention de cette notion dans l'arrêt *Quebecor Printing Memphis Inc. c. Regenair Inc.*, [2001] R.J.Q. 966 (C.A.), par. 17, où le juge Philippon (*ad hoc*), dissident sur une autre question, énonce l'étape initiale de la méthode d'analyse en droit international privé :

Dans un premier temps, il fallait déterminer si le litige était relatif à une situation internationale ou à un événement transf[r]ontalier ou présentant un élément d'extranéité. [Italique omis.]

Il est cependant possible de cerner cet élément d'extranéité. Il doit s'agir d'« un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger », c'est-à-dire un contact suffisant pour jouer un rôle dans la détermination de la juridiction compétente : J. A. Talpis et J.-G. Castel, « Le Code Civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 801, p. 870 (je souligne); *Castel & Walker : Canadian Conflict of Laws* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-1; voir aussi Wyler et Papaux, p. 256.

23

24

25

26

27

Since our private international law is based on English law, it will be helpful to review the state of English law on this question. North and Fawcett define private international law as follows:

Private international law, then, is that part of law which comes into play when the issue before the court affects some fact, event or transaction that is so closely connected with a foreign system of law as to necessitate recourse to that system. [Emphasis added; p. 5.]

This definition is similar to the one adopted by Canadian authors, and it includes a notion common to many systems of private international law: the factor connecting a matter with a particular system. It follows that the foreign element and the connecting factor are overlapping notions. One author describes the connecting factor concept as follows:

The connecting factor is the element forming one of the facts of the case which is selected in order to attach a question of law to a legal system. The connecting factor determines the applicable law or the jurisdiction of a court. For instance, if the facts of a case present a question of intestate succession to movables, the element among those facts selected for the designation of the applicable law may be the last domicile, the last habitual residence, the nationality of the deceased or the situs of the movables. Likewise, one of these connecting factors may be employed to establish the jurisdiction of the courts to deal with intestate succession to movables.

(F. Vischer, “Connecting Factors”, in International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1999), c. 4, at p. 3)

See also Y. Loussouarn, P. Bourel and P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé* (8th ed. 2004), at p. 2. The connecting factor and foreign element concepts are recognized in Quebec private international law, too: Talpis and Castel, at p. 38; C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2nd ed. 2006), at pp. 11-12.

28

These two concepts can, therefore, overlap. A connecting factor is a tie to either the domestic or a foreign legal system, whereas the foreign

Comme notre droit international privé est d’inspiration anglaise, il est utile d’examiner l’état du droit anglais sur cette question. Voici comment les auteurs North et Fawcett définissent le droit international privé :

[TRADUCTION] Le droit international privé est donc la partie du droit qui entre en jeu lorsque la question soumise au tribunal concerne un fait, un événement ou une opération ayant un lien si étroit avec un système de droit étranger qu’il faut nécessairement recourir à ce système. [Je souligne; p. 5.]

Cette définition se rapproche de celle adoptée par les auteurs canadiens et contient une notion familière à bien des systèmes de droit international privé : le facteur de rattachement à un régime particulier. Il s’ensuit que l’élément d’extranéité et le facteur de rattachement sont deux notions qui se recoupent. Un auteur décrit ainsi ce qu’est un facteur de rattachement :

[TRADUCTION] Le facteur de rattachement est l’élément factuel propre à l’affaire que l’on choisit pour rattacher une question de droit à un système juridique. Le facteur de rattachement détermine le droit applicable ou la compétence d’un tribunal. Par exemple, si les faits soulèvent une question de succession *ab intestat* mobilière, l’élément factuel choisi pour la désignation du droit applicable pourrait être le lieu du dernier domicile du défunt, son dernier lieu de résidence habituelle ou sa nationalité, ou le lieu où se trouvent les biens meubles. De même, un de ces facteurs de rattachement pourrait servir à déterminer la compétence d’un tribunal à l’égard d’une succession *ab intestat* mobilière.

(F. Vischer, « Connecting Factors », dans International Association of Legal Science, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law* (1999), ch. 4, p. 3)

Voir aussi Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé* (8^e éd. 2004), p. 2. Le droit international privé québécois reconnaît lui aussi les concepts de facteur de rattachement et d’élément d’extranéité : Talpis et Castel, p. 870; C. Emanuelli, *Droit international privé québécois* (2^e éd. 2006), p. 11-12.

Rattachement et extranéité peuvent donc se chevaucher. Le facteur de rattachement est un lien avec le système juridique interne ou un système

element concept refers to a possible tie to a foreign legal system. Thus, in a personal action brought in Quebec, the fact that a defendant is domiciled in Quebec is a connecting factor with respect to the Quebec legal system but not a foreign element, whereas the fact that a defendant is domiciled in England will be considered both a connecting factor with respect to English jurisdiction and a foreign element with respect to the Quebec legal system. Certain of the connecting factors enumerated in Professor Vischer's definition above are common to most systems of private international law (see on this point the enumerations in Loussouarn, Bourel and de Vareilles-Sommières, at p. 2; North and Fawcett, at p. 5).

A state is free to determine what connecting factors or foreign elements it considers to be relevant. In Quebec, the legislature adopted a number of factors already found in the main Western private international law systems. In the title of the *Civil Code of Québec* on the conflict of laws, these factors are divided into four main categories, each of which is addressed in a separate chapter: (1) personal factors, with the main one being the place of domicile; (2) property-related factors; (3) factors related to obligations, such as the place where a contract is entered into; and (4) factors related to procedure, which is usually governed by the law of the court hearing the case (arts. 3083 to 3133 C.C.Q.).

The legislature also provided for certain connecting factors in respect of the international jurisdiction of Quebec authorities, which is the subject of a separate title. The place where one of the parties is domiciled heads the list of these factors, too. Article 3148 C.C.Q. shows this clearly:

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

(1) the defendant has his domicile or residence in Québec;

(2) the defendant is a legal person, is not domiciled in Québec but has an establishment in Québec, and the dispute relates to its activities in Québec;

juridique étranger, alors que l'élément d'extranéité signale la possibilité d'un lien avec un système juridique étranger. Ainsi, dans une action personnelle intentée au Québec, le domicile québécois du défendeur constitue un facteur de rattachement au droit québécois mais non un élément d'extranéité, alors que le domicile anglais du défendeur sera considéré à la fois comme un facteur de rattachement au ressort anglais et un élément d'extranéité par rapport au régime québécois. Plusieurs des facteurs de rattachement énumérés dans la définition ci-dessus du professeur Vischer sont d'ailleurs communs à la majorité des régimes de droit international privé (voir en ce sens les énumérations figurant dans Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, p. 2; North et Fawcett, p. 5).

Un État peut préciser les facteurs de rattachement ou d'extranéité qu'il estime pertinents. Au Québec, le législateur a retenu plusieurs facteurs faisant déjà partie des principaux systèmes occidentaux de droit international privé. Dans le titre du *Code civil du Québec* sur les conflits de lois, ces facteurs sont répartis dans quatre grandes catégories qui font chacune l'objet d'un chapitre distinct : premièrement, les facteurs personnels, dont le principal est le lieu du domicile; deuxièmement, les facteurs réels; troisièmement, les facteurs liés aux obligations, par exemple le lieu où le contrat est conclu; quatrièmement, les facteurs reliés à la procédure — celle-ci suivant généralement la loi du lieu du tribunal saisi du litige (art. 3083 à 3133 C.c.Q.).

Pour ce qui est de la compétence internationale des autorités du Québec, qui fait l'objet d'un titre distinct, le législateur a aussi prévu certains facteurs de rattachement. Parmi ceux-ci, le lieu du domicile d'une des parties figure encore en tête de liste. L'article 3148 C.c.Q. l'illustre bien :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

29

30

(3) a fault was committed in Québec, damage was suffered in Québec, an injurious act occurred in Québec or one of the obligations arising from a contract was to be performed in Québec;

(4) the parties have by agreement submitted to it all existing or future disputes between themselves arising out of a specified legal relationship;

(5) the defendant submits to its jurisdiction.

However, a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

See also arts. 3134, 3141 to 3147, 3149, 3150, and 3154, para. 2 C.C.Q. Other factors that are considered include the place where damage was suffered or an injurious act occurred (art. 3148, para. 1(3) C.C.Q.), and the place where the property in dispute is located (arts. 3152 to 3154, para. 1 C.C.Q.).

31 It can be seen that what these traditional factors have in common is a concrete connection with Quebec; if private international law is invoked, it can be assumed that there is an equally concrete foreign element that can serve as a basis for applying a foreign legal system. Despite the developments I have just mentioned, we should question the postulate that the rules of Quebec private international law apply only where there is a foreign element.

32 In the Office's *Draft Civil Code*, it was clear that a foreign element was necessary. In its commentary on the provision on the law applicable to juridical acts, the Office stated the following:

It should be noted that the text applies to juridical acts of an international character. The parties are not free to refer to a law not related to their act unless that act contains a foreign element.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries*, at p. 977 (commentary on art. 21 of Book Nine of the *Draft Civil Code*))

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

Voir aussi les art. 3134, 3141 à 3147, 3149, 3150, 3154, al. 2 C.c.Q. Par ailleurs, sont également considérés le lieu où un préjudice est subi ou un fait dommageable s'est produit (art. 3148, al. 1(3) C.c.Q.), ainsi que le lieu où le bien en litige est situé (art. 3152 à 3154, al. 1 C.c.Q.).

On remarque que le lien commun entre ces facteurs traditionnels est leur rattachement concret au for québécois; on infère que si le droit international privé est mis en cause, c'est qu'un élément d'extranéité tout aussi concret peut faire jouer un régime juridique étranger. Malgré les développements dont je viens de faire état, il convient tout de même de s'interroger sur le postulat suivant lequel les règles du droit international privé québécois n'entrent en jeu qu'en présence d'un élément d'extranéité.

Dans le *Projet de Code civil* de l'Office, il était clair que l'élément d'extranéité était requis. Dans ses commentaires sur la disposition traitant de la loi applicable aux actes juridiques, l'Office a dit ceci :

On notera que le texte s'applique aux actes juridiques présentant un caractère international. Les parties ne peuvent se référer à une loi quelconque, qui n'aurait aucun rapport avec leur acte, à moins que ce dernier ne présente un élément d'extranéité.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 993 (commentaire sur l'art. 21 du livre neuvième du *Projet de Code civil*))

In discussing art. 48 of Book Nine of the *Draft Civil Code*, the predecessor of art. 3148 C.C.Q. on the international jurisdiction of Quebec authorities, the Office stated that the jurisdictional rules set out in this article “are intended to apply to situations involving a foreign element” (Civil Code Revision Office, vol. II, t. 2, at p. 988).

The 1988 draft bill did not substantively alter the traditional foreign element requirement (*An Act to add the reformed law of evidence and of prescription and the reformed private international law to the Civil Code of Québec*). The wording of art. 3477 of the draft bill on the designation of the applicable law was substantially similar to that of the final version of the provision in the *Civil Code of Québec* (art. 3111). It read as follows:

3477. A juridical act containing a foreign element is governed by the law expressly designated in the instrument or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

A system of law may be expressly designated as applicable to the whole or a part only of a juridical act.

The reference in this article to the foreign element led professors Talpis and Goldstein to ask whether such a reference was necessary, since they considered the foreign element requirement to be essential:

[TRANSLATION] It might first be asked whether it was necessary to specify that the parties may choose the applicable law only for a contract “containing a foreign element”. It is obvious that the existence of a foreign element is the *sine qua non* of recourse to all the rules in Book Ten of the future Civil Code. However, since the Draft Bill does not include a specific provision on evasion of the law, this reference may have been intended to indicate that the will of the parties is not sufficient to turn a contract connected entirely with Quebec into an international one. [Underlining added.]

(J. A. Talpis and G. Goldstein, “Analyse critique de l’avant-projet de loi du Québec en droit international privé” (1989), 91 *R. du N.* 456, at p. 476)

As for art. 3511 of the 1988 draft bill, which concerned the international jurisdiction of Quebec

Au sujet de l’art. 48 du livre neuvième du *Projet de Code civil*, qui est l’ancêtre de l’art. 3148 C.c.Q. sur la compétence internationale des autorités québécoises, l’Office écrit que les règles de compétence énoncées à cet article « sont destinées à s’appliquer à des situations contenant un élément étranger » (Office de révision du Code civil, vol. II, t. 2, p. 1004).

L’avant-projet de loi de 1988 n’a pas changé le fond de la question quant à l’exigence d’extranéité traditionnelle (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit de la preuve et de la prescription et du droit international privé*). Voici d’ailleurs le texte de son art. 3477 sur la désignation du droit applicable, dont le libellé se rapproche considérablement de sa version finale au *Code civil du Québec* (art. 3111) :

3477. L’acte juridique présentant un élément d’extranéité est régi par la loi désignée expressément dans l’acte ou dont la désignation résulte d’une façon certaine des dispositions de cet acte.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d’un acte juridique.

La mention de l’élément d’extranéité dans cet article a amené les professeurs Talpis et Goldstein à s’interroger sur la nécessité d’une telle précision, car l’exigence d’extranéité leur paraissait incontournable :

On peut se demander d’abord s’il était nécessaire de préciser que les parties ne peuvent choisir la loi applicable que dans le cas d’un contrat « présentant un élément d’extranéité ». Il est évident que la condition *sine qua non* de l’utilisation de toutes les règles du Livre dix du futur Code civil est l’existence d’un élément d’extranéité. Cependant, cet Avant-Projet ne comportant pas de disposition traitant spécifiquement de la fraude à la loi, on a peut-être tenté, par cette précision, d’affirmer que la volonté des parties ne suffit pas à rendre international un contrat que tout rattache au Québec. [Je souligne.]

(J. A. Talpis et G. Goldstein, « Analyse critique de l’avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1989), 91 *R. du N.* 456, p. 476)

Quant à l’art. 3511 de l’avant-projet de loi de 1988, qui traitait de la compétence internationale des

authorities, it already contained all the substantive elements of the future art. 3148 C.C.Q.

autorités québécoises, tous les éléments substantiels du futur art. 3148 C.c.Q. s'y retrouvaient déjà.

35

In Bill 125 of 1990, the *Civil Code of Québec*, however, the foreign element requirement was not retained with respect to the designation of the applicable law. The legislature incorporated a special rule into the provision. The final version of art. 3111 includes an addition to the text that was initially proposed:

3111. A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

A juridical act containing no foreign element remains, nevertheless, subject to the mandatory provisions of the law of the country which would apply if none were designated.

The law of a country may be expressly designated as applicable to the whole or a part only of a juridical act.

What this addition brings to the title on the conflict of laws is to make it possible for the parties to provide that a purely domestic juridical act will be governed by the law of a foreign jurisdiction. However, immediately after recognizing the autonomy of the will of the parties where the designation of the applicable law is concerned, the legislature hastened to limit it in the second paragraph of the provision. Thus, in the absence of a foreign element, a juridical act remains subject to the mandatory rules that would apply if no law were designated. As a result, the designation of the law of a foreign jurisdiction in an act that contains no foreign element is a special circumstance that was cautiously introduced into Quebec private international law and is confined to the rules applicable to the conflict of laws.

Le projet de loi 125 de 1990, *Code civil du Québec*, ne retient cependant pas l'exigence de l'extranéité pour ce qui est de la désignation du droit applicable. Le législateur y a intégré une règle particulière. Dans sa version finale, l'art. 3111 C.c.Q. comprend un ajout par rapport au texte initialement proposé :

3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique.

Cet ajout introduit au titre traitant des conflits de lois la possibilité pour les parties de prévoir qu'un acte juridique purement interne sera régi par une loi étrangère. Cependant, immédiatement après avoir reconnu l'autonomie de la volonté des parties pour la désignation du droit applicable, le législateur s'est empressé de la limiter à l'al. 2. Par conséquent, en l'absence d'extranéité, l'acte juridique demeure soumis aux règles impératives qui s'y appliqueraient en l'absence de désignation. La désignation d'une loi étrangère sans que l'acte ne présente d'élément d'extranéité est donc un cas particulier prudemment introduit en droit international privé québécois et est confiné aux règles des conflits de lois.

36

I should add that the wording of art. 3111 C.C.Q. is based on that of art. 3 of the *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations* (Rome Convention of 1980), which authorizes the "[choice of] a foreign law" where there is no foreign element. It is also conceivable that the determination of the law applicable to a juridical act will at times require a more complex analysis than the one to

Je précise que la formulation de l'art. 3111 C.c.Q. s'inspire de l'art. 3 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (Convention de Rome de 1980) qui permet les « choix [de] loi étrangère » en l'absence d'élément d'extranéité. On peut aussi concevoir que la détermination du droit applicable à un acte juridique repose parfois sur une analyse plus complexe que celle faite en

be made where adjudicative jurisdiction is in issue. Thus, a juridical act, such as a giving of security, that appears to have only domestic connections may in reality be part of an international transaction whose ramifications are not in issue in a given dispute. So there are several possible explanations for the exception provided for in Title Two on the conflict of laws.

In the title on the international jurisdiction of Quebec authorities, on the other hand, there is no exception to the foreign element requirement, and it is clear that a court asked to apply the rules of private international law must first determine whether the situation involves a foreign element. This position is consistent with the traditional definition of private international law and with the Office's intention. It must now be asked whether, in the case at bar, the choice of arbitration procedure gives rise to a foreign element warranting the application of art. 3149 C.C.Q. To answer this question, it will be necessary to consider how arbitration has been incorporated into Quebec law.

4.3 *Arbitration in Quebec*

4.3.1 International Sources

International arbitration law is strongly influenced by two texts drafted under the auspices of the United Nations: the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 ("New York Convention"), and the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/40/17 (1985), Annex I ("Model Law").

The New York Convention entered into force in 1959. Article II of the Convention provides that a court of a contracting state that is seized of an action in a matter covered by an arbitration clause must refer the parties to arbitration. At present, 142 countries are parties to the Convention. The accession of this many countries is evidence of a broad consensus in favour of the institution of arbitration. Lord Mustill wrote the following about the Convention:

matière de compétence juridictionnelle. Ainsi, un acte juridique — par exemple une sûreté — peut n'avoir en apparence que des liens internes, alors qu'en réalité cet acte fait partie d'une opération internationale dont les ramifications ne sont pas en cause dans un litige donné. Plusieurs explications peuvent donc être fournies pour l'exception faite au titre deuxième traitant des conflits de lois.

Dans le cas du titre sur la compétence internationale des autorités québécoises, aucune exception n'est faite à l'égard de l'exigence d'un élément d'extranéité et il est clair que les tribunaux à qui l'on demande d'appliquer des règles de droit international privé doivent d'abord déterminer si la situation présente un tel élément. Cette position est conforme à la définition traditionnelle du droit international privé et à l'intention de l'Office. Il reste à se demander si le choix de la procédure d'arbitrage constitue, en l'espèce, un élément d'extranéité susceptible de justifier l'application de l'art. 3149 C.c.Q. Pour répondre à cette question, il faut examiner comment l'arbitrage est intégré au droit québécois.

4.3 *L'arbitrage au Québec*

4.3.1 Les sources internationales

Le droit international de l'arbitrage est fortement influencé par deux textes élaborés sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies : la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (« Convention de New York »), et la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), annexe I (« Loi type »).

La Convention de New York est entrée en vigueur en 1959. Son article II prévoit qu'un tribunal d'un État contractant doit renvoyer les parties à l'arbitrage s'il est saisi d'un litige portant sur une question couverte par une clause d'arbitrage. À ce jour, 142 pays sont parties à cette convention. Ce nombre élevé d'adhésions témoigne d'un large consensus à l'égard de la reconnaissance de l'institution de l'arbitrage. Lord Mustill a d'ailleurs écrit les commentaires suivants au sujet de cette convention :

37

38

39

This Convention has been the most successful international instrument in the field of arbitration, and perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law.

(M. J. Mustill, “Arbitration: History and Background” (1989), 6 *J. Int’l Arb.* 43, at p. 49)

Canada acceded to the New York Convention on May 12, 1986.

40

The Model Law is another fundamental text in the area of international commercial arbitration. It is a model for legislation that the UN recommends that states take into consideration in order to standardize the rules of international commercial arbitration. The Model Law was drafted in a manner that ensured consistency with the New York Convention: F. Bachand, “Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?” (2006), 22 *Arb. Int’l* 463, at p. 470; S. Kierstead, “Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law: The Canadian Approach” (1999), 31 *Can. Bus. L.J.* 98, at pp. 100-101.

41

The final text of the Model Law was adopted on June 21, 1985 by the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”). In its explanatory note on the Model Law, the UNCITRAL Secretariat states that it

reflects a worldwide consensus on the principles and important issues of international arbitration practice. It is acceptable to States of all regions and the different legal or economic systems of the world.

(“Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration”, U.N. Doc. A/40/17, Annex I, at para. 2)

In 1986, Parliament enacted the *Commercial Arbitration Act*, R.S.C. 1985, c. 17 (2nd Supp.), which was based on the Model Law. The Quebec legislature followed suit that same year and incorporated the Model Law into its legislation. Quebec’s Minister of Justice at the time, Herbert Marx, reiterated the above-quoted comment by

[TRANSLATION] Cette Convention est l’instrument international en matière d’arbitrage qui a connu le plus grand succès et dont on pourrait peut-être affirmer qu’il s’agit de la loi internationale qui s’est avérée la plus efficace de toute l’histoire du droit commercial.

(M. J. Mustill, « Arbitration : History and Background » (1989), 6 *J. Int’l Arb.* 43, p. 49)

Le Canada a adhéré à la Convention de New York le 12 mai 1986.

La Loi type est un autre texte fondamental en matière d’arbitrage commercial international. Il s’agit d’un modèle de loi que l’ONU recommande aux États de prendre en considération afin d’uniformiser les règles d’arbitrage commercial international. La Loi type a été rédigée de façon à être conforme à la Convention de New York : F. Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction? » (2006), 22 *Arb. Int’l* 463, p. 470; S. Kierstead, « Referral to Arbitration under Article 8 of the UNCITRAL Model Law : The Canadian Approach » (1999), 31 *Rev. can. dr. comm.* 98, p. 100-101.

Le texte final de la Loi type a été adopté le 21 juin 1985 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (« CNUDCI »). Dans sa note explicative relative à la Loi type, le Secrétariat de la CNUDCI dit que celle-ci

traduit un consensus mondial sur les principes et les points importants de la pratique de l’arbitrage international. Elle est acceptable pour les États de toutes les régions et convient aux différents systèmes juridiques et économiques du monde entier.

(« Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international », Doc. N.U. A/40/17, annexe 1, par. 2)

En 1986, le Parlement s’est fondé sur la Loi type pour adopter la *Loi sur l’arbitrage commercial*, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.). Le législateur québécois a emboîté le pas la même année et l’a intégrée à son corpus législatif. Le ministre de la Justice du Québec de l’époque, Herbert Marx, a repris à son compte le commentaire formulé par le Secrétariat

the UNCITRAL Secretariat: National Assembly, *Journal des débats*, vol. 29, No. 46, 1st Sess., 33rd Leg., June 16, 1986, at p. 2975, and vol. 29, No. 55, October 30, 1986, at p. 3672.

4.3.2 Nature and Scope of the 1986 Legislative Amendments to the Civil Code of Lower Canada and the Code of Civil Procedure

In 1986, the *Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure in respect of arbitration*, S.Q. 1986, c. 73 (“Bill 91”), which established a scheme for promoting arbitration in Quebec, was tabled in the legislature. Bill 91 added a new title on arbitration agreements to the *Civil Code of Lower Canada*. This title consisted of only six provisions setting out a few general principles relating to the validity and applicability of such agreements. The legislature’s decision to place arbitration agreements among the nominate contracts in the *Civil Code of Lower Canada* is significant. After that, there was no longer any reason to regard arbitration agreements as being outside the sphere of the general law; on the contrary, they were now an integral part of it: *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), at p. 2785; J. E. C. Brierley, “Arbitration Agreements: Articles 2638-2643”, in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3B, at p. 1. The provisions added by Bill 91 would be restated without any major changes in the chapter of the *Civil Code of Québec* on arbitration agreements.

Bill 91 also had a considerable impact on the *Code of Civil Procedure*. Substantial additions were made to Book VII on arbitrations, which was divided into two titles. Title I is a veritable code of arbitral procedure that regulates every step of an arbitration proceeding subject to Quebec law, from the appointment of the arbitrator to the order of the proceeding to the award and homologation. Most of these rules apply only “where the parties have not made stipulations to the contrary” (art. 940 C.C.P.). Title II sets out a system of rules applicable to the recognition and execution of arbitration awards made outside Quebec.

de la CNUDCI cité ci-dessus : Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 29, n° 46, 1^{re} sess., 33^e lég., 16 juin 1986, p. 2975, et vol. 29, n° 55, 30 octobre 1986, p. 3672.

4.3.2 La nature et la portée des amendements législatifs de 1986 au Code civil du Bas Canada et au Code de procédure civile

En 1986, le législateur a déposé la *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage*, L.Q. 1986, ch. 73 (« Loi 91 »), qui instaure un régime visant à favoriser la tenue d'arbitrages au Québec. La Loi 91 a ajouté au *Code civil du Bas Canada* un nouveau titre consacré à la convention d'arbitrage. Ce titre n'est composé que de six dispositions qui énoncent quelques principes généraux relatifs à la validité et l'applicabilité de ces conventions. La décision du législateur d'insérer la convention d'arbitrage parmi les contrats nommés du *Code civil du Bas Canada* est significative. Dorénavant, il n'y a plus de raison de voir la convention d'arbitrage comme exorbitante du droit commun; au contraire, elle en fait partie intégrante : *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), p. 2785; J. E. C. Brierley, « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 2, 1067, p. 1068-1069. Les dispositions introduites par la Loi 91 seront reprises sans grand changement dans le chapitre sur la convention d'arbitrage du *Code civil du Québec*.

Le *Code de procédure civile* a lui aussi été touché de façon importante. La Loi 91 a enrichi substantiellement son livre VII sur les arbitrages, qui est dorénavant divisé en deux titres. Le titre premier est un véritable code de procédure arbitrale qui régit toutes les étapes d'un arbitrage assujéti aux lois québécoises, et ce, de la nomination des arbitres jusqu'aux étapes de la sentence et de l'homologation, en passant par le déroulement de l'instance arbitrale. Il s'agit de règles qui, en majorité, ne s'appliquent que « lorsque les parties n'ont pas fait de stipulations contraires » (art. 940 C.p.c.). Le titre II, quant à lui, introduit un régime de règles applicables à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec.

44 Although Bill 91 was the Quebec legislature's response to Canada's accession to the New York Convention and to UNCITRAL's adoption of the Model Law, it is not identical to those two instruments. As the Quebec Minister of Justice noted, Bill 91 was [TRANSLATION] "inspired" by the Model Law and [TRANSLATION] "implement[ed]" the New York Convention: *Journal des débats*, October 30, 1986, at p. 3672. For this reason, it is important to consider the interplay between Quebec's domestic law and private international law before interpreting the provisions of Bill 91.

45 This Court analysed the interplay between the New York Convention and Bill 91 in *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46, at paras. 39 *et seq.* After noting that there is a recognized presumption of conformity with international law, the Court mentioned that Bill 91 "incorporate[s] the principles of the *New York Convention*" and concluded that the Convention is a formal source for interpreting the provisions of Quebec law governing the enforcement of arbitration agreements: para. 41. This conclusion is confirmed by art. 948, para. 2 C.C.P., which provides that the interpretation of Title II on the recognition and execution of arbitration awards made outside Quebec (arts. 948 to 951.2 C.C.P.) "shall take into account, where applicable, the [New York] Convention".

46 The same is not true of the Model Law. Unlike an instrument of conventional international law, the Model Law is a non-binding document that the United Nations General Assembly has recommended that states take into consideration. Thus, Canada has made no commitment to the international community to implement the Model Law as it did in the case of the New York Convention. Nevertheless, art. 940.6 C.C.P. attaches considerable interpretive weight to the Model Law in international arbitration cases:

940.6 Where matters of extraprovincial or international trade are at issue in an arbitration, the interpretation of this Title, where applicable, shall take into consideration:

Si la Loi 91 est la réponse du législateur québécois à l'adhésion du Canada à la Convention de New York et à l'adoption de la Loi type par la CNUDCI, elle n'est pas une copie conforme de ces deux instruments. Comme le souligne le ministre de la Justice, la Loi 91 « s'inspire » de la Loi type et « me[t] en œuvre » la Convention de New York : *Journal des débats*, 30 octobre 1986, p. 3672. C'est pourquoi avant de procéder à l'interprétation des dispositions de la Loi 91, il convient de rappeler comment le droit interne québécois interagit avec le droit international public.

L'analyse de l'interaction de la Convention de New York et de la Loi 91 a été faite par la Cour dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46, par. 39 *et suiv.* Après avoir réitéré l'existence reconnue de la présomption de conformité au droit international, la Cour souligne que la Loi 91 « intègre les principes de la *Convention de New York* » et conclut que celle-ci constitue une source formelle d'interprétation des dispositions du droit québécois visant l'exécution des conventions d'arbitrage : par. 41. C'est d'ailleurs ce que confirme l'art. 948, al. 2 C.p.c., lequel précise que le titre II sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues hors du Québec (art. 948 à 951.2 C.p.c.), « s'interprète en tenant compte, s'il y a lieu, de la Convention » de New York.

La situation est différente pour ce qui est de la Loi type. En effet, contrairement au droit international conventionnel, il s'agit d'un texte non contraignant que l'Assemblée générale des Nations Unies recommande aux États de prendre en considération. Il s'ensuit que le Canada n'a jamais eu à s'engager envers la communauté internationale à mettre en œuvre la Loi type de la même façon qu'il l'a fait pour la Convention de New York. Néanmoins, le texte de l'art. 940.6 C.p.c. confère à la Loi type une grande valeur interprétative en cas d'arbitrage international :

940.6 Dans le cas d'un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international, le présent titre s'interprète, s'il y a lieu, en tenant compte :

(1) the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on 21 June 1985;

(2) the Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session held in Vienna from the third to the twenty-first day of June 1985;

(3) the Analytical Commentary on the draft text of a model law on international commercial arbitration contained in the report of the Secretary-General to the eighteenth session of the United Nations Commission on International Trade Law.

In short, to quote Professor Brierley, Bill 91 opened Quebec arbitration law to “international thinking” in this area; this international thinking “has become a formal source of Quebec positive law”: J. E. C. Brierley, “Quebec’s New (1986) Arbitration Law” (1987-88), 13 *Can. Bus. L.J.* 58, at pp. 63 and 68-69.

4.3.3 Status of Arbitration in Quebec Private International Law

Bill 91 established the legal framework applicable to arbitration. Not all arbitration proceedings are subject to the same rules. First, Title I on arbitration proceedings applies only if the parties have not stipulated that they intend to opt out of it. In addition, the facts of the case must call for application of the *Code of Civil Procedure* either because the foreign parties have chosen it in accordance with a provision authorizing them to do so in a law that would otherwise govern this proceeding or because the circumstances of the proceeding necessitate the application of Quebec law. Second, Title II of Book VII of the *Code of Civil Procedure* contains special provisions on the recognition and execution of arbitration awards made outside Quebec. Third, art. 940.6 C.C.P. provides that Title I on arbitration proceedings is to be interpreted in light, where applicable, of the Model Law and certain documents related to it “[w]here matters of extraprovincial or international trade are at issue in an arbitration”. As Professor Marquis notes, the words “*mettant en cause des*

1° de la Loi type sur l’arbitrage commercial international adoptée le 21 juin 1985 par la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international;

2° du Rapport de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985;

3° du Commentaire analytique du projet de texte d’une loi type sur l’arbitrage commercial international figurant au rapport du Secrétaire général présenté à la dix-huitième session de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international.

Bref, pour reprendre les termes du professeur Brierley, la Loi 91 a eu pour effet d’ouvrir le droit québécois de l’arbitrage à la « pensée internationale » dans ce domaine; cette pensée internationale « est maintenant une source officielle du droit positif québécois » : J. E. C. Brierley, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d’arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259, p. 265 et 270-271.

4.3.3 Le statut de l’arbitrage en droit international privé québécois

La Loi 91 établit le régime juridique applicable à l’arbitrage. Tous les arbitrages ne sont pas régis par les mêmes règles. Premièrement, le titre premier — qui concerne la tenue de l’arbitrage — ne s’applique que lorsque les parties n’ont pas fait de stipulations qui s’en écarteraient. De plus, il faut que les faits dictent l’application du *Code de procédure civile*, soit parce que les parties étrangères l’ont choisi conformément à une disposition les autorisant à le faire dans une loi qui autrement régirait cet arbitrage, soit parce qu’il s’agit d’un arbitrage dont les faits dictent l’application du droit québécois. Deuxièmement, on trouve au titre II du livre VII du *Code de procédure civile* des dispositions particulières régissant la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales prononcées hors du Québec. Troisièmement, l’art. 940.6 C.p.c. précise que l’interprétation du titre premier traitant de la tenue de l’arbitrage se fait en tenant compte, s’il y a lieu, de la Loi type et de certains documents y afférents « [d]ans le cas d’un arbitrage mettant en cause des intérêts du commerce extra-provincial

intérêts du commerce” in the French version of art. 940.6 have an [TRANSLATION] “unfamiliar sound in Quebec law”: L. Marquis, “Le droit français et le droit québécois de l’arbitrage conventionnel”, in H. P. Glenn, ed., *Droit québécois et droit français: communauté, autonomie, concordance* (1993), 447, at p. 483. In fact, they were taken straight from the French *Code de procédure civile*:

[TRANSLATION]

1492. Arbitration is international where matters of international trade are at issue.

Because the same words are used, Quebec authors agree that art. 940.6 C.C.P. has imported the concept of international arbitration from French law: S. Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial* (2006), at pp. 73-74; S. Thuilleaux, *L’arbitrage commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé* (1991), at p. 129; L. Marquis, “La notion d’arbitrage commercial international en droit québécois” (1991-1992), 37 *McGill L.J.* 448, at pp. 465 and 469.

49

The matter of international trade test is different from connecting factors such as the parties’ place of residence or the place where the obligations are performed. Thus, a contractual legal situation may have foreign elements without involving any matters of extraprovincial or international trade; in such a case, although the resulting arbitration will not be considered an international arbitration, it will nonetheless be subject to the rules of private international law. Since the case at bar does not involve international commercial arbitration, this explanation is intended merely to highlight the fact that the test under art. 940.6 C.C.P. is clearly distinct from the foreign element requirement. Where the Quebec legislature intended different rules to apply, it has made this clear.

50

The rules on arbitration proceedings set out in Title I of Book VII of the *Code of Civil Procedure* apply, to the extent provided for, to any arbitration proceeding subject to Quebec law. The parties are

ou international ». Comme le signale le professeur Marquis, cette expression a une « consonance inconnue en droit québécois » : L. Marquis, « Le droit français et le droit québécois de l’arbitrage conventionnel », dans H. P. Glenn, dir., *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance* (1993), 447, p. 483. En fait, l’expression en question est directement tirée du *Code de procédure civile* français :

1492. Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

Puisque les mêmes termes sont utilisés, les auteurs québécois s’accordent pour dire que l’art. 940.6 C.p.c. a importé du droit français la notion d’arbitrage international : S. Guillemard, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial* (2006), p. 73-74; S. Thuilleaux, *L’arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 129; L. Marquis, « La notion d’arbitrage commercial international en droit québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 448, p. 465 et 469.

Le critère de l’intérêt commercial international est différent des critères de rattachement tels le lieu de résidence des parties ou le lieu d’exécution des obligations. Ainsi, une situation juridique contractuelle peut présenter des éléments d’extranéité sans mettre en cause des intérêts du commerce extra-provincial ou international; dans un tel cas, l’arbitrage qui en résultera ne sera pas considéré comme un arbitrage international, mais il sera tout de même régi par les règles du droit international privé. Comme il n’est pas question, en l’espèce, d’un arbitrage commercial international, cette précision ne vise qu’à mettre en relief le fait que le critère de l’art. 940.6 C.p.c. est clairement distinct de l’exigence d’un élément d’extranéité. Lorsque le législateur québécois a voulu que des règles distinctes s’appliquent, il l’a précisé.

Les règles sur la tenue de l’arbitrage figurant dans le titre I du livre VII du *Code de procédure civile* s’appliquent, dans la mesure qui y est prévue, à tous les arbitrages assujettis au droit québécois. Il

free to attribute foreign connections to an arbitration process, in which case the rules of private international law may be applicable. However, an arbitration clause is not in itself a foreign element warranting the application of the rules of Quebec private international law. The commentators are unanimous on this point:

[TRANSLATION] It is clear that if an arbitration process is considered to be purely internal to Quebec, the law of Quebec will be applied to it. The rules of private international law will not be applicable. It is Quebec's Code of Civil Procedure (rules on arbitration) that will be applied.

(J. Béguin, *L'arbitrage commercial international* (1987), at p. 67)

See also to the same effect, in respect of comparative law, E. Gaillard and J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), at p. 47.

The neutrality of arbitration as an institution is one of the fundamental characteristics of this alternative dispute resolution mechanism. Unlike the foreign element, which suggests a possible connection with a foreign state, arbitration is an institution without a forum and without a geographic basis: Guillemard, at p. 77; Thuilleaux, at p. 145. Arbitration is part of no state's judicial system: *Desputeaux*, at para. 41. The arbitrator has no allegiance or connection to any single country: M. Lehmann, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice" (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753, at p. 755. In short, arbitration is a creature that owes its existence to the will of the parties alone: *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. v. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), at paras. 13 and 16.

To say that the choice of arbitration as a dispute resolution mechanism gives rise to a foreign element would be tantamount to saying that arbitration itself establishes a connection to a given territory, and this would be in outright contradiction to the very essence of the institution of arbitration: its

est loisible aux parties d'attribuer à l'arbitrage des rattachements étrangers. Un tel arbitrage sera alors susceptible de faire jouer les règles du droit international privé. Le seul fait de stipuler une clause d'arbitrage ne constitue cependant pas en lui-même un élément d'extranéité justifiant l'application des règles du droit international privé québécois. Cette constatation ne fait l'objet d'aucun débat dans la doctrine :

Il est clair que, si on juge que l'arbitrage est purement interne au Québec, on va le soumettre à la loi du Québec. Il échappera au droit international privé. On appliquera le Code de procédure civile (règles sur l'arbitrage) du Québec.

(J. Béguin, *L'arbitrage commercial international* (1987), p. 67)

Voir aussi, au même effet, en droit comparé, E. Gaillard et J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), p. 47.

La neutralité de l'arbitrage comme institution est en fait l'une des caractéristiques fondamentales de ce mode amiable de règlement des conflits. Contrairement à l'extranéité, qui signale la possibilité d'un rattachement avec un État étranger, l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique : Guillemard, p. 77; Thuilleaux, p. 145. Un arbitrage ne fait partie d'aucune structure judiciaire étatique : *Desputeaux*, par. 41. Il n'a ni allégeance ni rattachement à un État quelconque : M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice » (2003-2004), 42 *Colum. J. Transnat'l L.* 753, p. 755. Bref, l'arbitrage est une créature dont l'existence repose sur la volonté exclusive des parties : *Laurentienne-vie, compagnie d'assurance inc. c. Empire, compagnie d'assurance-vie*, [2000] R.J.Q. 1708 (C.A.), par. 13 et 16.

Si le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits était constitutif d'extranéité, cela reviendrait à dire que l'arbitrage constitue, par lui-même, un lien de rattachement avec un territoire donné, ce qui est tout à fait contradictoire avec l'essence même de l'institution de l'arbitrage,

neutrality. This institution is territorially neutral; it contains no foreign element. Furthermore, the parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provisions by which they are bound, to choose any place, form and procedures they consider appropriate. They can choose cyberspace and establish their own rules. It was open to the parties in the instant case to refer to the *Code of Civil Procedure*, to base their procedure on a Quebec or U.S. arbitration guide or to choose rules drawn up by a recognized organization, such as the International Chamber of Commerce, the Canadian Commercial Arbitration Centre or the NAF. The choice of procedure does not alter the institution of arbitration in any of these cases. The rules become those of the parties, regardless of where they are taken from.

c'est-à-dire la neutralité. Cette institution est neutre sur le plan territorial; elle ne comporte aucun élément d'extranéité. D'ailleurs, les parties à une convention d'arbitrage sont libres, sous réserve des dispositions impératives qui les lient, de choisir le lieu, la forme et les modalités qui leur conviennent. Elles peuvent choisir l'espace virtuel et fixer leurs propres règles. Elles pouvaient, en l'espèce, se reporter au *Code de procédure civile*, s'inspirer d'un guide d'arbitrage québécois ou américain ou choisir les règles établies par une organisation reconnue comme la Chambre de Commerce internationale, le Centre canadien d'arbitrage commercial ou le NAF. Dans aucun de ces cas la procédure choisie n'a d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine.

53 I cannot therefore see how the parties' choice of arbitration can in itself create a foreign element. Such an interpretation would empty the foreign element concept of all meaning. An arbitration that contains no foreign element in the true sense of the word is a domestic arbitration. The rules on the international jurisdiction of Quebec authorities will apply only to an arbitration containing a foreign element, such as where a defendant in a case involving a personal claim is domiciled in another country.

Je ne peux donc concevoir que le simple fait pour les parties de choisir la juridiction arbitrale soit constitutif d'extranéité. Cette interprétation viderait de son sens la notion d'extranéité. Une situation d'arbitrage qui ne comporte aucun élément d'extranéité au sens véritable du mot est un arbitrage interne. Seule une situation d'arbitrage qui comporte un élément d'extranéité, par exemple le fait que le défendeur dans une réclamation personnelle soit domicilié à l'étranger, fera jouer les règles sur la compétence internationale des autorités québécoises.

54 It must now be determined whether the facts of the present case contain a foreign element.

Il s'agit maintenant de déterminer si les faits de la présente affaire comportent, eux, un élément d'extranéité.

4.4 *Seeking to Identify a Foreign Element in the Facts of the Case at Bar*

4.4 *Recherche de l'élément d'extranéité dans les faits de l'espèce*

55 The trial judge saw a foreign element in the fact that [TRANSLATION] "[t]he NAF is located in the United States" (para. 32). The Court of Appeal rejected this conclusion, and the Union has abandoned this argument. Like other organizations, such as the International Chamber of Commerce and the Canadian Commercial Arbitration Centre, the NAF offers arbitration services. The place where decisions concerning arbitration services are made or where the employees of these organizations work has no impact on the disputes in which their rules are used.

La juge de première instance a vu un élément d'extranéité dans le fait que « [l]e NAF est situé aux États-Unis » (par. 32). La Cour d'appel n'a pas retenu cette conclusion, qui n'est plus avancée par l'Union. Comme d'autres organisations telles que la Chambre de commerce internationale ou le Centre canadien d'arbitrage commercial, le NAF offre des services d'arbitrage. Le lieu où sont prises les décisions concernant les services d'arbitrage ou celui où travaillent les employés de ces organisations n'ont aucune incidence sur les litiges dans lesquels les règles de ces dernières sont utilisées.

Thus, the location of the NAF's head office is not a relevant foreign element for purposes of the application of Quebec private international law. Moreover, Dell having conceded that the arbitration proceeding will take place in Quebec should put an end to the debate regarding the place of arbitration.

Another potential foreign element is found in the NAF's Code of Procedure (*National Arbitration Forum Code of Procedure*). Rules 50 and 48B of the NAF Code provide that, unless the parties agree otherwise, arbitrations and arbitration procedures are governed by the U.S. *Federal Arbitration Act*. In Quebec, designation of the applicable law is governed by Title Two of Book Ten of the *Civil Code of Québec* on the conflict of laws. The parties' designation of the applicable law under this title is not ordinarily recognized as a foreign element in the subsequent title on the international jurisdiction of Quebec authorities. In any event, since art. 3111 C.C.Q., which I discussed above, refers to designation of the law applicable to a juridical act containing no foreign element, the designation itself does not produce such an element.

The Union raised a final element: the language of the proceedings. According to the NAF Code, English is the language used in NAF proceedings, although the parties may choose another language, in which case the NAF or the arbitrator may order the parties to provide any necessary translation and interpretation services at their own cost (rules 11D and 35G of the NAF Code).

In my view, the language argument must fail. Although I agree that the use of a language with which the consumer is not familiar may cause difficulties, neither the French nor the English language can be characterized as a foreign element in Canada.

My colleagues Bastarache and LeBel JJ. nonetheless consider it logical to accept that an arbitration clause in itself constitutes a foreign element

Le lieu du siège du NAF ne constitue donc pas un élément d'extranéité pertinent pour l'application du droit international privé québécois. De plus, la concession de Dell suivant laquelle l'arbitrage aura lieu au Québec devrait clore le débat sur le lieu de l'arbitrage.

Une autre source potentielle d'extranéité se trouve dans le Code de procédure du NAF (*National Arbitration Forum Code of Procedure*). Les règles 50 et 48B du Code du NAF prévoient que, sauf convention contraire des parties, l'arbitrage et la procédure arbitrale sont régis par la *Federal Arbitration Act* des États-Unis. Au Québec, la désignation du droit applicable est régie par le titre deuxième du livre dixième du *Code civil du Québec*, qui traite des conflits de lois. La désignation du droit applicable faite par les parties en vertu de ce titre ne constitue pas un facteur d'extranéité normalement reconnu dans le titre suivant sur la compétence internationale des autorités québécoises. De toute façon, comme l'art. 3111 C.c.Q., dont j'ai traité plus haut, porte sur la désignation du droit applicable à un acte juridique ne comportant aucun élément d'extranéité, c'est que la désignation elle-même n'emporte pas une telle extranéité.

L'Union soulève un dernier élément, celui de la langue des procédures. Selon le Code du NAF, l'anglais est la langue utilisée dans les procédures de cette organisation, mais les parties peuvent choisir une autre langue, auquel cas le NAF ou l'arbitre pourra ordonner aux parties de fournir les traductions et services d'interprétation requis et d'en assumer les coûts (règles 11D et 35G du Code du NAF).

À mon avis, l'argument linguistique ne saurait être retenu. Bien que je convienne que l'utilisation d'une langue avec laquelle le consommateur n'est pas familier puisse causer des difficultés, ni la langue française ni la langue anglaise ne peuvent être, au Canada, qualifiées de facteur d'extranéité.

Mes collègues les juges Bastarache et LeBel sont tout de même d'avis qu'il est logique d'accepter qu'une clause d'arbitrage constitue, en

56

57

58

59

60

that can result in application of the provisions on the international jurisdiction of Quebec authorities. Their interpretation has consequences for agreements other than consumer contracts. Thus, it would also be impossible to set up against a Quebec worker *any* undertaking to submit to an arbitrator any future disputes with his or her Quebec employer relating to an individual contract of employment. Furthermore, *any* arbitration agreement concerning damage suffered as a result of exposure to raw materials originating in Quebec would be null (see arts. 3151 and 3129 C.C.Q.), even an agreement between a Quebec supplier and a Quebec producer. This interpretation is hard to accept. It implies that the codifiers failed to achieve their objective of ordering the rules in both Book Ten on private international law and Chapter XVIII on arbitration agreements in Book Five. This is an important point, and it is not strictly confined to the foreign element argument. I will therefore consider it separately.

4.5 Ordering of the Rules on Arbitration

61

The chapter on arbitration is found in the important Book Five of the *Civil Code of Québec* on obligations. Book Five is divided into two titles, the first of which concerns obligations in general, while the second concerns nominate contracts. Chapter XVIII is the final chapter of the title on nominate contracts. It incorporates the provisions of Bill 91 enacted in 1986, which I have already discussed. It contains a general provision, art. 2638 C.C.Q., which is based on the recognition that an arbitration agreement is valid and can be set up against a party:

2638. An arbitration agreement is a contract by which the parties undertake to submit a present or future dispute to the decision of one or more arbitrators, to the exclusion of the courts.

In his commentary on this provision, the Minister of Justice stated that the essential purpose of the arbitration agreement is [TRANSLATION] “to displace judicial intervention” and that “by conferring jurisdiction on arbitrators, [one] ousts the usual

elle-même, un élément d’extranéité faisant jouer les dispositions sur la compétence internationale des autorités québécoises. Leur interprétation entraîne des conséquences qui débordent les contrats de consommation. Ainsi, serait également inopposable *tout* engagement que prendrait un travailleur québécois de porter devant un arbitre un éventuel différend avec son employeur québécois relativement à son contrat individuel de travail. De plus, serait nulle *toute* convention d’arbitrage se rapportant à un préjudice découlant de l’exposition à des matières premières provenant du Québec (voir les art. 3151 et 3129 C.c.Q.), même une convention liant un fournisseur québécois et un producteur québécois. Cette interprétation est difficilement acceptable. Elle implique que le codificateur n’aurait pas atteint son objectif d’ordonnancement des règles tant pour ce qui est du livre dixième sur le droit international privé que pour ce qui est du chapitre XVIII — De la convention d’arbitrage — du livre cinquième. Ce point est important et déborde le strict argument fondé sur l’extranéité. Je l’examine donc de façon distincte.

4.5 Ordonnancement des règles sur l’arbitrage

Le chapitre sur l’arbitrage fait partie de l’important livre cinquième du *Code civil du Québec*, lequel traite des obligations. Ce livre est divisé en deux titres, le premier porte sur les obligations en général et le deuxième sur les contrats nommés. Le chapitre XVIII est le dernier du titre sur les contrats nommés. Il incorpore les dispositions de la Loi 91 adoptée en 1986 et dont j’ai discuté plus haut. Il contient une disposition générale, l’art. 2638 C.c.Q., qui reconnaît la validité et l’opposabilité d’une convention d’arbitrage :

2638. La convention d’arbitrage est le contrat par lequel les parties s’engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d’un ou de plusieurs arbitres, à l’exclusion des tribunaux.

Dans ses Commentaires sur cet article, le ministre de la Justice dit qu’il est de l’essence de la convention d’arbitrage « d’écarter l’intervention des tribunaux » et qu’« en attribuant une compétence juridictionnelle aux arbitres [on] exclut la compétence

jurisdiction of the judiciary”: *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1649.

Chapter XVIII also contains a provision that enumerates the cases in which the jurisdiction of the Quebec courts cannot be ousted by the parties. This provision reads as follows:

2639. Disputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order may not be submitted to arbitration.

An arbitration agreement may not be opposed on the ground that the rules applicable to settlement of the dispute are in the nature of rules of public order.

Thus, the codifiers laid down, for disputes containing no foreign element, specific rules dealing, on the one hand, with the effect of the arbitration agreement and, on the other, with cases in which arbitration is not available under domestic law. They therefore considered what matters should be arbitrable. Where disputes not involving private international law issues are concerned, these matters are set out in the provisions governing arbitration. Article 3148, para. 2 C.C.Q. does not simply restate the text of art. 2638 C.C.Q. Rather, it lays down the same rule as it applies to an arbitration agreement containing a foreign element. To give arts. 3149 and 3151 C.C.Q. general application, it would be necessary to infer that the codifiers were inconsistent in not including, in the chapter on arbitration, the exceptions relating to consumer contracts, contracts of employment and claims regarding exposure to raw materials.

Furthermore, to view art. 3149 C.C.Q. as being limited to private international law is consistent with the legislature’s objective. This provision is one of the new measures the legislature inserted into the title on the international jurisdiction of Quebec authorities to protect certain more vulnerable groups: *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 2011. Article 3149 C.C.Q. refers to two of these groups, Quebec consumers and workers, who cannot waive the jurisdiction of a Quebec authority. I agree with the following comment by Beauregard J.A. of the Quebec Court

habituelle de l’ordre judiciaire » : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1649.

Ce chapitre contient aussi une disposition précisant les cas où les parties ne peuvent écarter la compétence des tribunaux québécois. Voici le texte de cette disposition :

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

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

Le codificateur a donc prévu, pour ce qui est des litiges ne comportant pas d’élément d’extranéité, des règles spécifiques traitant, d’une part, de l’effet de la convention d’arbitrage et, d’autre part, des cas où l’arbitrage n’est pas autorisé en droit interne. Il s’est donc penché sur les matières susceptibles d’arbitrage. Pour les litiges qui ne mettent pas en cause le droit international privé, ces matières sont énumérées là où sont regroupées les dispositions régissant l’arbitrage. L’article 3148, al. 2 C.c.Q. n’est pas une répétition de l’art. 2638 C.c.Q. Il est l’expression de la même règle pour ce qui est des conventions d’arbitrage comportant un élément d’extranéité. Par ailleurs, donner aux art. 3149 et 3151 C.c.Q. une portée générale oblige à inférer que le codificateur a été incohérent en n’incluant pas, au chapitre sur l’arbitrage, les exclusions concernant les contrats de consommation, les contrats de travail et les réclamations liées à l’exposition aux matières premières.

Considérer que l’art. 3149 C.c.Q. se limite au droit international privé est par ailleurs cohérent avec l’objectif poursuivi par le législateur. En effet, cette disposition fait partie des nouvelles mesures que le législateur a insérées dans le titre sur la compétence internationale des autorités du Québec afin de protéger certains groupes plus vulnérables : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 2011. L’article 3149 C.c.Q. mentionne deux de ces groupes, c’est-à-dire les consommateurs et les travailleurs québécois, qui ne peuvent renoncer à la compétence des autorités québécoises. Je suis

62

63

64

of Appeal in *Dominion Bridge* with regard to the legislature's general objective in enacting art. 3149 C.C.Q.:

[TRANSLATION] In my view, it is clear that the legislature intended to ensure that employees could not be required to go abroad to assert rights under a contract of employment. [p. 325]

Thus, the reason why an arbitration clause cannot be set up against a consumer under the title on the international jurisdiction of Quebec authorities is clearly to protect a consumer in a situation with a foreign element.

65 In enacting art. 3149 C.C.Q., the legislature could not have intended to take an obscure approach requiring a decontextualized reading of the title on the international jurisdiction of Quebec authorities. The interpretation of art. 3149 C.C.Q. must be consistent with the legislature's objective of protecting vulnerable groups and must be harmonized not only with the title on the international jurisdiction of Quebec authorities, but also with the entire book of the C.C.Q. on private international law and Chapter XVIII on arbitration (in Title Two of Book Five), and with Book VII of the *Code of Civil Procedure* on arbitration. This brings out the internal consistency of these rules, which interact harmoniously and without redundancy. The general provisions on arbitration are grouped together in the books, titles and chapters of the *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, and specific exceptions are set out in these provisions. It would not be appropriate to shatter the consistency of the rules on arbitration and those on the international jurisdiction of Quebec authorities by placing all disputes concerning an arbitrator's jurisdiction within the scope of the rules on the jurisdiction of Quebec authorities regardless of whether there is a foreign element.

4.6 Conclusion on the Application of Art. 3149 C.C.Q.

66 The legal experts who worked on the reform of the *Civil Code*, the Minister of Justice who was in

d'accord avec les propos suivants, formulés par le juge Beauregard de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Dominion Bridge* relativement à l'objectif général du législateur à l'art. 3149 C.c.Q. :

Il me paraît manifeste que le législateur a voulu éviter qu'un employé soit obligé d'aller à l'étranger pour faire valoir ses droits aux termes d'un contrat d'emploi. [p. 325]

La raison d'être de l'inopposabilité de l'arbitrage, dans le titre sur la compétence internationale des autorités québécoises, est donc clairement la protection du consommateur dans une situation comportant un élément d'extranéité.

En édictant l'art. 3149 C.c.Q., le législateur ne peut avoir voulu emprunter une voie obscure, requérant une lecture décontextualisée du titre sur la compétence internationale des autorités québécoises. L'interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. doit permettre la réalisation de l'objectif de protection du législateur et cette interprétation doit être harmonisée non seulement avec le titre traitant de la compétence internationale des autorités québécoises mais aussi avec tout le livre sur le droit international privé et le chapitre XVIII sur l'arbitrage (titre deuxième du livre cinquième) du C.c.Q., ainsi qu'avec le livre VII sur l'arbitrage du *Code de procédure civile*. Cet exercice démontre la cohérence interne de ces règles, qui fonctionnent en harmonie les unes avec les autres et sans redondance. Les dispositions générales sur l'arbitrage sont regroupées ensemble tant dans les livres, titres et chapitres du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile*, à l'intérieur desquels des exceptions sont précisées pour les matières particulières. Il n'est pas souhaitable de faire éclater la cohérence entre les régimes sur l'arbitrage et sur la compétence internationale des autorités québécoises en incorporant dans le champ d'application des règles sur la compétence des autorités québécoises tous les litiges portant sur la compétence arbitrale sans égard à l'existence d'un élément d'extranéité.

4.6 Conclusion sur l'application de l'art. 3149 C.c.Q.

Les juristes qui ont travaillé à la réforme du *Code civil*, ainsi que le ministre de la Justice en poste lors

office at the time of the enactment of the *Civil Code of Québec*, and many Canadian and foreign authors recognized that a foreign element was a prerequisite for applying the rules on the international jurisdiction of Quebec authorities. The ordering effected in a codification process and the rule that a provision must be interpreted in light of its context require an interpretation of art. 3149 C.C.Q. that limits it to cases with a foreign element.

I will now discuss the other issues before this Court. They concern the degree of scrutiny of an arbitration clause by the Superior Court, and the validity and applicability of the arbitration clause.

5. Degree of Scrutiny of an Arbitration Clause by the Superior Court in Considering a Referral Application

The objective of this part is to determine whether it is the arbitrator or a court that should rule first on the parties' arguments on the validity or applicability of an arbitration agreement. I will accordingly consider the limits of intervention by the courts in cases involving arbitration agreements.

5.1 *Competence of Arbitrators to Rule on Their Own Jurisdiction in International Law*

There are two opposing schools of thought in the debate over the degree of judicial scrutiny of an arbitrator's jurisdiction under an arbitration agreement. Under one, it is the court that must rule first on the arbitrator's jurisdiction; this view is based on a concern to avoid a duplication of proceedings. Since the court has the power to review the arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction, why should the arbitrator be allowed to make an initial ruling on this issue? According to this view, it would be preferable to have the court settle any challenge to the arbitrator's jurisdiction immediately. This first school of thought thus favours an interventionist judicial

de l'adoption du *Code civil du Québec* et de nombreux auteurs canadiens et étrangers reconnaissent que l'extranéité est une condition préalable à l'application des règles en matière de compétence internationale des autorités québécoises. L'ordonnement effectué lors d'une codification et la règle selon laquelle une disposition doit être interprétée en harmonie avec son contexte commandent une interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. qui le limite aux cas présentant un élément d'extranéité.

Je me pencherai maintenant sur les autres questions en litige. Elles concernent l'intensité de l'examen de la clause d'arbitrage par la Cour supérieure ainsi que la validité et l'applicabilité de la clause d'arbitrage.

5. L'intensité de l'examen de la clause d'arbitrage par la Cour supérieure lors de la demande de renvoi

La présente partie a pour objectif de déterminer qui de l'arbitre ou du tribunal judiciaire devrait entendre, en premier, les arguments soulevés par les parties concernant la validité ou l'applicabilité d'une convention d'arbitrage. J'examinerai donc les paramètres à l'intérieur desquels l'intervention judiciaire peut être exercée en présence d'une convention d'arbitrage.

5.1 *La compétence de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence en droit international*

Deux courants s'opposent dans le débat sur l'intensité de l'examen par le tribunal judiciaire de la compétence de l'arbitre aux termes d'une convention d'arbitrage. L'un requiert que ce soit le tribunal judiciaire qui statue en premier sur la compétence de l'arbitre; il est fondé sur la volonté d'éviter le dédoublement des procédures. Comme le tribunal judiciaire conserve le pouvoir de réviser la décision de l'arbitre concernant sa propre compétence, pourquoi alors laisser ce dernier se prononcer en premier sur cette question? Selon ce point de vue, il est préférable de laisser le tribunal judiciaire trancher immédiatement toute contestation concernant la compétence de l'arbitre. Ce premier courant

67

68

69

approach to questions relating to the jurisdiction of arbitrators.

favorise donc une approche judiciaire interventionniste à l'égard des questions touchant à la compétence des arbitres.

70 The other school of thought gives precedence to the arbitration process. It is concerned with preventing delaying tactics and is associated with the principle commonly known as the “competence-competence” principle. According to it, arbitrators should be allowed to exercise their power to rule first on their own jurisdiction (Gaillard and Savage, at p. 401).

L'autre courant donne préséance au processus arbitral. Il tend à prévenir les tactiques dilatoires. Il est associé au principe communément appelé « compétence-compétence ». Il favorise l'exercice par l'arbitre de son pouvoir de se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence (Gaillard et Savage, p. 401).

71 The New York Convention does not expressly require the adoption of either of these schools of thought. Article II(3) reads as follows:

La Convention de New York ne dicte pas de façon expresse le choix de l'un ou l'autre des courants. L'article II(3) est rédigé ainsi :

The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.

72 According to some authors, this provision means that referral is the general rule: Gaillard and Savage, at pp. 402-4; F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international* (2005), at pp. 178-79 and 183. Its wording indicates that the court must not rule on the arbitrator's jurisdiction unless the clause is clearly null and void, inoperative or incapable of being performed.

Certains auteurs considèrent que cette disposition signifie que le renvoi est la règle générale : Gaillard et Savage, p. 402-404; F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international* (2005), p. 178-179 et 183. Son texte signalerait que le tribunal ne doit statuer sur la compétence de l'arbitre que lorsque la clause est clairement nulle, inopérante ou inapplicable.

73 The fact that art. II(3) of the New York Convention provides that the court can rule on whether an agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed does not mean that it is required to do so before the arbitrator does, however.

En effet, que le Tribunal puisse, comme le prévoit l'art. II(3) de la Convention de New York, se prononcer sur la caducité, le caractère inopérant ou l'inapplicabilité de la clause, ne signifie cependant pas qu'il ait l'obligation de se prononcer avant que l'arbitre ne le fasse.

74 The Model Law, which, as I mentioned above, was drafted consistently with the New York Convention, is clearer. First of all, the wording of art. 8(1) of the Model Law is almost identical to that of art. II(3) of the New York Convention. What is more, art. 16 of the Model Law expressly recognizes the competence-competence principle. It reads as follows:

La Loi type, qui, je l'ai dit plus tôt, a été rédigée en conformité avec la Convention de New York est plus claire. D'abord, l'art. 8(1) de la Loi type reprend presque textuellement le texte de l'art. II(3) de la Convention de New York. De plus, l'art. 16 de la Loi type admet expressément le principe de compétence-compétence. Voici le texte de cet article :

Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction

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

(2) A plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised not later than the submission of the statement of defence. A party is not precluded from raising such a plea by the fact that he has appointed, or participated in the appointment of, an arbitrator. A plea that the arbitral tribunal is exceeding the scope of its authority shall be raised as soon as the matter alleged to be beyond the scope of its authority is raised during the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified.

(3) The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

Some authors argue that the competence-competence principle requires the court to limit itself to a *prima facie* analysis of the application and to refer the parties to arbitration unless the arbitration agreement is manifestly tainted by a defect rendering it invalid or inapplicable: F. Bachand, “Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction?” According to Professor Bachand, this interpretation is confirmed by the legislative history of the Model Law. This approach has also been adopted in a number of countries; France, for example, has formally incorporated the approach in art. 1458 of its *Code de procédure civile*. The *prima*

Article 16. Compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence

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

2. L’exception d’incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d’avoir désigné un arbitre ou d’avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L’exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l’un ou l’autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s’il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. Le tribunal arbitral peut statuer sur l’exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral détermine, à titre de question préalable, qu’il est compétent, l’une ou l’autre partie peut, dans un délai de trente jours après avoir été avisée de cette décision, demander au tribunal visé à l’article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; en attendant qu’il soit statué sur cette demande, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

Certains auteurs soutiennent que le principe de compétence-compétence a pour effet d’obliger le tribunal judiciaire à s’en tenir à une analyse sommaire de la demande et de renvoyer les parties à l’arbitrage, sauf si la convention d’arbitrage est manifestement entachée d’un vice la rendant invalide ou inapplicable : F. Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal’s Jurisdiction? ». Le professeur Bachand soutient que cette interprétation est confirmée par l’historique législatif de la Loi type. Cette approche a aussi été adoptée par plusieurs pays, dont la France, qui l’a incorporée formellement à l’art. 1458 de son *Code de procédure*

facie test has also been adopted in Switzerland by way of judicial interpretation: decision of the 1st Civil Court dated April 29, 1996 in *Fondation M. v. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996), cited by Gaillard and Savage, at p. 409.

civile. Par interprétation judiciaire, le critère de l'analyse sommaire a aussi été retenu en Suisse : arrêt de la 1^{re} Cour civile du 29 avril 1996 dans la cause *Fondation M. c. Banque X.*, BGE 122 III 139 (1996), citée par Gaillard et Savage, p. 409.

76 The manifest nullity test is a fairly strict one:

[TRANSLATION] The nullity of an arbitration agreement will be manifest if it is incontestable. . . . As soon as a serious debate arises about the validity of the arbitration agreement, only the arbitrator can validly conduct the review. . . . An apparently valid arbitration clause will never be considered to be manifestly null.

(É. Loquin, "Compétence arbitrale", *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034 (1994), No. 105)

Le critère de nullité manifeste est plutôt strict :

La nullité de la convention d'arbitrage sera manifeste lorsqu'elle sera incontestable [. . .] Dès l'instant qu'il y a discussion sérieuse sur la validité de la convention d'arbitrage, seul l'arbitre peut valablement opérer la vérification [. . .] La clause d'arbitrage, dont la validité est apparente, ne sera jamais considérée comme manifestement nulle.

(É. Loquin, « Compétence arbitrale », *Juris-classeur Procédure civile*, fasc. 1034 (1994), n° 105)

77 Despite the lack of consensus in the international community, the *prima facie* analysis test is gaining acceptance and has the support of many authors: Gaillard and Savage, at pp. 407-13; Bachand, "Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?" This test is indicative of a deferential approach to the jurisdiction of arbitrators.

Malgré l'absence de consensus au sein de la communauté internationale, le critère de l'analyse sommaire est de plus en plus reconnu et jouit de l'appui de nombreux auteurs : Gaillard et Savage, p. 407-413; Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? ». Ce critère est la marque d'une approche respectueuse à l'endroit de la compétence de l'arbitre.

78 Having completed this review of international law, I will now consider the state of Quebec law on this issue.

Après ce survol du droit international, il convient d'examiner la position du droit québécois sur la question.

5.2 *Quebec Test for Judicial Intervention in a Case Involving an Arbitration Agreement*

5.2 *Le critère québécois d'intervention judiciaire en présence d'une convention d'arbitrage*

79 The legal framework governing referral to arbitration is set out in the *Code of Civil Procedure*. The relevant provisions read as follows:

Le cadre juridique du renvoi à l'arbitrage est décrit au *Code de procédure civile*, dont voici les dispositions pertinentes :

940.1 Where an action is brought regarding a dispute in a matter on which the parties have an arbitration agreement, the court shall refer them to arbitration on the application of either of them unless the case has been inscribed on the roll or it finds the agreement null.

940.1 Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

The arbitration proceedings may nevertheless be commenced or pursued and an award made at any time while the case is pending before the court.

La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué.

943. The arbitrators may decide the matter of their own competence.

943.1 If the arbitrators declare themselves competent during the arbitration proceedings, a party may within thirty days of being notified thereof apply to the court for a decision on that matter.

While such a case is pending, the arbitrators may pursue the arbitration proceedings and make their award.

943.2 A decision of the court during the arbitration proceedings recognizing the competence of the arbitrators is final and without appeal.

It should be noted from the outset that art. 940.1 C.C.P. incorporates the essence of art. II(3) of the New York Convention and of its counterpart in the Model Law, art. 8. Furthermore, art. 943 C.C.P. confers on arbitrators the competence to rule on their own jurisdiction. This article clearly indicates acceptance of the competence-competence principle incorporated into art. 16 of the Model Law.

A review of the case law on arbitration reveals that Quebec courts have often accepted or refused to give effect to arbitration clauses without reflecting on the degree of scrutiny required of them: *C.C.I.C. Consultech International v. Silverman*, [1991] R.D.J. 500 (C.A.); *Banque Nationale du Canada v. Premdev inc.*, [1997] Q.J. No. 689 (QL) (C.A.); *Acier Leroux inc. v. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839 (C.A.); *Robertson Building Systems Ltd. v. Constructions de la Source inc.*, [2006] Q.J. No. 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation v. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] Q.J. No. 329 (QL) (C.A.). However, it can be seen that where the analysis of a clause requires an assessment of contradictory factual evidence, Quebec courts can be reluctant to engage in a review on the merits. For example, in *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL) (C.A.), the buyer sued the seller on the basis of error induced by fraud. The court hearing the case had to decide whether the seller had made false representations to the buyer. The Court of Appeal simply referred the case to arbitration.

943. Les arbitres peuvent statuer sur leur propre compétence.

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

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

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

On peut, d'emblée, constater que l'art. 940.1 C.p.c. intègre l'essence de l'art. II(3) de la Convention de New York et de son pendant dans la Loi type, l'art. 8. Par ailleurs, l'art. 943 C.p.c. reconnaît à l'arbitre le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence. Cet article signale clairement l'acceptation du principe de compétence-compétence incorporé à l'art. 16 de la Loi type.

L'examen de la jurisprudence en matière d'arbitrage nous amène à constater que les tribunaux québécois ont souvent accepté ou refusé de donner effet aux clauses d'arbitrage sans s'interroger sur l'intensité de l'examen auquel ils devaient se livrer : *C.C.I.C. Consultech International c. Silverman*, [1991] R.D.J. 500 (C.A.); *Banque Nationale du Canada c. Premdev inc.*, [1997] A.Q. n° 689 (QL) (C.A.); *Acier Leroux inc. c. Tremblay*, [2004] R.J.Q. 839 (C.A.); *Robertson Building Systems Ltd. c. Constructions de la Source inc.*, [2006] J.Q. n° 3118 (QL), 2006 QCCA 461; *Compagnie nationale algérienne de navigation c. Pegasus Lines Ltd. S.A.*, [1994] A.Q. n° 329 (QL) (C.A.). On remarque cependant que lorsque l'analyse de la clause requiert l'examen d'une preuve factuelle contradictoire, les tribunaux québécois peuvent se montrer réticents à procéder à un examen au fond. Ainsi, dans *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. n° 5922 (QL) (C.A.), l'acheteur a poursuivi son vendeur pour erreur provoquée par le dol. Cette question exigeait du tribunal saisi qu'il décide si le vendeur avait fait de fausses déclarations à l'acheteur. La Cour d'appel s'est contentée de renvoyer le dossier à l'arbitrage.

82

One author suggests that Quebec courts are more deferential as regards the jurisdiction of arbitrators when hearing cases that simply concern the applicability of an arbitration clause, whereas if it is the validity of the same clause that is an issue, the rule they seem to observe is to dispose of the issue immediately: F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, at pp. 190-91. Although I agree that a distinction can be made between a case concerning validity and one concerning applicability, it cannot be said that the Quebec courts have uniformly used or identified this distinction as a criterion for intervening. Nor has it been adopted in the rest of Canada, where the *prima facie* analysis has also been extended to cases concerning the applicability of an arbitration clause: *Gulf Canada Resources Ltd. v. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Dalimpex Ltd. v. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (Ont. C.A.). I therefore consider it necessary to pursue the analysis beyond this distinction.

Un auteur suggère que les tribunaux québécois font preuve de plus de respect envers la compétence de l'arbitre lorsqu'ils sont simplement saisis d'une contestation fondée sur l'applicabilité de la clause d'arbitrage, alors que si la question porte sur la validité de cette même clause, ils semblent avoir pour règle de trancher cette question de façon immédiate : F. Bachand, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, p. 190-191. Je reconnais qu'une distinction pourrait être faite entre les cas de validité et d'applicabilité. Cependant, on ne peut affirmer que cette distinction est uniformément utilisée ou identifiée par les tribunaux québécois comme critère d'intervention. Je remarque aussi qu'elle n'est pas retenue dans le reste du Canada où l'analyse sommaire est également étendue aux cas d'applicabilité de la clause d'arbitrage : *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.); *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 228 D.L.R. (4th) 179 (C.A. Ont.). C'est pourquoi j'estime nécessaire de pousser la recherche au-delà de cette distinction.

83

Article 940.1 C.C.P. refers only to cases where the arbitration agreement is null. However, since this provision was adopted in the context of the implementation of the New York Convention (the words of which, in art. II(3), are "null and void, inoperative or incapable of being performed"), I do not consider a literal interpretation to be appropriate. It is possible to develop, in a manner consistent with the empirical data from the Quebec case law, a test for reviewing an application to refer a dispute to arbitration that is faithful to art. 943 C.C.P. and to the *prima facie* analysis test that is increasingly gaining acceptance around the world.

L'article 940.1 C.p.c. ne mentionne que les cas de nullité de la convention d'arbitrage. Cependant, comme cette disposition fait partie de la mise en œuvre de la Convention de New York (dont les termes utilisés à l'art. II(3) sont « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée »), je ne crois pas qu'une interprétation littérale soit indiquée. Il est possible, tout en incorporant les données empiriques qui ressortent de la jurisprudence québécoise, de formuler un critère d'examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage qui soit fidèle à l'art. 943 C.p.c. et au critère de l'analyse sommaire de plus en plus retenu à l'échelle internationale.

84

First of all, I would lay down a general rule that in any case involving an arbitration clause, a challenge to the arbitrator's jurisdiction must be resolved first by the arbitrator. A court should depart from the rule of systematic referral to arbitration only if the challenge to the arbitrator's jurisdiction is based solely on a question of law. This exception is justified by the courts' expertise in resolving such questions, by the fact that the court is the forum to which the parties apply first when requesting

Tout d'abord, il convient de poser la règle générale que, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. Cette dérogation se justifie par l'expertise des tribunaux sur ces questions, par le fait que le tribunal judiciaire est le premier forum

referral and by the rule that an arbitrator's decision regarding his or her jurisdiction can be reviewed by a court. It allows a legal argument relating to the arbitrator's jurisdiction to be resolved once and for all, and also allows the parties to avoid duplication of a strictly legal debate. In addition, the danger that a party will obstruct the process by manipulating procedural rules will be reduced, since the court must not, in ruling on the arbitrator's jurisdiction, consider the facts leading to the application of the arbitration clause.

If the challenge requires the production and review of factual evidence, the court should normally refer the case to arbitration, as arbitrators have, for this purpose, the same resources and expertise as courts. Where questions of mixed law and fact are concerned, the court hearing the referral application must refer the case to arbitration unless the questions of fact require only superficial consideration of the documentary evidence in the record.

Before departing from the general rule of referral, the court must be satisfied that the challenge to the arbitrator's jurisdiction is not a delaying tactic and that it will not unduly impair the conduct of the arbitration proceeding. This means that even when considering one of the exceptions, the court might decide that to allow the arbitrator to rule first on his or her competence would be best for the arbitration process.

Thus, the general rule of the Quebec test is consistent with the competence-competence principle set out in art. 16 of the Model Law, which has been incorporated into art. 943 C.C.P. As for the exception under which a court may rule first on questions of law relating to the arbitrator's jurisdiction, this power is provided for in art. 940.1 C.C.P., which in fact recognizes that a court can itself find that the agreement is null rather than referring this issue to arbitration.

In the case at bar, the parties have raised questions of law relating to the application of the

auquel les parties s'adressent lorsqu'elles demandent le renvoi et par la règle voulant que la décision de l'arbitre sur sa compétence puisse faire l'objet d'une révision complète par le tribunal judiciaire. De cette façon, l'argument de droit relatif à la compétence de l'arbitre sera tranché une fois pour toutes, évitant aux parties le dédoublement d'un débat strictement juridique. De plus, le risque de manipulation de la procédure en vue de créer de l'obstruction est amenuisé du fait que la décision du tribunal quant à la compétence arbitrale ne doit pas mettre en cause les faits donnant lieu à l'application de la clause d'arbitrage.

Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier.

Avant de déroger à la règle générale du renvoi, le tribunal doit être convaincu que la contestation de la compétence arbitrale n'est pas une tactique dilatoire et ne préjudiciera pas indûment le déroulement de l'arbitrage. Cette dernière exigence signifie que, même si le tribunal est en présence d'une des situations d'exception, il peut décider qu'il est dans l'intérêt du processus arbitral de laisser l'arbitre se prononcer en premier lieu sur sa propre compétence.

Ainsi, la règle générale du critère québécois est conforme au principe de compétence-compétence prévu à l'art. 16 de la Loi type et incorporé à l'art. 943 C.p.c. Quant à la dérogation permettant aux tribunaux de trancher de façon initiale les questions de droit relatives à la compétence de l'arbitre, il s'agit d'un pouvoir prévu à l'art. 940.1 C.p.c., qui reconnaît justement aux tribunaux le pouvoir de constater eux-mêmes la nullité de la convention au lieu de renvoyer cette question à l'arbitrage.

En l'espèce, les parties ont soulevé des questions de droit portant sur l'application des dispositions du

85

86

87

88

provisions on Quebec private international law and to whether the class action is of public order. There are a number of other arguments, however, that require an analysis of the facts in order to apply the law to this case. This is true of the attempt to identify a foreign element in the circumstances of the case. Likewise, the external nature of the arbitration clause requires not only an interpretation of the law, but also a review of the documentary and testimonial evidence introduced by the parties. According to the test discussed above, the matter should have been referred to arbitration.

89

Considering the status of the case, it would be counterproductive for this Court to refer it to arbitration, thereby exposing the parties to a new round of proceedings. It would therefore be preferable to deal with all the questions here. I have already discussed the application of art. 3149 C.C.Q. and the question of the foreign element. I will now consider the external clause issue.

6. External Nature of the Arbitration Clause

90

In 1994, the legislature introduced arts. 1435 to 1437 C.C.Q. — which lay down special rules on the validity of certain clauses typically found in contracts of adhesion or consumer contracts — into the law of contractual obligations. Although all these rules share a general purpose of protecting the weakest and most vulnerable contracting parties, they concern different types of clauses (external, illegible, incomprehensible and abusive) and are accordingly aimed at different types of abuse. For example, whereas the notion of the external clause (art. 1435 C.C.Q.) traditionally concerns contract clauses that are physically separate from the main document, that of the illegible clause (art. 1436 C.C.Q.) concerns clauses that are not separate from the main document but are, owing to their physical presentation, illegible for a reasonable person. Thus, a clause that is [TRANSLATION] “buried among a large number of other clauses” because of its location in the contract is characterized as illegible: D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at p. 897; B. Lefebvre, “Le contrat d’adhésion” (2003), 105 *R. du N.* 439, at p. 479. An incomprehensible clause (art. 1436 C.C.Q.) is one

droit international privé québécois et le caractère d’ordre public du recours collectif. Plusieurs autres moyens requéraient cependant une analyse des faits pour déterminer l’application à l’espèce des règles de droit. Il en va ainsi de la recherche de l’élément d’extranéité dans les faits de l’affaire. De même le caractère externe de la clause d’arbitrage requiert non seulement l’interprétation du droit mais aussi l’examen de la preuve documentaire et testimoniale présentée par les parties. En vertu du critère décrit ci-dessus, l’affaire aurait dû être renvoyée à l’arbitrage.

Vu l’état du dossier, il serait contreproductif pour notre Cour de renvoyer le dossier à l’arbitrage et d’exposer ainsi les parties à une nouvelle série de procédures. Il est donc souhaitable de traiter ici de toutes les questions. J’ai déjà discuté de l’application de l’art. 3149 C.c.Q. et de la recherche du facteur d’extranéité. J’examine maintenant la question de la clause externe.

6. Le caractère externe de la clause d’arbitrage

En 1994, le législateur a introduit dans le droit des obligations contractuelles les art. 1435 à 1437 C.c.Q., qui sont des règles particulières concernant la validité de certaines clauses contenues typiquement dans des contrats d’adhésion ou de consommation. Bien que ces règles aient toutes pour objet général la protection des parties contractantes plus faibles et vulnérables, chacune d’entre elles sanctionne différentes sortes de clauses (externes, illisibles, incompréhensibles et abusives) et s’attaque en conséquence à différents types d’abus. Par exemple, alors que la notion de clause externe (art. 1435 C.c.Q.) vise traditionnellement les clauses contractuelles qui sont physiquement séparées du document principal, la notion de clause illisible (art. 1436 C.c.Q.) vise, quant à elle, les clauses qui ne sont pas séparées du document principal mais dont la présentation physique les rend illisibles pour une personne raisonnable. C’est ainsi que l’on qualifie d’illisible la clause qui est « noyée parmi un grand nombre d’autres clauses » en raison de l’endroit où elle est située dans le contrat : D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), p. 897; B. Lefebvre, « Le contrat d’adhésion » (2003), 105

that is drafted so poorly that its content is unintelligible or excessively ambiguous.

In the case at bar, the Union argues that, pursuant to art. 1435 C.C.Q., the arbitration clause is null because it is an external clause and because it has not been proven that Mr. Dumoulin knew of its existence. Article 1435 reads as follows:

1435. An external clause referred to in a contract is binding on the parties.

In a consumer contract or a contract of adhesion, however, an external clause is null if, at the time of formation of the contract, it was not expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, unless the other party proves that the consumer or adhering party otherwise knew of it.

This provision begins with a recognition that an external clause referred to in a contract is valid. However, its purpose is to remedy abuses resulting from the inclusion by reference of clauses that one of the parties is unaware of: Civil Code Revision Office, vol. II, t. 2, at pp. 601-2; *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, at pp. 870-71. A party wishing to apply a clause that is external to a consumer contract or a contract of adhesion must prove that it was expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, or that the consumer or adhering party otherwise knew of it.

In the absence of a statutory definition, the authors have undertaken to define the external clause concept. An external clause is a contractual stipulation [TRANSLATION] “set out in a document that is separate from the agreement or instrument but that, according to a clause of this agreement, is deemed to be an integral part of it”: *Baudouin et Jobin: Les obligations* (6th ed. 2005), at p. 267. A clause is external if it is physically separate from the contract: Lluellas and Moore, at p. 748. A clause found on the back of a contract or in a schedule at the end of it is not an external clause, because it is an integral part of the contract; art. 1435 C.C.Q. does not apply to such a clause.

R. du N. 439, p. 479. Par clause incompréhensible (art. 1436 C.c.Q.), on entend une clause dont la formulation est défectueuse, ce qui rend son contenu inintelligible ou trop ambigu.

En l'espèce, l'Union prétend qu'en vertu de l'art. 1435 C.c.Q. la clause d'arbitrage est nulle, parce qu'il s'agit d'une clause externe dont la connaissance par M. Dumoulin n'a pas été prouvée. Cet article est rédigé ainsi :

1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.

Cette disposition reconnaît d'abord la validité d'une clause externe à laquelle un contrat renvoie. Elle vise cependant à remédier aux abus découlant de l'insertion, par référence, de stipulations inconnues d'une des parties : Office de révision du Code civil, vol. II, t. 2, p. 612; *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, p. 870-871. La partie qui veut prendre avantage d'une clause externe à un contrat de consommation ou d'adhésion doit prouver qu'elle a été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent, ou que ceux-ci en avaient par ailleurs connaissance.

Faute de définition législative, la doctrine s'est chargée de définir la notion de clause externe. Il s'agit d'une stipulation contractuelle « figurant dans un document distinct de la convention ou de l'*instrumentum* mais qui, selon une clause de cette convention, est réputée en faire partie intégrante » : *Baudouin et Jobin : Les obligations* (6^e éd. 2005), p. 267. La clause est externe si elle est physiquement séparée du contrat : Lluellas et Moore, p. 748. Une clause se trouvant à l'endos du contrat ou dans une annexe à la fin de celui-ci n'est pas externe, parce qu'elle fait partie intégrante du contrat. Elle n'est pas visée par l'art. 1435 C.c.Q.

91

92

93

94 The case at bar is the first in which the Quebec Court of Appeal has had to consider whether a contract clause that can be accessed by means of a hyperlink in a contract entered into via the Internet can be considered to be an external clause. Previous disputes concerning the external nature of contractual stipulations have concerned paper documents.

95 Some aspects of electronic documents are covered by the law. In light of the growing number of juridical acts entered into via the Internet, the Quebec legislature has intervened and laid down rules relating to this new environment. Thus, the *Act to establish a legal framework for information technology*, R.S.Q., c. C-1.1, provides that documents have the same legal value whether they are paper or technology-based documents (s. 5). A contract may therefore be entered into using either an electronic medium — by, for example, filling out a form on a Web page — or paper: V. Gautrais, *Know your law: Guide respecting the management of technology-based documents* (2005), at p. 23.

96 Despite the efforts to harmonize the rules via legislation, there are legal rules that are not always easy to apply in the context of the Internet. This is true, for example, in the case of external clauses, since the traditional test of physical separation cannot be transposed without qualification to the context of electronic commerce.

97 A Web page may contain many links, each of which leads in turn to a new Web page that may itself contain many more links, and so on. Obviously, it cannot be argued that all these different but inter-linked pages constitute a single document, or that the entire Web, as it scrolls down a user's screen, is just one document. However, it is difficult to accept that the need for a single command by the user would be sufficient for a finding that the provision governing external clauses is applicable. Such an interpretation would be inconsistent with the reality of the Internet environment, where no real distinction is made between scrolling through a document

La présente affaire est la première dans laquelle la Cour d'appel du Québec a eu à se demander dans quelle mesure une clause contractuelle accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet peut constituer une clause externe. Jusqu'à maintenant, les contestations concernant le caractère externe des stipulations contractuelles visaient des documents sur support papier.

Certains aspects des documents informatiques sont régis par la loi. En effet, devant le nombre croissant d'actes juridiques conclus par Internet, le législateur québécois est intervenu et a énoncé des règles relatives à ce nouvel environnement. Ainsi, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., ch. C-1.1, prévoit qu'un document a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou technologique (art. 5). Un contrat peut donc être conclu aussi bien en utilisant un support électronique qu'un support papier, par exemple en remplissant un formulaire sur une page Internet : V. Gautrais, *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques* (2005), p. 23.

Malgré les efforts d'harmonisation par voie législative, l'application de certaines règles de droit dans le contexte de l'Internet ne se fait pas toujours sans difficulté. C'est notamment le cas des clauses externes pour lesquelles le critère traditionnel de séparation physique ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique.

Une page Internet peut comporter une multitude de liens, chacun conduisant à son tour à une nouvelle page Internet susceptible d'en comporter elle aussi une multitude, et ainsi de suite. À l'évidence, l'on ne saurait prétendre que toutes ces différentes pages reliées entre elles constituent un seul document, voire que l'ensemble du Web défilant devant l'écran de l'internaute n'est qu'un seul et même document. Par ailleurs, il est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes. Une telle interprétation serait détachée de la réalité de

and using a hyperlink. Analogously to paper documents, some Web documents contain several pages that can be accessed only by means of hyperlinks, whereas others can be viewed by scrolling down them on the computer's screen. There is no reason to favour one configuration over the other. To determine whether clauses on the Internet are external clauses, therefore, it is necessary to consider another rule that, although not expressly mentioned in art. 1435 C.C.Q., is implied by it.

Thus, a number of authors have stressed that, for an external clause to be binding on the parties, it must be reasonably accessible: Lluelles and Moore, at p. 753; *Baudouin et Jobin: Les obligations*, at p. 268. A contracting party cannot argue that a contract clause is binding unless the other party had a reasonable opportunity to read it. For this, the other party must have had access to it. Where a contract has been negotiated and all its terms and conditions are set out in the contract itself, the problem of accessibility does not arise, since all the clauses are part of a single document. Where the contract refers to an external document, however, accessibility is an implied precondition for setting up the clause against the other party.

The implied precondition of accessibility is a useful tool for the analysis of an electronic document. Thus, a clause that requires operations of such complexity that its text is not reasonably accessible cannot be regarded as an integral part of the contract. Likewise, a clause contained in a document on the Internet to which a contract on the Internet refers, but for which no hyperlink is provided, will be an external clause. Access to the clause in electronic format should be no more difficult than access to its equivalent on paper. This proposition flows both from the interpretation of art. 1435 C.C.Q. and from the principle of functional equivalence that underlies the *Act to establish a legal framework for information technology*.

l'environnement Internet, où l'on ne fait pas de distinction concrète entre le déroulement du document et l'utilisation d'un hyperlien. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Il n'y a pas de raison de privilégier une configuration plutôt qu'une autre. La détermination du caractère externe des clauses sur Internet requiert donc de prendre en considération une autre règle qui, si elle n'est pas explicitement mentionnée à l'art. 1435 C.c.Q., y est néanmoins implicite.

Ainsi, plusieurs auteurs soulignent que, pour qu'une clause externe à un contrat puisse lier les parties, elle doit être raisonnablement accessible : Lluelles et Moore, p. 753; *Baudouin et Jobin : Les obligations*, p. 268. En effet, pour qu'un contractant puisse invoquer la force obligatoire d'une clause contractuelle, il faut que l'autre contractant ait eu une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance. Pour ce faire, il faut qu'il y ait eu accès. Dans un contrat négocié faisant état de toutes les conditions contractuelles, le problème d'accessibilité ne survient pas parce que toutes les clauses font partie d'un même document. L'accessibilité est cependant une condition d'opposabilité préalable implicite lorsque le contrat renvoie à un document externe.

La condition préalable implicite d'accessibilité s'avère un instrument utile pour l'analyse d'un document informatique. Ainsi, une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. L'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Cet énoncé découle tant de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. que du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

98

99

100

The evidence in the record shows that the consumer could access the page of Dell's Web site containing the arbitration clause directly by clicking on the highlighted hyperlink entitled "Terms and Conditions of Sale". This link reappeared on every page the consumer accessed. When the consumer clicked on the link, a page containing the terms and conditions of sale, including the arbitration clause, appeared on the screen. From this point of view, the clause was no more difficult for the consumer to access than would have been the case had he or she been given a paper copy of the entire contract on which the terms and conditions of sale appeared on the back of the first page.

101

In my view, the consumer's access to the arbitration clause was not impeded by the configuration of the clause; to read it, he or she needed only to click once on the hyperlink to the terms and conditions of sale. The clause is therefore not an external one within the meaning of the *Civil Code of Québec*.

102

The Union submits that the NAF Code, too, is an external document and cannot be set up against Mr. Dumoulin, the consumer in the instant case. According to the Union, the hyperlink merely led to the home page of the NAF's Web site, and to access the NAF Code, consumers had to pursue their searches beyond the home page. At first glance, the need to pursue a search beyond the home page seems to me to be insufficient to support a finding that the NAF Code is an external document. Without further evidence regarding access problems, I find that the argument must be rejected. Furthermore, even if the NAF Code were an external document, this argument would not be sufficient to decide the issue of the arbitrator's jurisdiction. If the NAF Code were in fact an external clause and therefore null pursuant to art. 1435 C.C.Q., that would not affect the validity of the arbitration clause. The arbitration procedure would then simply be governed by the C.C.P.

103

In concluding, I would like to point out, relying only on the facts in the record and having heard no specific arguments on the issue of an illegible or

Il ressort de la preuve au dossier que le consommateur peut accéder directement à la page du site Internet de Dell où figure la clause d'arbitrage en cliquant sur l'hyperlien en surbrillance intitulé « Conditions de vente » (ou « *Terms and Conditions of Sale* » dans la version anglaise de ce site). Ce lien est reproduit à chaque page à laquelle le consommateur accède. Dès que le consommateur active le lien, la page contenant les conditions de vente, dont la clause d'arbitrage, apparaît sur son écran. En ce sens, cette clause n'est pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document.

À mon avis, l'accès du consommateur à la clause d'arbitrage n'est pas entravé par la configuration de cette clause dont il peut lire le texte en cliquant une seule fois sur l'hyperlien menant aux conditions de vente. La clause d'arbitrage ne constitue donc pas une clause externe au sens du *Code civil du Québec*.

L'Union soutient que le Code du NAF est lui aussi un document externe inopposable au consommateur, M. Dumoulin. Selon l'Union, l'hyperlien mène seulement à la page d'accueil du site Internet du NAF et, pour accéder au texte du Code du NAF, le consommateur doit pousser sa recherche au-delà de la page d'accueil. À première vue, le fait de pousser la recherche au-delà de la page d'accueil me paraît insuffisant pour conclure que le Code du NAF est un document externe. Sans plus de preuve quant aux difficultés d'accès, j'estime que l'argument ne peut être retenu. Par ailleurs, même si le Code du NAF était un document externe, cet argument ne permettrait pas de trancher la question de la compétence de l'arbitre. En effet, à supposer que le Code du NAF soit une clause externe nulle au sens de l'art. 1435 C.c.Q., ceci n'affecterait pas la validité de la clause d'arbitrage. La procédure d'arbitrage serait alors simplement régie par le C.p.c.

Je termine en soulignant que, suivant les seuls faits figurant au dossier et sans le bénéfice d'un argument précis sur le caractère illisible ou

incomprehensible arbitration clause, that I would have reached the same conclusion even if the Union had also argued that the clause was illegible or incomprehensible within the meaning of art. 1436 C.C.Q. As was mentioned above, the highlighted hyperlink appeared on every page the consumer accessed, and no evidence was adduced that could lead to the conclusion that the text was difficult to find in the document, or that it was hard to read or to understand.

I would also note that in this Court, the Union argued generally that the arbitration clause was abusive. This argument is based on the prohibition under art. 1437 C.C.Q. However, since no submissions were made in support of this allegation, I will simply find that the Union has not demonstrated its merits.

7. Availability of the Class Action Where There is an Arbitration Clause

As a separate ground in support of the argument that the arbitration clause cannot be set up against Mr. Dumoulin's motion, the Union relies on art. 2639 C.C.Q. and submits that because this is a class action, the dispute is of public order and therefore cannot be submitted to arbitration. Thus, Dell is not entitled to request that the dispute be referred to arbitration, and the class action must be heard on the merits. In my opinion, the Union's argument must be rejected. The class action is a procedure, and its purpose is not to create a new right.

The procedural framework for the class action was added to the *Code of Civil Procedure* in 1979. It is accepted that the class action has a social dimension: "Its purpose is to facilitate access to justice for citizens who share common problems and would otherwise have little incentive to apply to the courts on an individual basis to assert their rights" (*Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19, at para. 16) or might lack the financial means to do so. From this perspective, the class action is clearly of public interest. However, the first introductory provision of Book IX of the *Code of Civil Procedure* — Class

incompréhensible de la clause d'arbitrage, ma conclusion aurait été la même si l'Union avait aussi plaidé que la clause était illisible ou incompréhensible au sens de l'art. 1436 C.c.Q. Comme il a été mentionné précédemment, l'hyperlien en surbrillance paraît à chaque page à laquelle le consommateur accède et il n'a été présenté aucune preuve permettant de conclure que le texte était difficile à repérer à l'intérieur du document, ou qu'il était difficile à lire ou à comprendre.

Je souligne également que, devant notre Cour, l'Union a plaidé, de façon générale, le caractère abusif de la clause d'arbitrage. Ce moyen repose sur la prohibition prévue à l'art. 1437 C.c.Q. Cependant, comme l'Union n'a présenté aucun argument à l'appui de cette allégation, je me limiterai à constater que l'Union n'a pas démontré le bien-fondé de celle-ci.

7. L'opposabilité du recours collectif en présence d'une clause d'arbitrage

Comme motif distinct d'inopposabilité de la clause d'arbitrage à la requête de M. Dumoulin, l'Union invoque l'art. 2639 C.c.Q. et soutient que, parce qu'il s'agit d'un recours collectif, le différend intéresse l'ordre public et ne peut de ce fait être soumis à l'arbitrage. Il s'ensuivrait donc que Dell n'a pas le droit de demander le renvoi à l'arbitrage et que le recours collectif doit être entendu au fond. À mon avis, la prétention de l'Union doit être rejetée. Le recours collectif est une procédure qui n'a pas pour objet de créer un nouveau droit.

Le régime procédural du recours collectif a été introduit dans le *Code de procédure civile* en 1979. Il est reconnu que la procédure de recours collectif a une portée sociale. « Elle vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits » (*Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19, par. 16) ou n'auraient pas les moyens financiers pour le faire. En ce sens, le recours collectif est certainement un régime d'intérêt public. Cependant, la première disposition introductive du livre IX du

104

105

106

Action — reminds us that, as important as it may be, the class action is only a legal procedure:

999. . . .

(d) “class action” means the procedure which enables one member to sue without a mandate on behalf of all the members.

. . . .

107

This position was already accepted at the time Book IX was enacted:

[TRANSLATION] The class action is not a right (*jus*); it is a procedure. It is not, in itself, even a means to exercise a right, a remedy in the sense of the maxim *ubi jus, ibi remedium*. It is merely a special mechanism that is applied to an existing means to exercise an existing right in order to “collectivize” it.

(M. Bouchard, “L’autorisation d’exercer le recours collectif” (1980), 21 *C. de D.* 855, at p. 864)

The notion that the class action procedure does not create new rights has been reiterated on numerous occasions, including recently by this Court in *Bisaillon*, at paras. 17 and 22.

108

In the case at bar, the parties agreed to submit their disputes to binding arbitration. The effect of an arbitration agreement is recognized in Quebec law: art. 2638 C.C.Q. Obviously, if Mr. Dumoulin had brought the same action solely as an individual, the Union’s argument based on the class action being of public order could not have been advanced to prevent the court hearing the action from referring the parties to arbitration. Does the mere fact that Mr. Dumoulin instead decided to bring the matter before the courts by instituting a class action affect the admissibility of his action? In light of the reasons of LeBel J., writing for the majority in *Bisaillon*, at para. 17, the answer is no: “[the class action] cannot serve as a basis for legal proceedings if the various claims it covers, taken individually, would not do so”.

Code de procédure civile — Le recours collectif — rappelle que, aussi important soit-il, le recours collectif ne demeure qu’un moyen de procédure :

999. . . .

d) « recours collectif » : le moyen de procédure qui permet à un membre d’agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres.

. . . .

Cette position était déjà admise à l’époque où le livre IX a été adopté :

Le recours collectif n’est pas un droit (*jus*); c’est un moyen. Ce n’est même pas en soi une façon d’exercer un droit, un « remède » au sens de la maxime *ubi jus, ibi remedium*. Ce n’est qu’un mécanisme particulier qui vient s’appliquer, pour la « collectiviser », à une façon déjà existante d’exercer un droit déjà existant.

(M. Bouchard, « L’autorisation d’exercer le recours collectif » (1980), 21 *C. de D.* 855, p. 864)

Quant à l’énoncé suivant lequel la procédure de recours collectif ne crée pas de nouveaux droits, il a été réitéré à de nombreuses reprises, y compris récemment par notre Cour dans l’arrêt *Bisaillon*, par. 17 et 22.

En l’espèce, les parties se sont engagées à soumettre leurs différends à l’arbitrage obligatoire. L’effet de la convention d’arbitrage est reconnue par le droit québécois : art. 2638 C.c.Q. Si M. Dumoulin avait intenté le même recours mais uniquement à titre individuel, l’argument de l’Union fondé sur le caractère d’ordre public du recours collectif ne pourrait évidemment plus être invoqué pour s’opposer à ce que le tribunal judiciaire saisi de l’action renvoie les parties à l’arbitrage. Le seul fait que M. Dumoulin ait plutôt décidé de s’adresser aux tribunaux au moyen de la procédure de recours collectif a-t-il pour effet de modifier la recevabilité de son action? Suivant les motifs exprimés par le juge LeBel, pour la majorité, dans *Bisaillon*, au par. 17, la réponse est négative : « la procédure du recours collectif ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas ».

Moreover, the Union's argument that the class action is a matter of public order that may not be submitted to arbitration has lost its force as a result of this Court's decision in *Desputeaux*. In that case, one of the parties had invoked the same provision, art. 2639 C.C.Q., to argue that the dispute over ownership of the copyright in a fictitious character, Caillou, was a question of public order that could not be submitted to arbitration. The Court held that the concept of public order referred to in art. 2639 C.C.Q. must be interpreted narrowly and is limited to matters analogous to those enumerated in that provision: paras. 53-55. In the case at bar, neither Mr. Dumoulin's hypothetical individual action nor the class action is a dispute over the status and capacity of persons, family law matters or analogous matters.

Consequently, the Union's argument relating to the public order nature of the class action must fail. I must now rule on the application of Bill 48, which came into force after this appeal was heard.

8. Application of the Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts

Bill 48 was enacted on December 14, 2006 (S.Q. 2006, c. 56). It introduces a number of measures, only one of which is relevant to the case at bar: the addition to the *Consumer Protection Act* of a provision on arbitration clauses. This provision reads as follows:

2. The Act is amended by inserting the following section after section 11:

“11.1. Any stipulation that obliges the consumer to refer a dispute to arbitration, that restricts the consumer's right to go before a court, in particular by prohibiting the consumer from bringing a class action, or that deprives the consumer of the right to be a member of a group bringing a class action is prohibited.

Par ailleurs, l'argument de l'Union suivant lequel le recours collectif est une question intéressant l'ordre public qui ne peut être assujettie à l'arbitrage a perdu de sa force à la suite de l'arrêt de notre Cour dans *Desputeaux*. Dans cette affaire, l'une des parties avait invoqué le même art. 2639 C.c.Q. pour soutenir que le différend portant sur la propriété des droits d'auteur liés au personnage fictif Caillou était une question intéressant l'ordre public, qui ne pouvait donc être soumise à l'arbitrage. La Cour a affirmé que la notion d'ordre public comprise à l'art. 2639 C.c.Q. devait recevoir une interprétation restrictive et se limitait aux seules matières analogues à celles énumérées à cette disposition : par. 53-55. En l'espèce, ni l'hypothétique action individuelle de M. Dumoulin, ni la procédure de recours collectif ne sont des différends portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou encore sur des matières analogues.

Par conséquent, l'argument de l'Union relatif au caractère d'ordre public de la procédure de recours collectif ne peut être retenu. Il reste maintenant à statuer sur la question de l'application de la Loi 48, laquelle est entrée en vigueur après l'audition du présent pourvoi.

8. Application de la Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances

La Loi 48 a été adoptée le 14 décembre 2006 (L.Q. 2006, ch. 56). Cette loi comporte plusieurs mesures, dont une seule est pertinente en l'espèce. Il s'agit de celle qui ajoute à la *Loi sur la protection du consommateur* une disposition régissant les stipulations d'arbitrage. Cette disposition est rédigée ainsi :

2. Cette loi est modifiée par l'insertion, après l'article 11, du suivant :

« 11.1. 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.

If a dispute arises after a contract has been entered into, the consumer may then agree to refer the dispute to arbitration.”

The question that arises is whether this new provision applies to the facts of the instant case.

112 Pursuant to s. 18 of Bill 48, s. 2 came into force on December 14, 2006. Section 18 reads as follows:

18. The provisions of this Act come into force on 14 December 2006, except section 1, which comes into force on 1 April 2007, and sections 3, 5, 9 and 10, which come into force on the date or dates to be set by the Government, but not later than 15 December 2007.

Bill 48 has only one transitional provision, s. 17, which provides that the new ss. 54.8 to 54.16 of the *Consumer Protection Act* do not apply to contracts entered into before the coming into force of the Bill. The instant case is not one in which s. 17 is applicable. However, if ss. 17 and 18 are read together, it would seem at first glance that, aside from the provisions referred to in s. 17, Bill 48 applies to contracts entered into before its coming into force. Is this true? And is Bill 48 applicable in the case at bar?

113 Professor P.-A. Côté writes in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 169, that “retroactive operation of a statute is highly exceptional, whereas prospective operation is the rule”. He adds that “[a] statute has immediate effect when it applies to a legal situation that is ongoing at the moment of its commencement: the new statute governs the future developments of this situation” (p. 152). A legal situation is ongoing if the facts or effects are occurring at the time the law is being modified (p. 153). A statute of immediate effect can therefore modify the future effects of a fact that occurred before the statute came into force without affecting the prior legal situation of that fact.

114 To make it clear what is meant by an ongoing situation and one whose facts and effects have occurred in their entirety, it will be helpful to consider the example of the obligation to warrant against latent

Le consommateur peut, s’il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l’arbitrage. »

La question qui se pose est de savoir si cette nouvelle disposition s’applique aux faits de l’espèce.

Par l’effet de l’art. 18 de la Loi 48, l’art. 2 est entré en vigueur le 14 décembre 2006. Voici le texte de l’art. 18 :

18. La présente loi entre en vigueur le 14 décembre 2006, à l’exception de l’article 1, qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2007, et des articles 3, 5, 9 et 10, qui entreront en vigueur à la date ou aux dates fixées par le gouvernement, mais au plus tard le 15 décembre 2007.

La Loi 48 comporte une seule disposition transitoire, l’art. 17, lequel prévoit que les contrats conclus avant l’entrée en vigueur de la loi sont exclus de l’application des nouveaux art. 54.8 à 54.16 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Cependant si l’on fait une lecture corrélative des art. 17 et 18, il semble à première vue que, sauf les dispositions visées à l’art. 17, la Loi 48 s’applique aux contrats conclus avant son entrée en vigueur. Est-ce le cas? Et qu’en est-il de l’application de la Loi 48 à l’instance en cours?

Comme l’a écrit le professeur P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 213, « l’effet de la loi dans le passé est tout à fait exceptionnel, alors que l’effet immédiat dans le présent est normal ». « Il y a effet immédiat de la loi nouvelle lorsque celle-ci s’applique à l’égard d’une situation juridique en cours au moment où elle prend effet : la loi nouvelle gouvernera alors le déroulement futur de cette situation » (p. 191). Une situation juridique est en cours lorsque les faits ou les effets sont en cours de déroulement au moment de la modification du droit (p. 192). Une loi d’application immédiate peut donc modifier les effets à venir d’un fait survenu avant l’entrée en vigueur de cette loi, sans remettre en cause le régime juridique antérieur en vigueur lorsque ce fait est survenu.

Pour aider à bien comprendre ce qu’est une situation en cours et une situation entièrement survenue, il est utile de reprendre l’exemple de l’obligation de garantie contre les vices cachés utilisée par les

defects cited by professors P.-A. Côté and D. Jutras in *Le droit transitoire civil: Sources annotées* (loose-leaf), at p. 2-36. This obligation comes into existence upon the conclusion of the sale, but the warranty clause does not produce tangible effects unless a problem arises with the property sold. The warranty comes into play either when the vendor is put in default or when a claim is made. Once all the effects of the warranty have occurred, the situation is no longer ongoing and the new legislation will not apply to the situation unless it is retroactive.

Can the facts of the case at bar be characterized as those of an ongoing legal situation? If they can, the new legislation applies. If all the effects of the situation have occurred, the new legislation will not apply to the facts.

The only condition for application of Dell's arbitration clause is that a claim against Dell, or a dispute or controversy between the customer and Dell, must arise (clause 13C of the Terms and Conditions of Sale). All the facts of the legal situation had therefore occurred once Mr. Dumoulin notified Dell of his claim. Thus, all the facts giving rise to the application of the binding arbitration clause had occurred in their entirety before Bill 48 came into force.

Since there is nothing in Bill 48 that might lead to the conclusion that it applies retroactively, there is no reason to give it such a scope.

Moreover, to interpret Bill 48 as having retroactive effect would be problematic. First, retroactive operation is exceptional: Côté, at pp. 114-15; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 553-54. Where a law is ambiguous and admits of two possible interpretations, an interpretation according to which it does not have retroactive effect will be preferred: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 742-45.

Second, I find it highly unlikely that the legislature intended that s. 2 should apply to *all* arbitration

professeurs P.-A. Côté et D. Jutras, *Le droit transitoire civil : Sources annotées* (feuilles mobiles), p. 2-36. L'obligation de garantie existe dès la conclusion de la vente, mais la stipulation de garantie ne produit d'effets concrets que lorsqu'un problème relié au bien vendu se manifeste. La garantie entre en action soit lors de la mise en demeure, soit lors de la réclamation. Lorsque les effets de la garantie se sont entièrement produits, il ne s'agit plus d'une situation en cours et la loi nouvelle ne s'applique pas à cette situation à moins que cette loi ne soit rétroactive.

Les faits de l'espèce peuvent-ils être qualifiés de situation juridique en cours? Si c'est le cas, la loi nouvelle s'applique. Si la situation est entièrement survenue, la loi nouvelle ne s'appliquera pas aux faits.

La seule condition de mise en œuvre de la clause d'arbitrage de Dell est la naissance d'une réclamation, d'un conflit ou d'une controverse contre Dell (clause 13C des Conditions de vente). La situation juridique est donc entièrement survenue lorsque M. Dumoulin a communiqué sa réclamation à Dell. Ainsi, tous les faits donnant lieu à l'application de la clause d'arbitrage obligatoire se sont entièrement produits avant l'entrée en vigueur de la Loi 48.

Comme la Loi 48 ne comporte aucune indication permettant de conclure qu'elle s'applique de façon rétroactive, il n'y a pas lieu de lui donner une telle portée.

D'ailleurs, une interprétation rétroactive de la Loi 48 serait problématique. Premièrement, la rétroactivité demeure l'exception : Côté, p. 142-143; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 553-554. Dans la mesure où une loi est ambiguë et donne lieu à deux interprétations possibles, on favorisera une interprétation non rétroactive de la loi : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 742-745.

Deuxièmement, il m'apparaît fort improbable que le législateur ait voulu que l'art. 2 s'applique

115

116

117

118

119

clauses in force before December 14, 2006. For example, neither a consumer who is a party to an arbitration that is under way nor a consumer whose claims have already been rejected by an arbitrator should be able to rely on s. 2 and argue that the arbitration clause binding him or her and the merchant is invalid in order to request a stay of proceedings or to have the unfavourable arbitration award set aside. Failing a clear indication to the contrary, when a dispute is submitted for a decision, the decision maker must apply the law as it stands at the time the facts giving rise to the right occurred.

à toutes les clauses d'arbitrage en vigueur avant le 14 décembre 2006. Par exemple, un consommateur qui serait partie à un arbitrage en cours ou même un consommateur dont les prétentions n'auraient pas été retenues par l'arbitre ne devrait pas être fondé à invoquer l'art. 2 et à prétendre que la clause d'arbitrage le liant au commerçant est invalide, et ainsi à réclamer l'arrêt de l'instance ou obtenir l'annulation de la sentence arbitrale qui lui serait défavorable. À moins d'indication claire à l'effet contraire, lorsqu'un litige est soumis pour décision, le décideur doit se reporter à la loi en vigueur au moment où les faits générateurs de droit se sont produits.

120 I accordingly conclude that since the facts triggering the application of the arbitration clause had already occurred before s. 2 of Bill 48 came into force, this provision does not apply to the facts of the case at bar.

Par conséquent, j'arrive à la conclusion que, comme les faits entraînant la mise en œuvre de la clause d'arbitrage s'étaient déjà produits avant la date d'entrée en vigueur de l'art. 2 de la Loi 48, cette disposition ne s'applique pas aux faits de l'espèce.

9. Disposition

9. Dispositif

121 For these reasons, I would allow the appeal, reverse the Court of Appeal's judgment, refer Mr. Dumoulin's claim to arbitration and dismiss the motion for authorization to institute a class action, with costs.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmar l'arrêt de la Cour d'appel, de renvoyer la demande de M. Dumoulin à l'arbitrage et de rejeter la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, le tout avec dépens.

The reasons of Bastarache, LeBel and Fish JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Fish rendus par

BASTARACHE AND LeBEL JJ. (dissenting) —

LES JUGES BASTARACHE ET LeBEL (dissidents) —

I. Introduction

I. Introduction

122 In this appeal, our Court must decide whether an arbitration clause in an Internet consumer contract bars access to a class action procedure in the province of Quebec. For the reasons which follow, we hold that the clause at issue is of no effect and cannot be set up against the consumer who seeks the authorization to initiate a class action. As a result, we would dismiss the appeal.

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de consommation électronique fait obstacle à l'exercice d'un recours collectif dans la province de Québec. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la clause en litige est inopérante et inopposable au consommateur sollicitant l'autorisation d'exercer un recours collectif. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Background

Over the weekend between April 4, 2003 and April 7, 2003, Dell showed some erroneous prices on one page of its Web site, the “shopping page” for its Axim X5 line of handheld computers. On this specific page, the Axim X5 300 MHz and 400 MHz were announced at a price of \$89 and \$118 respectively. It appears that the actual pricing should have read \$379 and \$549 respectively and that the error was due to a technical problem with one of Dell’s database systems.

The error was discovered by Dell on Saturday, April 5th. Dell immediately tried to correct it by erecting an electronic barrier to block access to the faulty page through the generally publicized homepage www.Dell.ca. However, Dell overlooked the fact that it was still possible to access the blocked page through a “deep-link”, a direct hyperlink that permits Web users to have access to a particular page without having to go through the Web site’s homepage. It appears that many people were able to access the faulty page through this means and that an unusually high number of Axim X5 handheld computers were ordered at the erroneous prices over the weekend. The respondent Dumoulin is one of the persons who placed an order in this way, having ordered, on April 7th, an Axim X5 300 MHz at the erroneous price of \$89 after having accessed the shopping page of the Axim X5 handheld computers through its deep-link.

On Monday, April 7th, at 9:30 a.m., the technical problem with the shopping page was fixed and access through the homepage was re-established at 2:30 p.m. Later that day, Dell published a correction notice on its Web site informing customers of the pricing error and of the fact that all orders for the Axim X5 handheld computers with incorrect pricing would not be processed.

The following day, Dumoulin received an e-mail informing him of the pricing error and also that his order would not be processed. He answered by putting Dell on notice to honour its advertised sale price. His request having been denied, Union des consommateurs, on behalf of Dumoulin, decided

II. Contexte

Au cours de la fin de semaine du 4 au 7 avril 2003, Dell a annoncé sa gamme d’ordinateurs de poche Axim X5 à des prix erronés sur la « page d’achat » de son site Web. Les modèles Axim X5 300 MHz et 400 MHz y étaient respectivement annoncés au prix de 89 \$ et de 118 \$. Il semble que les prix véritables étaient de 379 \$ et de 549 \$ respectivement et que l’erreur résultait d’un problème technique relié à l’un des systèmes de base de données de Dell.

Dell a découvert l’erreur le samedi 5 avril. Elle a immédiatement tenté de la corriger en érigant une barrière électronique visant à bloquer l’accès à la page fautive à partir de la page d’accueil, dont l’adresse généralement publicisée est www.Dell.ca. Or, Dell a oublié qu’il était toujours possible d’accéder à la page bloquée au moyen d’un « lien profond », soit un hyperlien direct qui permet aux internautes l’accès à une page en particulier sans passer par la page d’accueil. De nombreuses personnes semblent avoir ainsi accédé à la page fautive et un nombre inhabituellement élevé d’ordinateurs de poche Axim X5 ont été commandés à prix erronés au cours de la fin de semaine. L’intimé, M. Dumoulin, est l’une des personnes ayant ainsi commandé, le 7 avril, un Axim X5 300 MHz au prix erroné de 89 \$ après avoir accédé au moyen du lien profond à la page d’achat des ordinateurs de poche Axim X5.

Le lundi 7 avril à 9 h 30, l’erreur sur la page d’achat a été corrigée et à 14 h 30, l’accès à cette page à partir de la page d’accueil a été rétabli. Plus tard le même jour, Dell a publié sur son site Web un avis de correction informant ses clients de l’erreur qui s’était glissée dans les prix et indiquant qu’elle ne donnerait suite à aucune commande d’ordinateur de poche Axim X5 au prix erroné.

Le lendemain, M. Dumoulin a reçu un courriel l’informant de l’erreur de prix et du fait que sa commande ne serait pas traitée. Il a répondu à Dell par une mise en demeure de respecter le prix de vente annoncé. Sa demande ayant été refusée, l’Union des consommateurs a décidé de demander

123

124

125

126

to file a motion in the Superior Court to be authorized to institute a class action.

127

Dell contested the motion by raising a declinatory exception to the Quebec Superior Court's jurisdiction based on the fact that the terms and conditions of the sale contained the following arbitration agreement:

Arbitration. ANY CLAIM, DISPUTE, OR CONTROVERSY (WHETHER IN CONTRACT, TORT, OR OTHERWISE, WHETHER PREEXISTING, PRESENT OR FUTURE, AND INCLUDING STATUTORY, COMMON LAW, INTENTIONAL TORT AND EQUITABLE CLAIMS CAPABLE IN LAW OF BEING SUBMITTED TO BINDING ARBITRATION) AGAINST DELL, its agents, employees, officers, directors, successors, assigns or affiliates (collectively for purposes of this paragraph, "Dell") arising from or relating to this Agreement, its interpretation, or the breach, termination or validity thereof, the relationships between the parties, whether pre-existing, present or future, (including, to the full extent permitted by applicable law, relationships with third parties who are not signatories to this Agreement), Dell's advertising, or any related purchase SHALL BE RESOLVED EXCLUSIVELY AND FINALLY BY BINDING ARBITRATION ADMINISTERED BY THE NATIONAL ARBITRATION FORUM ("NAF") under its Code of Procedure and any specific procedures for the resolution of small claims and/or consumer disputes then in effect (available via the Internet at <http://www.arb-forum.com/>, or via telephone at 1-800-474-2371). The arbitration will be limited solely to the dispute or controversy between Customer and Dell. Any award of the arbitrator(s) shall be final and binding on each of the parties, and may be entered as a judgment in any court of competent jurisdiction. Information may be obtained and claims may be filed with the NAF at P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405, or by e-mail at file@arb-forum.com, or by online filing at <http://www.arb-forum.com/>.

(Appellant's Record, vol. III, at p. 384, *Dell's Online Policies*, Terms and Conditions of Sale (Canada), clause 13C)

à la Cour supérieure, au nom de M. Dumoulin, l'autorisation d'exercer un recours collectif.

Dell a contesté la requête au moyen d'une exception déclinatoire quant à la compétence de la Cour supérieure du Québec, soutenant que la convention d'arbitrage suivante faisait partie des conditions de la vente :

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 les 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/>.

(Dossier de l'appelante, vol. III, p. 378-379, *Politiques de Dell sur l'Internet*, Conditions de vente, clause 13C)

Dell argued that on account of this clause, Dumoulin's dispute had to be submitted to compulsory arbitration.

III. Judicial History

The Superior Court dismissed the declinatory exception (J.E. 2004-457, [2004] Q.J. No. 155 (QL)). Langlois J. found that the arbitration agreement provided for an arbitration administered by the National Arbitration Forum ("NAF"), a U.S. based institute governed by American law, and that the agreement purported to derogate from art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("C.C.Q."), which provides that the waiver of the jurisdiction of Quebec authorities cannot be set up against a consumer. In reaching this decision, Langlois J. followed an earlier decision of the Court of Appeal in *Dominion Bridge Corp. v. Knai*, [1998] R.J.Q. 321, where it was held that an agreement to arbitrate an employment dispute in a foreign jurisdiction could not be set up against the worker under art. 3149 C.C.Q.

The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal, but on different grounds ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). Writing for a unanimous bench, Lemelin J. (*ad hoc*) overturned Langlois J. on the basis that, pursuant to Rule 32A of the *National Arbitration Forum Code of Procedure* ("NAF Code"), the seat of the arbitration could have been located in Quebec and that the factual situation was on that basis distinguishable from the one in *Dominion Bridge*. However, Lemelin J. did conclude that the arbitration agreement was null on another basis. Having found that the "Terms and Conditions of Sale" in which the agreement was included was itself an external clause pursuant to art. 1435 C.C.Q., she further found that the arbitration agreement and its rules of procedure were not expressly brought to the attention of Dumoulin and that Dell had not established that the consumer had otherwise gained knowledge of it. She thus concluded that the arbitration agreement was null and that the Superior Court had not lost its jurisdiction over the class action proceedings.

Dell a plaidé qu'en raison de cette clause, la réclamation de M. Dumoulin devait être soumise à l'arbitrage obligatoire.

III. Historique judiciaire

La Cour supérieure a rejeté l'exception déclinatoire (J.E. 2004-457, [2004] J.Q. n° 155 (QL)). La juge Langlois a conclu que la convention d'arbitrage prévoyait un arbitrage organisé par le National Arbitration Forum (« NAF »), un organisme établi aux États-Unis et régi par le droit américain, et visait à déroger à l'art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), selon lequel la renonciation du consommateur à la compétence des autorités québécoises ne peut lui être opposée. La juge Langlois appuie sa conclusion sur l'arrêt *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1998] R.J.Q. 321, dans lequel la Cour d'appel a statué qu'une convention prévoyant l'arbitrage d'un différend de travail dans un ressort étranger ne pouvait être opposée au travailleur aux termes de l'art. 3149 C.c.Q.

La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel, mais pour des motifs différents ([2005] R.J.Q. 1448, 2005 QCCA 570). S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, la juge Lemelin (*ad hoc*) a infirmé la décision de la juge Langlois parce que, conformément à l'art. 32A du *National Arbitration Forum Code of Procedure* (« Code du NAF »), l'arbitrage aurait pu être tenu au Québec et que, pour cette raison, la situation factuelle différait de celle de l'arrêt *Dominion Bridge*. La juge Lemelin a toutefois conclu à la nullité de la convention d'arbitrage pour une autre raison. Estimant que les « conditions de la vente » prévoyant la convention d'arbitrage constituaient en soi une clause externe au sens de l'art. 1435 C.c.Q., elle a conclu que la convention d'arbitrage et ses règles de procédure n'avaient pas été expressément portées à la connaissance de M. Dumoulin et que Dell n'avait pas démontré que le consommateur en avait par ailleurs eu connaissance. Elle a donc conclu que la convention d'arbitrage était nulle et que la Cour supérieure n'avait pas perdu sa compétence à l'égard du recours collectif.

128

129

IV. AnalysisA. *Introduction*

130 In this case, we are dealing with an arbitration clause inserted into a consumer contract of adhesion. The primary question raised by this appeal can be stated in the following terms: did the courts below err in law by refusing to refer the parties to arbitration? Before analysing this question, however, it is helpful to first discuss the nature of exclusive contractual arbitration clauses, the history of their recognition in Quebec law, and the principles that inform the interpretation of the rules relating to arbitration.

(1) The Nature of Exclusive Contractual Arbitration Clauses: a Jurisdiction Clause

131 There are two types of contractual arbitration clauses. A complete undertaking to arbitrate, or an “exclusive arbitration clause”, is that by which the parties undertake in advance to submit to arbitration any dispute which may arise regarding their contract, and which specifies that the award made will be final and binding on the parties. This may be contrasted with an arbitration clause that is purely optional (see *Zodiak International Productions Inc. v. Polish People’s Republic*, [1983] 1 S.C.R. 529, at p. 533).

132 Exclusive arbitration clauses operate to create a “private jurisdiction” that implicates the loss of jurisdiction of state-appointed forums for dispute resolution, such as ordinary courts and administrative tribunals, rendering contractual arbitration both different and exclusive of the later entities (see J. E. C. Brierley, “Arbitration Agreements Articles 2638-2643”, in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 3B, at pp. 1-3 and 10). Contractual arbitration has also been described as creating a “private justice system” for the parties: [TRANSLATION] “From a theoretical standpoint, arbitration is a private justice system that ordinarily arises out of an agreement. Thus, it has a contractual source and an adjudicative function” (see S. Thuilleaux in *L’arbitrage*

IV. AnalyseA. *Introduction*

En l’espèce, nous sommes en présence d’une clause d’arbitrage insérée dans un contrat d’adhésion en matière de consommation. La principale question soulevée dans le pourvoi peut être formulée comme suit : les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur de droit en refusant de renvoyer les parties à l’arbitrage? Toutefois, avant d’analyser cette question, nous estimons utile d’examiner la nature des clauses contractuelles d’arbitrage exclusif, l’historique de leur reconnaissance en droit québécois et les principes qui éclairent l’interprétation des règles relatives à l’arbitrage.

(1) La nature des clauses contractuelles d’arbitrage exclusif : une clause attributive de compétence

Il existe deux types de clauses contractuelles d’arbitrage. La clause compromissoire parfaite, ou « clause d’arbitrage exclusif », est celle par laquelle les parties s’engagent à l’avance à soumettre à l’arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à leur contrat et qui précise que la sentence sera finale et liera les parties. Elle se distingue d’une clause d’arbitrage purement facultative (voir *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, p. 533).

La clause d’arbitrage exclusif a pour effet de créer une « juridiction privée » qui suppose, pour les tribunaux désignés par l’État tels les tribunaux de droit commun et les tribunaux administratifs, la perte de leur compétence pour régler les différends, ce qui rend l’arbitrage conventionnel à la fois distinct et indépendant de ces dernières entités (voir J. E. C. Brierley, « De la convention d’arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 2, 1067, p. 1067-1073 et 1085-1087). L’arbitrage conventionnel a également été décrit comme établissant un « système de justice privée » au bénéfice des parties : « [d]’un point de vue théorique, l’arbitrage est une justice privée dont l’origine est normalement conventionnelle.

commercial au Québec: Droit interne — Droit international privé (1991), at p. 5 (footnotes omitted)).

What makes contractual arbitration a “private jurisdiction” or “private justice system” is the degree of freedom the parties have in choosing the manner in which their dispute will be resolved:

Arbitration is therefore the settling of disputes between parties who agree not to go before the courts, but to accept as final the decision of experts of their choice, in a place of their choice, usually subject to laws agreed upon in advance and usually under rules which avoid much of the formality, niceties, proof and procedure required by the courts.

(W. Tetley, *International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime* (1994), at p. 390)

Parties to contractual arbitration are free to choose the laws governing their agreement to arbitrate, the law of the arbitral proceedings, the law of the subject matter under dispute, as well as the rules of conflict applicable to all of the above. In addition, the above four laws need not be the same and may differ from the law of the place of arbitration. Thus, contractual arbitration proceedings can be seen to be *delocalized* from the jurisdiction where the arbitration is held (see Tetley, at pp. 391-92).

One of the major differences between courts and arbitration is that contractual arbitrators are not representatives of the state, but, rather, are privately appointed. On account of this, whether an arbitration is situated in Quebec or not, in order for an arbitral award to be legally enforceable, the laws of Quebec require the decision to first be recognized by Quebec courts. There is no difference here with how judgments from foreign courts must first be recognized before having force of law in the province. This is noted by R. Tremblay in “La

Il est donc conventionnel par sa source et juridictionnel par sa fonction » (voir S. Thuilleaux dans *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 5 (renvois omis)).

C’est le degré de liberté avec lequel les parties peuvent choisir la manière de résoudre leur différend qui permet de qualifier l’arbitrage conventionnel de « juridiction privée » ou de « système de justice privée » :

[TRADUCTION] L’arbitrage s’entend donc du règlement des différends entre des parties qui conviennent de ne pas s’adresser aux tribunaux, mais de reconnaître le caractère définitif de la décision prononcée par des experts de leur choix, à l’endroit de leur choix et, normalement, suivant des lois dont elles ont convenu à l’avance et suivant des règles bien moins formelles et détaillées, et bien moins strictes sur le plan de la preuve et de la procédure, que celles ayant cours devant les tribunaux.

(W. Tetley, *International Conflict of Laws : Common, Civil and Maritime* (1994), p. 390)

Les parties à l’arbitrage conventionnel sont libres de choisir le droit applicable à leur convention d’arbitrage, le droit applicable aux procédures d’arbitrage, le droit applicable à l’objet du litige, ainsi que les règles de conflit applicables à tout ce qui précède. En outre, il n’est pas nécessaire que le droit ainsi choisi soit le même dans les quatre cas; il peut différer du droit applicable au lieu de l’arbitrage. On pourrait donc dire que la procédure d’arbitrage conventionnelle est *délocalisée* du ressort où se déroule l’arbitrage (voir Tetley, p. 391-392).

L’une des principales différences entre la fonction judiciaire et la fonction arbitrale est que les arbitres consensuels ne sont pas des représentants de l’État mais sont désignés par des parties privées. Pour cette raison, que l’arbitrage ait lieu au Québec ou ailleurs, la sentence sera légalement exécutoire si, comme le prévoient les lois québécoises, elle est d’abord homologuée par les tribunaux du Québec. À cet égard, rien ne la distingue des jugements étrangers qui doivent d’abord être homologués pour avoir force de loi dans la province. C’est ce que fait

nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel" (1988), 91 *R. du N.* 246, at p. 252:

[TRANSLATION] However, care must be taken not to confuse the judicial function with the arbitration function. Judges derive their jurisdiction from a state's foundational institutions. Arbitrators, on the other hand, derive their jurisdiction from the mutual agreement of the parties. The difference is an important one. An arbitrator is chosen and appointed by the parties and is not a representative of the state. Arbitrators may rule on disputes, but their decisions are not enforceable unless they are homologated; unlike a judgment, an arbitrator's decision is not enforceable on its own.

remarquer R. Tremblay dans « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988), 91 *R. du N.* 246, p. 252 :

Il faudrait cependant se garder de confondre la fonction judiciaire et la fonction arbitrale. Le juge tire sa compétence des institutions qui sont à la base d'un État. L'arbitre, pour sa part, tire sa compétence de la convention des parties. La différence est majeure. L'arbitre est choisi et nommé par les parties et n'est pas le représentant de l'État. Il va trancher un litige mais sa décision, pour être exécutoire, devra être homologuée; elle n'est pas exécutoire par elle-même comme peut l'être un jugement.

135

Exclusive arbitration and forum selection clauses operate very similarly. The effect of both is to derogate from the jurisdiction of ordinary courts, who would otherwise have jurisdiction to hear the matter. Many authors of conflict of laws' textbooks simply refer to these clauses, without distinguishing between them, as "jurisdiction clauses": see for example J. G. Collier, *Conflict of Laws* (3rd ed. 2001), at p. 96. In the common law provinces, courts will stay their jurisdiction in the presence of either a valid forum selection or arbitration clause. The power to do so stems from the courts' inherent jurisdiction; however, different statutes provide for certain factors that should be taken into account in determining whether to grant the stay depending on whether the court is faced with a forum selection or a domestic or international arbitration clause. Quebec has also tended to treat exclusive arbitration and forum selection clauses analogously, the history of which we will now turn to.

(2) Recognition of Jurisdiction Clauses in Quebec Law

136

Prior to the coming into force of the C.C.Q., the rules on jurisdiction of Quebec courts were not codified. Quebec courts relied on art. 27 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") and art. 68 of the *Quebec Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), to delineate their jurisdiction in cases where it was challenged: see

Les clauses d'arbitrage exclusif et d'élection du for fonctionnent de manière très semblable. Elles ont toutes deux pour effet de déroger au principe de compétence des tribunaux de droit commun qui, autrement, connaîtraient de l'affaire. De nombreux auteurs traitant des conflits de lois désignent simplement ces clauses, sans les distinguer, par l'expression « clauses de juridiction » : voir par exemple J. G. Collier, *Conflict of Laws* (3^e éd. 2001), p. 96. Dans les provinces de common law, les tribunaux surseoiront à l'exercice de leur compétence s'ils sont en présence d'une clause valide d'élection du for ou d'une clause valide d'arbitrage. Ils tiennent ce pouvoir de leur compétence inhérente; or, certaines lois prévoient des facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu de suspendre l'instance selon que le tribunal est en présence d'une clause d'élection du for ou d'une clause d'arbitrage national ou international. On a aussi tendance, au Québec, à traiter de la même façon les clauses d'arbitrage exclusif et d'élection du for, dont nous faisons maintenant l'historique.

(2) Reconnaissance des clauses de juridiction en droit québécois

Avant l'entrée en vigueur du C.c.Q., les règles relatives à la compétence des tribunaux du Québec n'étaient pas codifiées. Ceux-ci se fondaient sur l'art. 27 du *Code civil du Bas Canada* (« C.c.B.C. ») et sur l'art. 68 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), pour délimiter l'étendue de leur compétence lorsqu'elle était contestée : voir

Masson v. Thompson, [1994] R.J.Q. 1032 (Sup. Ct.). Article 27 C.C.L.C. provided that aliens although not resident in Lower Canada could be sued in Quebec courts “for the fulfilment of obligations contracted by them in foreign countries”. Article 68 C.C.P., which is still in force today, provides the domestic rules for determining in which judicial district of Quebec a personal action can be started. Relying on the general principles set out in this section, and art. 27 C.C.L.C., Quebec courts have delineated a body of jurisprudential rules deciding when Quebec courts have jurisdiction to hear an action.

Prior to its amendment in 1992, the opening phrase of art. 68 C.C.P. stated: “Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted . . .”. This was interpreted by Quebec courts to be a prohibition against intentional derogation through contract from the jurisdiction of Quebec courts through forum selection and arbitration clauses: see S. Thuilleaux and D. M. Proctor, “L’application des conventions d’arbitrage au Canada: une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale” (1992), 37 *McGill L.J.* 470, at pp. 477-78.

Then came the 1983 decision of this Court in *Zodiak International Productions*, where a party to a contract submitted to arbitration in Warsaw, but having lost, commenced a fresh action in the Quebec Superior Court against his co-contractor. Noting the tension between art. 68 C.C.P. and contractual arbitration clauses, the Court held that the Quebec legislator had nonetheless clearly intended to permit such clauses by introducing art. 951 C.C.P., which states: “An undertaking to arbitrate must be set out in writing.” Faced with this provision, Chouinard J., for the Court, cited with approval the words of Pratte J. in *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. v. The “Angelic Power”*, [1971] F.C. 263 (T.D.), who stated: “. . . I do not see how the Quebec legislator could have regulated the form and effect of an agreement whose validity he does not admit” (p. 539). Shortly after this decision,

Masson c. Thompson, [1994] R.J.Q. 1032 (C.S.). L’article 27 C.c.B.C. prévoyait que l’étranger, quoique non résidant dans le Bas Canada, pouvait y être poursuivi « pour l’exécution des obligations qu’il a contractées même en pays étranger ». L’article 68 C.p.c., toujours en vigueur, précise les règles nationales applicables à la détermination du district judiciaire du Québec dans lequel l’action personnelle peut être portée. Guidés par les principes généraux exposés dans cette disposition et par l’art. 27 C.c.B.C., les tribunaux du Québec ont établi un ensemble de règles jurisprudentielles qui permet de déterminer dans quels cas les tribunaux québécois connaissent d’une action.

Avant sa modification en 1992, la disposition liminaire de l’art. 68 C.p.c. était énoncée comme suit : « [s]ous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l’action purement personnelle peut être portée . . . ». Les tribunaux du Québec l’ont interprétée comme une interdiction de déroger intentionnellement et conventionnellement au principe de la compétence des tribunaux du Québec au moyen des clauses d’élection du for et d’arbitrage : voir S. Thuilleaux et D. M. Proctor, « L’application des conventions d’arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470, p. 477-478.

Suivit, en 1983, l’arrêt de notre Cour dans *Zodiak International Productions*, où une partie à un contrat, après s’être adressée sans succès à un tribunal d’arbitrage de Varsovie, a intenté contre son co-contractant une nouvelle action devant la Cour supérieure du Québec. Notant l’existence du conflit entre l’art. 68 C.p.c. et les clauses d’arbitrage conventionnelles, notre Cour a statué que le législateur québécois avait néanmoins clairement eu l’intention de permettre ces clauses lorsqu’il a introduit l’art. 951 C.p.c., lequel dispose : « La clause compromissoire doit être constatée par écrit. » Devant cette disposition, le juge Chouinard, s’exprimant au nom de la Cour, a cité en l’approuvant le passage suivant des motifs du juge Pratte dans *Syndicat de Normandin Lumber Ltd. c. Le Navire « Angelic Power »*, [1971] C.F. 263 (1^{re} inst.) : « . . . **je ne vois pas comment le législateur québécois aurait**

in 1986, the Quebec legislator introduced amendments to the C.C.L.C. and the C.C.P. providing detailed rules on the validity, form and procedure governing contractual arbitration. (Today, these rules can be found in the specific chapter on arbitration in the Book of Obligations of the C.C.Q., these being arts. 2638 to 2643, and in Book VII (on Arbitrations) of the C.C.P.)

pu réglementer la forme et l'effet d'une convention dont il n'admettrait pas la validité » (p. 539). Peu après cette décision, en 1986, le législateur québécois a modifié le C.c.B.C. et le C.p.c., y introduisant des règles détaillées sur la validité, la forme et la procédure de l'arbitrage conventionnel. (Ces règles se trouvent maintenant au chapitre traitant expressément de l'arbitrage dans le livre Des obligations du C.c.Q., soit aux art. 2638 à 2643, et au livre VII (Des arbitrages) du C.p.c.)

139

Following these changes, an inconsistency could be noted in the Quebec legislator's approach to forum selection clauses and arbitration clauses. By operation of art. 68 C.C.P., the former were still held to be invalid: see Thuilleaux and Proctor, at pp. 477-78. It would seem that this difference was accidental rather than intentional. Draft bills from as early as 1977 assimilated forum selection and arbitration clauses. For example, art. 67 of Book Nine of the *Draft Civil Code* of 1977 provided the following situations where Quebec authorities could refuse to recognize foreign decisions:

67 On application by the defendant, the jurisdiction of the court of origin is not recognized by the courts of Québec when:

1. the law of Québec, either because of the subject matter or by virtue of an agreement between the parties, gives exclusive jurisdiction to its courts to hear the claim which gave rise to the foreign decision;
2. the law of Québec, either because of the subject matter or by virtue of an agreement between the parties, recognizes the exclusive jurisdiction of another court; or
3. the law of Québec recognizes an agreement by which exclusive jurisdiction is conferred upon arbitrators.

This oversight was corrected, however, through the introduction of art. 3148 in Book Ten of the new C.C.Q. The second paragraph of this provision clarifies the intention of the Quebec legislator to assimilate the effect of forum selection and arbitration clauses. It provides that “a Québec authority

À la suite de ces modifications, une contradiction a été relevée dans la façon pour le législateur de traiter les clauses d'élection du for et les clauses d'arbitrage. Par l'application de l'art. 68 C.p.c., les premières étaient toujours considérées comme non valides : voir Thuilleaux et Proctor, p. 477-478. Il semblerait que cette différence ait été accidentelle plutôt qu'intentionnelle. Dès 1977, des projets de loi ont assimilé la clause d'élection du for à la clause d'arbitrage. Par exemple, l'art. 67 du Livre neuvième du *Projet de Code civil* de 1977 prévoyait que les autorités québécoises pouvaient refuser de reconnaître les décisions étrangères dans les cas suivants :

67 À la demande du défendeur, la compétence du tribunal d'origine n'est pas reconnue par les tribunaux du Québec dans les cas suivants :

1. lorsque le droit du Québec attribue à ses tribunaux une compétence exclusive, à raison de la matière ou d'un accord entre les parties, pour connaître de l'action qui a donné lieu à la décision étrangère;
2. lorsque le droit du Québec admet, à raison de la matière ou d'un accord entre les parties, la compétence exclusive d'une autre juridiction; ou
3. lorsque le droit du Québec reconnaît un accord par lequel compétence exclusive a été attribuée à des arbitres.

Cette méprise a cependant été corrigée par l'introduction de l'art. 3148 au livre dixième du nouveau C.c.Q. Le deuxième paragraphe de cette disposition précise l'intention du législateur québécois d'assimiler les effets des clauses d'élection du for et d'arbitrage. Il dispose que « les autorités

has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specific legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator . . .”. Simultaneously to this provision being passed, the opening phrase of art. 68 C.C.P. was amended to remove the prohibition on contractual derogation from the jurisdiction of Quebec courts and to direct matters concerning the international jurisdiction of Quebec authorities to Book Ten of the C.C.Q. It now reads: “Subject to the provisions of this Chapter and the provisions of Book Ten of the Civil Code of Québec . . .”.

Perhaps owing more to inadvertence than intention, some minor differences remain in the treatment of these two types of jurisdiction clauses in Quebec law. For example, there is no parallel provision to art. 940.1 C.C.P. for forum selection clauses, as there is for arbitration clauses, which permits parties to contest the validity of such clauses. This provision was introduced in the 1986 amendments to the C.C.P. and it provides that Quebec courts shall refer the parties to arbitration unless the case has been inscribed on the roll or it finds the agreement null, of which more will be said further below. Article 3148, para. 2 alone does not provide for challenging the validity of jurisdiction clauses. This has led to some criticism of the current set up of the rules on jurisdiction in the doctrine. For example, G. Saumier, in “Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure” (1998), 58 *R. du B.* 145, criticizes the discrepancies between the rules applicable to forum selection clauses and arbitration clauses: [TRANSLATION] “there is no justification, where the parties have agreed in advance on the appropriate forum for settling their disputes, for making a distinction between an arbitral tribunal and a state court” (p. 161). Saumier advocates uniform rules between the two, and in this respect, urges an overhaul of the rules on international competence of Quebec authorities in one comprehensive set of rules:

québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d’un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre . . . ». Au moment de l’adoption de cette disposition, la disposition liminaire de l’art. 68 C.p.c. a été modifiée afin de retirer l’interdiction de déroger conventionnellement au principe de compétence des tribunaux québécois et de renvoyer au livre dixième du C.c.Q. les questions relatives à la compétence internationale des autorités québécoises. Elle est maintenant rédigée comme suit : « [s]ous réserve des dispositions du présent chapitre et des dispositions du livre X au Code civil du Québec . . . ».

Peut-être plus par inadvertance que par intention, certaines différences mineures subsistent dans le traitement de ces deux types de clauses de juridiction en droit québécois. Par exemple, il n’existe, à l’égard des clauses d’élection du for, aucune disposition analogue à l’art. 940.1 C.p.c. qui permet de contester la validité des clauses d’arbitrage. Cette disposition a été introduite lors des modifications apportées en 1986 au C.p.c. et prévoit que les tribunaux québécois renvoient les parties à l’arbitrage tant que la cause n’est pas inscrite et à moins qu’ils ne constatent la nullité de la convention, ce dont il sera davantage question plus loin. Le deuxième alinéa de l’art. 3148 C.c.Q. ne permet pas à lui seul de contester la validité des clauses de juridiction. Cela a amené certains auteurs à critiquer l’organisation des règles relatives à la compétence. Par exemple, dans son article intitulé « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois : nature et procédure » (1998), 58 *R. du B.* 145, G. Saumier critique les contradictions qui existent entre les règles applicables aux clauses d’élection du for et aux clauses d’arbitrage : « il n’est pas justifié de distinguer, lorsque les parties se sont entendues d’avance sur le for approprié pour régler leurs différends, que ce soit un tribunal arbitral ou un tribunal étatique » (p. 161). M^{me} Saumier préconise l’application de règles uniformes aux deux types de clauses et, à cet égard, elle réclame avec insistance une révision des règles relatives à la compétence internationale des tribunaux québécois et leur regroupement dans un ensemble complet de règles :

[TRANSLATION] The fundamental reform of the rules of private international law brought about by the adoption of the Civil Code of Québec did not include a revision of the procedural rules applicable in matters of international jurisdiction. Thus, a party wanting to object to the international jurisdiction of a Quebec court must deal with a multitude of statutory schemes relating to time limits and waiver and with precedents that are not easily reconciled. . . . It is therefore imperative to adopt rules tailored to the international context that reflect the interests both of the parties and of the state judicial system and the arbitration system. [pp. 164-65]

See also the 2000 report of the Comité de révision de la procédure civile which similarly advocates the creation of one coherent and comprehensive chapter on private international law to be situated in the *C.C.P.*, which would include, among other things, the rules on Arbitrations currently located in Book VII of the *C.C.P.* (see Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile* (février 2000), Document de consultation, at pp. 113-14).

La réforme fondamentale du droit international privé occasionnée par l'adoption du Code civil du Québec n'a pas été accompagnée d'une révision des règles de procédure applicables en matière de compétence internationale. Ainsi, une partie qui désire s'opposer à la compétence internationale d'un tribunal québécois fait face à une multitude de régimes législatifs en matière de délai et de renonciation et à une jurisprudence difficile à concilier [. . .] Il devient donc impératif de prévoir des règles adaptées au contexte international qui reflètent à la fois les intérêts des parties et les intérêts du système judiciaire étatique et arbitral. [p. 164-165]

Le rapport du Comité de révision de la procédure civile, déposé en 2000, préconise également l'incorporation au *C.p.c.* d'un chapitre cohérent et complet sur le droit international privé qui inclurait, notamment, les règles relatives à l'arbitrage figurant actuellement au livre VII du *C.p.c.* (voir Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile* (février 2000), Document de consultation, p. 113-114).

141 This short historical overview demonstrates, in our view, that one should not attach any significance to the structure of the *C.C.Q.* or the *C.C.P.* when interpreting the substantive provisions under review in this appeal. The coherence of the regime is not dependent on the particular Book of the *C.C.P.* that deals with arbitrations, or the particular title and Book of the *C.C.Q.* in which is found art. 3149. The *Civil Code* constitutes itself an *ensemble* which is not meant to be parcelled out into chapters and sections that are not interrelated. The way in which the law is presented in the Code corresponds to a methodology and a logic; it is not meant to insulate one substantive provision from all others. As pointed out by J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald in *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at p. 25, “the codification of the private law of Lower Canada was, primarily, a technical reordering of a complex body of norms that was intended to make this private law more accessible in both its language and substance to legal professionals . . .”. From its very inception, the Code’s interpretation depended not on this reordering but on its place in the legal order and

Ce bref aperçu historique démontre à notre avis qu’il ne faudrait attacher aucune importance à la structure du *C.c.Q.* ou du *C.p.c.* pour interpréter les dispositions substantielles à l’étude dans le présent pourvoi. La cohérence du régime ne tient pas au livre du *C.p.c.* qui traite en particulier de l’arbitrage, ni au titre ou livre du *C.c.Q.* où se trouve l’art. 3149. Le *Code civil* constitue en soi un ensemble qui ne doit pas être morcelé en chapitres et en dispositions dépourvus de tout lien entre eux. La façon dont le droit est présenté dans le Code répond à une méthodologie et à une logique qui ne permet pas d’isoler une disposition substantielle de toutes les autres. Comme l’ont souligné J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald dans *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), p. 25, [TRADUCTION] « la codification du droit privé du Bas-Canada constituait avant tout une réorganisation technique d’un ensemble complexe de normes dans le but d’en faciliter l’accès, tant par sa forme que par son fond, aux professionnels du droit ». Depuis sa création, le Code a été interprété non pas en fonction de cette réorganisation mais en fonction de la place qu’il occupe dans l’ordre juridique et

its relation to the theory of sources it presupposes (p. 97). Indeed, Brierley and Macdonald write, after having noted the assumptions as to form that underpin the Code: “[t]o assume that codal provisions are non-redundant is to assume that they are to be mutually cross-referenced within the Code and that each article must be read in conjunction with all others, regardless of their placement in the Code” (pp. 102-3). The Code is of course taxonomic; this invites to conceptual characterization, to “identifying the extensions of which a concept is susceptible, all the more so since these headings are themselves part of the enacted law” (p. 104). Moreover, “the best guide to ascertaining the legislative intention will still be the Code itself, read as a whole . . .” (p. 139). This is why headings will be considered indicators of scope and meaning and other codal articles will help fix the meaning of any given text (p. 139).

(3) The Principle of Primacy of the Autonomy of the Parties

Quebec’s acceptance of jurisdiction clauses over the past two decades is rooted in the principle of primacy of the autonomy of the parties. This has recently been confirmed by our Court in *Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 S.C.R. 178, 2003 SCC 17, with respect to agreements to submit a dispute to an arbitral tribunal, and *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46, with respect to agreements to submit it to a foreign authority.

In *Desputeaux*, our Court recognized that the limits to the autonomy of the contracting parties to choose to submit a dispute to arbitration had to be given a restrictive interpretation. More specifically, as will be discussed in further detail below, we held that the notion of “public order” at art. 2639, para. 1 C.C.Q. had to be given a narrow interpretation. Furthermore, we held that legislation merely identifying the courts which, within the judicial

de son rapport à la théorie des sources qu’une telle interprétation suppose (p. 97). De fait, après avoir exposé les hypothèses de forme qui sous-tendent le Code, Brierley et Macdonald écrivent ce qui suit : [TRADUCTION] « présumer que les dispositions du Code ne sont pas redondantes équivaut à présumer qu’elles renvoient les unes aux autres à l’intérieur du Code et que chacune d’elles doit être considérée en corrélation avec les autres, peu importe où elle se trouve dans le Code » (p. 102-103). Le Code est évidemment taxonomique, ce qui incite à la caractérisation conceptuelle, à [TRADUCTION] « identifier les extensions possibles d’un concept, étant donné que ces rubriques font en soi partie de la loi » (p. 104). En outre, [TRADUCTION] « le meilleur indicateur de l’intention législative restera toujours le Code lui-même, considéré dans son ensemble » (p. 139). C’est pourquoi les rubriques seront considérées comme des indicateurs de la portée et du sens qu’il convient d’attribuer à une disposition donnée, et les autres dispositions serviront à préciser ce sens (p. 139).

(3) Le principe de la primauté de l’autonomie de la volonté des parties

L’acceptation par le Québec des clauses de juridiction au cours des deux dernières décennies repose sur le principe de la primauté de l’autonomie de la volonté des parties. Ce principe a été récemment confirmé par notre Cour dans *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17, qui traitait des conventions visant à soumettre un litige à un tribunal d’arbitrage, et dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46, où il était question des conventions visant à soumettre un litige à une autorité étrangère.

Dans *Desputeaux*, notre Cour a reconnu que les limites à l’autonomie de la volonté des parties contractantes de soumettre un litige à l’arbitrage devaient recevoir une interprétation restrictive. Plus précisément, comme nous le verrons en détail plus loin, nous avons conclu que la notion d’« ordre public » à l’art. 2639, al. 1 C.c.Q. devait recevoir une interprétation restrictive. Nous avons aussi décidé que les dispositions législatives identifiant

system, will have jurisdiction over a particular subject matter should not be interpreted as excluding the possibility of arbitration, except if it was clearly the legislator's intention to do so. In reaching these conclusions, we notably had regard to the legislative policy that now accepts arbitration as a valid form of dispute resolution and, moreover, seeks to promote its use.

simplement les tribunaux qui, au sein de l'organisation judiciaire, auront compétence pour entendre les litiges concernant une matière en particulier ne devraient pas être interprétées comme excluant la possibilité de l'arbitrage, à moins que le législateur n'ait eu clairement l'intention de l'exclure. En tirant ces conclusions, nous avons particulièrement tenu compte de la politique législative qui reconnaît maintenant l'arbitrage comme forme valide de règlement des différends et qui entend de plus en faire la promotion.

144 Both art. 3148, para. 2 C.C.Q. and art. 940.1 C.C.P. can be interpreted as giving practical effect to the principle of primacy of the autonomy of the parties that has characterized the development of the law of arbitration in Quebec in the last two decades. The provisions purport most notably to promote legal certainty for the parties by enabling them to provide in advance for the forum to which their disputes will have to be submitted. They are also consistent with the international movement towards harmonizing the rules of jurisdiction.

L'article 3148, al. 2 C.c.Q. et l'art. 940.1 C.p.c. peuvent tous deux s'interpréter de manière à donner réellement effet au principe de la primauté de l'autonomie de la volonté des parties ayant caractérisé le développement du droit de l'arbitrage au Québec au cours des deux dernières décennies. Ces dispositions visent tout particulièrement à favoriser la sécurité juridique des parties en leur permettant de prévoir à l'avance le for auquel devront être soumis leurs litiges. Elles s'inscrivent également dans l'évolution internationale vers l'harmonisation des règles de compétence.

145 This movement towards harmonization can be explained by the importance of legal certainty for commercial and international transactions. As noted by J. A. Talpis in "Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*" (1994), 96 *R. du N.* 183, at pp. 188-89:

Cette évolution vers l'harmonisation peut s'expliquer par l'importance de la sécurité juridique des transactions commerciales et internationales. Comme l'a fait remarquer le professeur J. A. Talpis dans son article « Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec* » (1994), 96 *R. du N.* 183, p. 188-189 :

Th[e] essential goal of predictability was surely on the mind of the drafters of the new *Civil Code of Quebec*, as it reaffirmed and extended the theory of party autonomy, a theory clearly among the foremost general principles of law recognized by civilized nations. It is a principle which makes the express or implied intention of the parties determinative of the legal system by which even the essential validity of a contract should be governed. In Quebec, it has a lengthy history and a great deal of current vitality.

[TRADUCTION] Les rédacteurs du nouveau *Code civil du Québec* avaient sûrement en tête l'objectif essentiel de prévisibilité, le Code ayant confirmé et étendu la théorie de l'autonomie de la volonté des parties qui, de toute évidence, constitue l'un des plus importants principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Selon ce principe, l'intention explicite ou implicite des parties détermine le système juridique devant régir même la validité fondamentale du contrat. Au Québec, ce principe est reconnu depuis longtemps et jouit encore d'une grande vitalité.

The fact is that considerations of commercial convenience and of conflicts theory weigh heavily in favor of this theory which rests mainly upon the interest of the parties to the contract, but is supported by those of the commercial community and of the courts as well.

Le fait est que des considérations de commodité commerciale et de théorie des conflits militent fortement en faveur de cette théorie, qui repose essentiellement sur les droits des parties au contrat, mais qui reçoit l'appui des membres de la collectivité commerçante, ainsi que

Consequently, it was considered by the legislature to be in the general social interest to provide a legal system favorable to the predictable resolution of the conflict of laws.

This clear intention of the Quebec legislator was acknowledged by our Court in *GreCon Dimter*, where we concluded that the fact that an action was incidental to a principal action heard by a Quebec court was not sufficient to trump an agreement to submit any claim arising from the contract to a foreign authority. More specifically, we concluded that art. 3148, para. 2 C.C.Q. was to be given primacy over art. 3139 C.C.Q.

(4) The Limits on the Autonomy of the Parties

Naturally, the primacy of the autonomy of contracting parties permitting them to choose in advance the forum for resolving their disputes is not without limits. The Quebec legislator has restricted it in many different ways.

We noted the limits on the expression of the autonomy of the parties to submit their disputes to a foreign authority in *GreCon Dimter*, pursuant to art. 3148, para. 2. First, art. 3151 C.C.Q. confers to the Quebec authorities *exclusive* jurisdiction to hear in first instance all actions founded on civil liability for damage suffered as a result of exposure to or the use of raw materials originating in Quebec. Second, art. 3149 C.C.Q., which confers jurisdiction to the Quebec authorities to hear an action involving a consumer contract or an employment contract if the consumer or worker has his domicile or residence in Quebec, states that the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him. The language of both provisions is clear with regard to the intention of the legislature to limit the autonomy of the parties.

Given the various location of rules relating to arbitration in the C.C.Q., the definition of the limits

des tribunaux. Par conséquent, le législateur a estimé qu'il y allait de l'intérêt social général d'instaurer un système juridique permettant le règlement prévisible des conflits de lois.

Cette intention claire du législateur québécois a été reconnue par notre Cour dans *GreCon Dimter*, où nous avons conclu que le fait qu'une action soit incidente à une action principale entendue par un tribunal québécois ne suffisait pas à écarter une convention visant à soumettre toute réclamation résultant du contrat à une autorité étrangère. Plus précisément, nous avons conclu que l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. devait avoir préséance sur l'art. 3139 C.c.Q.

(4) Les limites à l'autonomie de la volonté des parties

Naturellement, la primauté du principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes, selon lequel celles-ci peuvent choisir à l'avance le forum auquel elles soumettront le règlement de leurs conflits, n'est pas sans limite. Le législateur québécois l'a d'ailleurs limitée de multiples façons.

Dans l'arrêt *GreCon Dimter*, nous avons relevé les limites à l'expression de l'autonomie de la volonté des parties de soumettre leurs différends à une autorité étrangère conformément à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. Premièrement, l'art. 3151 C.c.Q. confère aux autorités québécoises la compétence *exclusive* pour entendre en première instance toute action fondée sur la responsabilité civile pour tout préjudice résultant soit de l'exposition à une matière première provenant du Québec, soit de son utilisation. Deuxièmement, l'art. 3149 C.c.Q., qui confère aux autorités québécoises la compétence pour entendre une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec, précise que la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée. Le libellé de ces deux dispositions fait clairement ressortir l'intention du législateur de limiter l'autonomie de la volonté des parties.

En raison de la dispersion des règles relatives à l'arbitrage à l'intérieur du C.c.Q., la définition

on the autonomy of the parties to submit their disputes to an arbitral tribunal gives rise to some uncertainty, as illustrated by this case. The general provision is art. 2639 C.C.Q. which states that “[d]isputes over the status and capacity of persons, family matters or other matters of public order may not be submitted to arbitration”. While it is the only exception created in the chapter on “Arbitrations”, art. 2639 C.C.Q. is not the only legislative exception to arbitrability. This was recognized by Brierley when writing on the new chapter on arbitration in the *Civil Code*:

It is possible that an implicit legislative intention to exclude arbitration can be detected, even if it has not been expressly forbidden (for example, when the matter is reserved for resolution to the courts or quasi-judicial state agencies). An imperative attribution of competence in certain areas might in fact contain a rule of public order which excludes arbitration. [Emphasis added.]

(*Reform of the Civil Code*, at p. 4)

Furthermore, in order to be enforceable, an arbitration agreement has to be evidenced in writing under art. 2640 C.C.Q. and must otherwise be in compliance with all the conditions of formation of a contract. This latter point is true even when the arbitration agreement is contained in a contract since it is then considered to be a separate agreement pursuant to art. 2642 C.C.Q. The comments of the Minister of Justice on this article specifically recognize that an arbitration agreement is subject to the general rules of contract and can be challenged before the courts on the same basis as any other contract (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), vol. II). As well, since arbitration clauses raise primarily a question of jurisdiction, there is the additional problem of which jurisdiction (the arbitrator or Quebec courts) ought to decide whether any of these limits apply in a given case. This brings us back to the primary issue raised by this case.

des limites à l'autonomie de la volonté des parties de soumettre leurs différends à un tribunal arbitral soulève certains doutes, comme l'illustre le présent pourvoi. La disposition générale se trouve à l'art. 2639 C.c.Q. qui dispose que « [n]e peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public ». S'il prévoit la seule exception du chapitre « De l'arbitrage », l'art. 2639 C.c.Q. ne représente cependant pas la seule exception à l'arbitrage prévue par la loi. C'est ce qu'a reconnu Brierley dans les commentaires suivants au sujet du nouveau chapitre sur l'arbitrage du *Code civil* :

Il reste possible qu'on découvre une intention législative implicite voulant refuser l'arbitrage même lorsque celui-ci n'est pas expressément interdit (par exemple, lorsque la matière est réservée à la connaissance des tribunaux ou organes quasi-judiciaires étatiques). Une attribution impérative de compétence pour connaître un litige peut, en effet, contenir une règle d'ordre public qui exclut l'arbitrage. [Nous soulignons.]

(*La réforme du Code civil*, p. 1074-1075)

En outre, pour être exécutoire, une convention d'arbitrage doit être constatée par écrit suivant les termes de l'art. 2640 C.c.Q. et elle doit, par ailleurs, respecter toutes les conditions de formation du contrat. Ce dernier point est vrai même lorsque la convention d'arbitrage fait partie d'un contrat puisqu'elle est alors considérée comme une convention distincte par application de l'art. 2642 C.c.Q. Les commentaires du ministre de la Justice à propos de cette disposition reconnaissent expressément qu'une convention d'arbitrage est soumise aux règles générales du contrat et peut être contestée devant les tribunaux pour les mêmes motifs que tout autre contrat (*Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. II). De même, puisque les clauses d'arbitrage soulèvent principalement une question de compétence, un autre problème se pose quant à savoir quelle autorité (l'arbitre ou un tribunal judiciaire du Québec) doit déterminer si l'une ou l'autre de ces limites s'applique dans un cas donné. Cela nous ramène à la question principale soulevée par le présent pourvoi.

B. *Issues Raised by this Case*

On the primary question of whether the lower courts erred in refusing to refer the parties to arbitration, it is not contested by the respondents that, if the arbitration agreement is valid and applicable to the dispute, the courts have no discretion and must not refuse to refer the parties to arbitration. On that point, art. 940.1 C.C.P. seems clear: if the parties have an agreement to arbitrate on the matter of the dispute, on the application of either of the parties, the court *shall* refer the parties to arbitration, unless the case has been inscribed on the roll or the court finds the agreement to be null. It is well established that, by using the term “shall”, the legislator has indicated that the court has no discretion to refuse, on the application of either of the parties, to refer the case to arbitration when the appropriate conditions are met (see *GreCon Dimter*, at para. 44; *La Sarre (Ville de) v. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), at p. 277). On a plain reading of art. 940.1 C.C.P., these conditions appear to be threefold: (i) the parties must have an arbitration agreement on the matter of the dispute; (ii) the case must not have been inscribed on the roll; and (iii) the court must not find the agreement to be null. Regarding the latter condition, it appears obvious to us that the reference to the nullity of the agreement is also meant to cover the situation where the arbitration agreement cannot, without being null, be set up against the applicant.

It is also well established that the effect of a valid undertaking to arbitrate is to remove the dispute from the jurisdiction of the ordinary courts of law (per *Zodiak International Productions*, art. 940.1 C.C.P. and art. 3148, para. 2 C.C.Q.). It is also accepted that jurisdiction over the individual actions that form the basis of a class action is a prerequisite to the exercise of jurisdiction over the proceedings (*Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19). There is consequently no question that, if the arbitration agreement is valid and relates to the dispute, the Superior Court has no jurisdiction to hear the case and must refer the parties to arbitration.

B. *Questions soulevées par le présent pourvoi*

Au sujet de la question principale de savoir si les tribunaux inférieurs ont commis une erreur en refusant de renvoyer les parties à l'arbitrage, les intimés ne contestent pas que, si la convention d'arbitrage est valide et s'applique au litige, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ne doivent pas refuser de renvoyer les parties à l'arbitrage. Sur ce point, l'art. 940.1 C.p.c. semble clair : si les parties ont conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, le tribunal *renvoie* les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins que la cause n'ait été inscrite ou que le tribunal ne constate la nullité de la convention. Il est bien établi qu'en employant le verbe « renvoie » au présent de l'indicatif, le législateur a signalé que le tribunal n'a aucun pouvoir discrétionnaire de refuser de renvoyer l'affaire à l'arbitrage, à la demande de l'une des parties, lorsque les conditions requises sont remplies (voir *GreCon Dimter*, par. 44; *La Sarre (Ville de) c. Gabriel Aubé inc.*, [1992] R.D.J. 273 (C.A.), p. 277). Une simple lecture de l'art. 940.1 C.p.c. démontre que trois conditions doivent être remplies; (i) les parties doivent avoir conclu une convention d'arbitrage sur la question en litige, (ii) la cause ne doit pas être inscrite, et (iii) le tribunal ne doit pas constater la nullité de la convention. Dans le cas de la dernière condition, il nous semble évident que la mention de la nullité de la convention vise également le cas où la convention d'arbitrage, sans être nulle, ne peut être opposée au demandeur.

Il est également bien établi qu'une convention d'arbitrage valide a pour effet de soustraire le litige à la compétence des tribunaux de droit commun (voir *Zodiak International Productions*, art. 940.1 C.p.c. et art. 3148, al. 2 C.c.Q.). Il est aussi reconnu que la compétence à l'égard des recours individuels sur lesquels repose le recours collectif est une condition préalable à l'exercice de la compétence à l'égard de l'instance (*Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19). Il ne fait alors aucun doute que, si la convention d'arbitrage est valide et s'attache au litige, la Cour supérieure ne connaît pas de l'affaire et doit renvoyer les parties à l'arbitrage.

151 In the case at bar, it is not contested by the respondents that the first two conditions for the application of art. 940.1 are met. What is at issue, though, is whether the Court of Appeal erred in law by refusing to refer the parties to arbitration on the basis that the arbitration agreement was null or cannot otherwise be set up against Dumoulin.

152 Many different grounds have been raised in order to demonstrate that the arbitration clause in the case at bar is null or otherwise cannot be set up against Dumoulin. It has notably been argued: (1) that the arbitration agreement cannot be set up against Dumoulin, a consumer, because it constitutes a waiver of the jurisdiction of the Quebec authorities under art. 3149 C.C.Q.; and (2) that it is null, (a) because it is over a consumer dispute which is in and of itself a matter of public order under art. 2639 C.C.Q.; (b) because it constitutes a waiver of the jurisdiction of the Superior Court over class actions and that such a waiver is contrary to public order under art. 2639 C.C.Q.; (c) because Dumoulin did not really consent to it as it was imposed on him through a contract of adhesion; (d) because it is abusive and offends art. 1437 C.C.Q.; and (e) because it is found in an external clause that was not expressly brought to the attention of Dumoulin as required under art. 1435 C.C.Q. Each of these arguments represents a sub-issue in this case and will be dealt with separately in section D below. But before we turn to the study of these sub-issues of the case, it is necessary to address two preliminary questions.

153 First, we have to decide whether the amendments the Quebec legislator recently brought to the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1 (“C.P.A.”), apply to this case. Bill 48, *An Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts*, 2nd Sess., 37th Leg. (now S.Q. 2006, c. 56), was assented to on December 14, 2006, the day after the hearing of this case before our Court. Section 2 of Bill 48 reads as follows:

En l’espèce, les intimés ne contestent pas que les deux premières conditions prescrites par l’art. 940.1 sont remplies. La question est cependant de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en refusant de renvoyer les parties à l’arbitrage parce que la convention était nulle ou ne pouvait être opposée à M. Dumoulin.

Plusieurs moyens différents ont été soulevés afin de démontrer qu’en l’espèce, la clause d’arbitrage est nulle ou inopposable à M. Dumoulin. Plus précisément, on a soutenu : (1) que la convention d’arbitrage ne saurait être opposée à M. Dumoulin, un consommateur, parce qu’elle constitue une renonciation à la compétence des autorités québécoises au sens de l’art. 3149 C.c.Q.; et (2) qu’elle est nulle a) parce qu’elle vise un litige en matière de consommation qui, en soi, relève de l’ordre public au sens de l’art. 2639 C.c.Q.; b) parce qu’elle constitue une renonciation à la compétence de la Cour supérieure à l’égard des recours collectifs et que cette renonciation est contraire à l’ordre public en application de l’art. 2639 C.c.Q.; c) parce que M. Dumoulin n’a pas vraiment consenti à cette convention, qui lui a été imposée dans le cadre d’un contrat d’adhésion; d) parce que la convention est abusive et contrevient à l’art. 1437 C.c.Q.; et e) parce qu’elle fait partie d’une clause externe qui n’a pas été expressément portée à la connaissance de M. Dumoulin comme l’exige l’art. 1435 C.c.Q. Chacun de ces arguments pose en l’espèce une sous-question qui sera abordée de façon distincte à la section D ci-après. Mais avant d’examiner ces sous-questions, il est nécessaire de répondre à deux questions préliminaires.

Premièrement, nous devons décider si les modifications apportées récemment par le législateur québécois à la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1 (« L.p.c. »), s’appliquent au présent pourvoi. Le projet de loi 48, la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, 2^e sess., 37^e lég. (maintenant L.Q. 2006, c. 56), a été sanctionné le 14 décembre 2006, soit le jour suivant celui de l’audition du présent pourvoi par notre Cour. L’article 2 du projet de loi 48 est ainsi rédigé :

2. The Act [the *Consumer Protection Act*] is amended by inserting the following section after section 11:

“11.1. Any stipulation that obliges the consumer to refer a dispute to arbitration, that restricts the consumer’s right to go before a court, in particular by prohibiting the consumer from bringing a class action, or that deprives the consumer of the right to be a member of a group bringing a class action is prohibited.

If a dispute arises after a contract has been entered into, the consumer may then agree to refer the dispute to arbitration.”

It is not disputed that, if this amendment applies to the case at bar, there would be no need to address the other sub-issues as the third condition for the application of art. 940.1 C.C.P. would clearly not be met.

Second, we have to determine the scope of the analysis a court should conduct under art. 940.1 C.C.P. in order to “find” whether the arbitration agreement is null. The appellant argues that this analysis should only be *prima facie*; the respondents argue it should be comprehensive. Depending on the answer to be given to this question, it is possible that only *some* of the grounds of nullity invoked by the respondents can be properly raised at the stage of a referral application, whereas the other grounds should be more appropriately left to the arbitrator to decide, subject to subsequent review by the courts.

C. Preliminary Questions

(1) The Impact of Bill 48 on the Case at Bar

The main provision in Bill 48 relevant to this appeal is s. 2. It amends the C.P.A. by prohibiting and voiding any contractual clauses which oblige a consumer to submit a dispute to arbitration. Pursuant to the C.P.A. as amended, an arbitration agreement can validly be concluded by a merchant and a consumer only after a dispute has arisen. It is conceded that, if this amendment applies to the case at bar, the appeal should be dismissed as the arbitration agreement on which the appellant’s

2. Cette loi [la *Loi sur la protection du consommateur*] est modifiée par l’insertion, après l’article 11, du suivant :

« 11.1. 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. »

Il n’est pas contesté que, si cette modification s’applique en l’espèce, il ne serait pas nécessaire de répondre aux autres sous-questions puisque la troisième condition requise pour l’application de l’art. 940.1 C.p.c. ne serait manifestement pas remplie.

Deuxièmement, nous devons déterminer l’étendue de l’analyse à laquelle un tribunal doit procéder en application de l’art. 940.1 C.p.c. pour « constater » si la convention d’arbitrage est nulle. L’appelante soutient que cette analyse devrait n’être que sommaire (dite aussi analyse *prima facie*); les intimés prétendent quant à eux qu’elle devrait être exhaustive. Selon la réponse à cette question, il est possible que seuls *certain*s des motifs de nullité invoqués par les intimés puissent être légitimement présentés à l’étape d’une demande de renvoi, alors qu’il serait plus approprié de laisser l’arbitre statuer sur les autres motifs, sous réserve du contrôle subséquent des tribunaux.

C. Questions préliminaires

(1) L’incidence du projet de loi 48 sur le présent pourvoi

L’article 2 est la disposition du projet de loi 48 qui présente le plus d’intérêt pour le présent pourvoi. Il modifie la L.p.c. en interdisant et en annulant toute clause contractuelle qui oblige un consommateur à soumettre un différend à l’arbitrage. Conformément à la L.p.c. modifiée, un consommateur et un commerçant ne peuvent conclure une convention d’arbitrage valide qu’après la naissance d’un litige. Il est admis que, si cette modification s’applique en l’espèce, le pourvoi devrait être rejeté puisque la

declinatory exception is founded would clearly be of no effect. It should be noted that our interpretation of art. 3149 C.C.Q. achieves the same result as Bill 48. It might be argued that the introduction of Bill 48 is an indication that the Legislative Assembly did not share our view of art. 3149. Our response to this is that it is much more likely that the misinterpretation of art. 3149 in *obiter* in *Dominion Bridge*, and in the Court of Appeal in this case, caused the legislator to act swiftly in order to ensure the protection of consumers in the province.

convention d'arbitrage sur laquelle repose l'exception déclinatoire soulevée par l'appelante n'aurait manifestement aucun effet. Il convient de signaler que notre interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. conduit au même résultat que le projet de loi 48. On pourrait prétendre que l'introduction du projet de loi 48 montre que l'Assemblée législative ne partageait pas notre point de vue sur l'art. 3149 C.c.Q. À cela, nous répondons qu'il est plus vraisemblable que ce soit la mauvaise interprétation de l'art. 3149 C.c.Q. donnée en remarque incidente dans l'arrêt *Dominion Bridge*, et dans la décision de la Cour d'appel en l'espèce, qui ait amené le législateur à agir rapidement en vue d'assurer la protection des consommateurs de la province.

156 Section 18 of Bill 48 provides that its provisions come into force on December 14, 2006, except for certain specific provisions that come into force at later dates (between April 1, 2007 and December 15, 2007). Since s. 2 of Bill 48 is now in force, the question before us is whether it has any effect on the pending case.

L'article 18 du projet de loi 48 prévoit que ses dispositions entrent en vigueur le 14 décembre 2006, sauf quelques-unes d'entre elles qui entreront en vigueur ultérieurement (entre le 1^{er} avril 2007 et le 15 décembre 2007). Puisque l'art. 2 du projet de loi 48 est maintenant en vigueur, nous devons décider s'il produit son effet sur l'instance en cours.

157 Under well-established principles of statutory interpretation, in general, new laws affecting *substantive* matters do not apply to pending cases. It is also well recognized that a new law will be applicable to a pending case if it clearly expresses an intent to retroactively modify the substantive rights at issue. Professor Côté states the applicable principles in the following manner:

Selon les principes d'interprétation des lois bien établis, en général, les lois nouvelles touchant *le fond* ne s'appliquent pas aux instances en cours. Il est également bien reconnu qu'une loi nouvelle s'appliquera à une instance en cours s'il est manifeste qu'elle vise à modifier rétroactivement les droits substantiels en cause. Le professeur Côté énonce de la façon suivante les principes applicables :

In general, new statutes affecting substantive matters do not apply to pending cases, even those under appeal. Since the judicial process is generally declaratory of rights, the judge declares the rights of the parties as they existed when the cause of action arose: the day of the tort, of the conclusion of the contract, the commission of the crime, etc. However, a new statute bringing substantive modification is applicable to a pending case if it retroactively modifies the law applicable on the day of the tort, the contract, the crime, etc. A pending case, even under appeal, can therefore be affected by a retroactive statute, and even by one enacted while proceedings are pending in appeal.

En principe, les lois nouvelles touchant le fond ne s'appliquent pas aux instances en cours, y compris celles qui sont en appel. Le processus judiciaire étant généralement déclaratif de droit, le juge déclare les droits des parties tels qu'ils existaient le jour où la cause d'action a pris naissance : le jour du délit, le jour de la formation du contrat, le jour de la perpétration de l'acte criminel, et ainsi de suite. Par contre, une loi de fond nouvelle est applicable à une instance en cours lorsqu'elle modifie de façon rétroactive le droit qui existait le jour du délit, du contrat, de l'acte criminel, et ainsi de suite. Une instance en cours pourra donc être régie par une loi nouvelle rétroactive, ceci valant même pour la loi rétroactive adoptée pendant que l'instance est pendante en appel.

(P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 179)

(P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 225)

The rule is different for new laws affecting *procedural* matters. Such laws have immediate effect and apply to pending cases. As Professor Côté notes, this does not mean that such laws have retroactive effect:

Because procedural provisions apply to pending cases, the term “retroactivity” has been used by analogy with the effect of statutes affecting substantive rights. But procedural enactments do not govern the law that the judge declares to have existed: they only deal with the procedures used to assert a right, and with the rules for conduct of the hearing. It is normal that a statute dealing with trial procedure will govern the future conduct of all trials carried out under its authority. This is not retroactivity but simply immediate and prospective application. [pp. 179-80]

We therefore have to decide whether s. 2 of Bill 48 is a provision affecting substantive or procedural matters. If it affects substantive matters, we will further have to decide whether it has retroactive effects.

In our view, s. 2 of Bill 48 is a provision dealing with substantive matters as it affects a contractual right of the parties: the right of a party to have his claim referred to arbitration, to the exclusion of the courts. It is true that, in some respects, this right resembles a procedural right: it determines how a right will be asserted. That said, it is obviously more than just a procedural right. It affects the jurisdiction of the courts and “it is well established that jurisdiction is not a procedural matter” (*Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] S.C.R. 1038, at p. 1040; see also Côté, at p. 183).

Furthermore, we are of the view that s. 2 of Bill 48 has no retroactive effect. Unless a statute provides otherwise, expressly or by necessary implication, it is not to be construed as having such effect. Wright J.’s dictum in *In Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547, at pp. 551-52, still adequately reflects the law on this issue:

Perhaps no rule of construction is more firmly established than this — that a retrospective operation is

La règle diffère dans le cas des lois nouvelles de *procédure*. Celles-ci ont un effet immédiat et s’appliquent aux instances en cours. Ce qui, comme l’explique le professeur Côté, ne veut pas dire qu’elles ont un effet rétroactif :

Les lois de procédure s’appliquant aussi aux instances en cours, on a appelé ce phénomène « rétroactivité » par analogie avec l’effet des lois concernant le fond. Or, les lois de procédure ne régissent pas le droit dont le juge déclare l’existence : elles concernent les procédés qui servent à faire valoir le droit, elles traitent du déroulement du procès. Il est donc normal qu’une loi touchant le déroulement du procès s’applique aux procès en cours pour ce qui concerne leur déroulement futur. Il n’y a pas là de rétroactivité, simplement un effet immédiat. [p. 226]

Nous devons donc décider si l’art. 2 du projet de loi 48 touche des questions de fond ou de procédure. S’il touche des questions de fond, nous devons en outre déterminer s’il a des effets rétroactifs.

Selon nous, l’art. 2 du projet de loi 48 est une disposition de fond puisqu’il affecte un droit contractuel des parties : le droit d’une partie de voir sa cause renvoyée à l’arbitrage, et non devant les tribunaux. Il est vrai qu’à certains égards, ce droit s’apparente à un droit procédural : il détermine la façon de faire valoir un droit. Cela dit, il s’agit manifestement de plus qu’un simple droit procédural. Cet article 2 touche à la compétence des tribunaux et « il est bien établi que la compétence n’est pas une question de procédure » (*Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1971] R.C.S. 1038, p. 1040; voir aussi Côté, p. 231).

Nous estimons en outre que l’art. 2 du projet de loi 48 n’a pas d’effet rétroactif. À moins que la loi ne dispose autrement, explicitement ou par déduction nécessaire, cet article ne doit pas être interprété comme ayant un tel effet. La remarque incidente formulée par le juge Wright dans *In Re Athlumney*, [1898] 2 Q.B. 547, p. 551-552, reflète encore parfaitement le droit applicable en l’espèce :

[TRADUCTION] Il se peut qu’aucune règle d’interprétation ne soit plus solidement établie que celle-ci :

158

159

160

161

not to be given to a statute so as to impair an existing right or obligation, otherwise than as regards matter of procedure, unless that effect cannot be avoided without doing violence to the language of the enactment. If the enactment is expressed in language which is fairly capable of either interpretation, it ought to be construed as prospective only.

(See also *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279.)

162 Nothing in Bill 48 leads us to think that its s. 2 should be read as having retroactive effect. The transitional provisions do not state it and cannot be interpreted in such a way. Therefore, the general presumption against the retroactivity of the statute has not been rebutted and s. 2 of Bill 48 should not be interpreted as having the effect of rendering null the arbitration agreement at bar as this agreement was concluded before the coming into force of the provision.

(2) The Scope of the Analysis Under Art. 940.1 C.C.P.

163 The appellant relies on the competence-competence principle in arguing that the extent of the review that a court should conduct under art. 940.1 C.C.P. should be limited to a *prima facie* investigation. This principle has been described as having two components (see e.g., E. Gaillard and J. Savage, eds., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), at p. 401). First, the competence-competence principle stands for the proposition that the arbitrators have the power to rule on their own jurisdiction. This principle is well established in our law and has received legislative recognition in art. 943 C.C.P. More importantly for present purposes, it is a rule of chronological priority under which the arbitrators must have the first opportunity to rule on their jurisdiction, subject to subsequent review by the courts. This aspect of the competence-competence principle is still subject to disagreement and gives rise to different applications.

164 In trying to determine the scope of this principle, one has to keep in mind the difference between

un effet rétroactif ne doit pas être donné à une loi de manière à altérer un droit ou une obligation existants, sauf en matière de procédure, à moins que ce résultat ne puisse pas être évité sans faire violence au texte. Si la rédaction du texte peut donner lieu à plusieurs interprétations, on doit l'interpréter comme devant prendre effet pour l'avenir seulement.

(Voir également *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279.)

Aucune disposition du projet de loi 48 ne nous amène à croire que son art. 2 devrait être interprété comme ayant un effet rétroactif. Les dispositions transitoires ne l'indiquent pas et ne sauraient être interprétées en ce sens. Par conséquent, la présomption générale de la non-rétroactivité de la loi n'a pas été réfutée et l'art. 2 du projet de loi 48 ne devrait pas recevoir une interprétation ayant pour effet d'annuler la convention d'arbitrage en litige puisque celle-ci a été conclue avant l'entrée en vigueur de la disposition.

(2) La portée de l'analyse requise par l'art. 940.1 C.p.c.

L'appelante invoque le principe de compétence-compétence, soutenant que le tribunal qui doit procéder à un examen en application de l'art. 940.1 C.p.c. devrait se limiter à un examen sommaire. On a affirmé que ce principe comporte deux volets (voir par exemple E. Gaillard et J. Savage, dir., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (1999), p. 401). D'abord, selon le principe de compétence-compétence, les arbitres possèdent le pouvoir de statuer sur leur propre compétence. Ce principe est bien établi dans notre droit et le législateur l'a reconnu à l'art. 943 C.p.c. Ce qui importe d'avantage pour les besoins de l'espèce, il s'agit d'une règle qui établit une priorité chronologique selon laquelle les arbitres doivent les premiers pouvoir statuer sur leur compétence, sous réserve du contrôle subséquent des tribunaux. Cet aspect du principe de compétence-compétence fait toujours l'objet de débat et donne lieu à différentes applications.

En cherchant à déterminer la portée de ce principe, il ne faut pas oublier la différence qui existe

the types of challenges that can be brought against an arbitrator's jurisdiction. They fall into two main categories. The first category encompasses the challenges regarding the *validity* of the arbitration agreement involving the parties. The second category encompasses the challenges regarding the *applicability* of the arbitration agreement to the specific dispute.

It is relatively well accepted that the competence-competence principle applies to the jurisdictional challenges regarding the *applicability* of the arbitration agreement (see e.g., *Kingsway Financial Services Inc. v. 118997 Canada inc.*, [1999] Q.J. No. 5922 (QL) (C.A.)). In any challenge to arbitral jurisdiction alleging that the dispute does not fall within the scope of the arbitration clause, it has been established that courts ought to send the matter to arbitration and allow the arbitrator to decide the question, unless it is obvious that the dispute is not within the arbitrator's jurisdiction. (See L. Y. Fortier, "Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power: 'Beware, My Lord, of Jealousy'" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 143, at p. 146; P. Bienvenu, "The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region" (1999), 59 *R. du B.* 705, at p. 721; J. B. Casey and J. Mills, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (2005), at p. 64; L. Marquis, "La compétence arbitrale: une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire" (1990), 21 *R.D.U.S.* 303, at pp. 318-19.) However, whether courts ought to generally send the matter to arbitration when the validity of the arbitration agreement itself is challenged, is more controversial.

In some cases, the courts have recognized that the arbitrators should be the first to rule on the validity of the arbitration agreement and have referred the parties to arbitration (see e.g., *World LLC v. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] Q.J. No. 736 (QL) (Sup. Ct.); *Automobiles Duclos inc. v. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173 (Sup. Ct.); *Simbol Test Systems Inc. v. Gnubi Communications Inc.*, [2002] Q.J. No. 437 (QL) (Sup. Ct.); *Sonox Sia v. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] Q.J. No. 9998 (QL) (Sup. Ct.)). In other

entre les types de contestation dont peut faire l'objet la compétence de l'arbitre. Elles se classent en deux grandes catégories. La première comprend les contestations relatives à la *validité* de la convention d'arbitrage conclue par les parties. La seconde catégorie inclut les contestations relatives à l'*applicabilité* de la convention d'arbitrage au litige en cause.

Il est relativement bien accepté que le principe de compétence-compétence s'applique aux contestations de la compétence relatives à l'*applicabilité* de la convention d'arbitrage (voir par exemple *Kingsway Financial Services Inc. c. 118997 Canada inc.*, [1999] J.Q. n° 5922 (QL) (C.A.)). Dans toute contestation relative à la compétence arbitrale où il est allégué que le litige n'est pas visé par la clause d'arbitrage, il a été établi que les tribunaux doivent renvoyer l'affaire à l'arbitrage et permettre à l'arbitre de trancher la question, à moins qu'il soit évident que le litige échappe à sa compétence. (Voir L. Y. Fortier, « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : "Beware, My Lord, of Jealousy" » (2001), 80 *R. du B. can.* 143, p. 146; P. Bienvenu, « The Enforcement of International Arbitration Agreements and Referral Applications in the NAFTA Region » (1999), 59 *R. du B.* 705, p. 721; J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 64; L. Marquis, « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990), 21 *R.D.U.S.* 303, p. 318-319.) Toutefois, la question de savoir si, en général, les tribunaux doivent renvoyer l'affaire à l'arbitrage lorsque la contestation vise la validité de la convention d'arbitrage est elle-même plus controversée.

Dans certains cas, les tribunaux ont reconnu que les arbitres devraient les premiers statuer sur la validité de la convention d'arbitrage et ont renvoyé les parties à l'arbitrage (voir par exemple *World LLC c. Parenteau & Parenteau Int'l Inc.*, [1998] A.Q. n° 736 (QL) (C.S.); *Automobiles Duclos inc. c. Ford du Canada ltée*, [2001] R.J.Q. 173 (C.S.); *Simbol Test Systems Inc. c. Gnubi Communications inc.*, [2002] J.Q. n° 437 (QL) (C.S.); *Sonox Sia c. Albury Grain Sales Inc.*, [2005] J.Q. n° 9998 (QL) (C.S.)). Dans d'autres cas, les tribunaux ont procédé

165

166

cases, the courts have undertaken a comprehensive review of the validity of the arbitration clause before referring, or refusing to refer, the case to arbitration (see e.g., *Martineau v. Verreault*, [2001] Q.J. No. 3103 (QL) (Sup. Ct.); *Chassé v. Union canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165 (Sup. Ct.); *Lemieux v. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] Q.J. No. 9489 (QL) (C.Q.); *Joseph v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669 (C.Q.); *Bureau v. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006 (C.Q.); *Richard-Gagné v. Poiré*, [2006] Q.J. No. 9350 (QL), 2006 QCCS 4980).

à un examen exhaustif de la validité de la clause d'arbitrage avant de renvoyer ou non l'affaire à l'arbitrage (voir par exemple *Martineau c. Verreault*, [2001] J.Q. n° 3103 (QL) (C.S.); *Chassé c. Union Canadienne, compagnie d'assurance*, [1999] R.R.A. 165 (C.S.); *Lemieux c. 9110-9595 Québec inc.*, [2004] J.Q. n° 9489 (QL) (C.Q.); *Joseph c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, SOQUIJ AZ-99036669 (C.Q.); *Bureau c. Beauce Société mutuelle d'assurance générale*, SOQUIJ AZ-96035006 (C.Q.); *Richard-Gagné c. Poiré*, [2006] J.Q. n° 9350 (QL), 2006 QCCS 4980).

167 The difficulties caused by the lack of clarity in the drafting of the C.C.P. now confirms the need for a full review of the matter in order to determine the appropriate approach to the exercise of the supervisory power of the Superior Court.

Les difficultés causées par la rédaction imprécise du C.p.c. confirment maintenant la nécessité d'un examen complet de la question afin de déterminer la façon appropriée d'aborder l'exercice du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure.

168 The appellant argues for what has been called the “*prima facie* approach” following which a court seized of a referral application should refer the matter to arbitration upon being satisfied on a *prima facie* basis that the action was not commenced in breach of a valid arbitration agreement. The appellant, and the doctrine to which it refers, never gives a precise definition of the expression “*prima facie*” in this context. We interpret its submissions as meaning that the court seized of a referral application would have to decide if the arbitration agreement *appears* to be valid and applicable to the dispute only on the basis of the documents produced to support the motion, presuming that they are true, without hearing any testimonial evidence. The ruling of the court on the issue would not have the authority of a final judgment and the arbitral tribunal could conduct its own comprehensive review of the validity of the arbitration, subject to subsequent review by the courts.

L'appelante préconise ce que l'on a appelé « l'analyse sommaire » suivant laquelle le tribunal saisi d'une demande de renvoi devrait renvoyer l'affaire à l'arbitrage s'il est convaincu, à l'issue d'une analyse sommaire, que l'action n'a pas été engagée en contravention d'une convention d'arbitrage valide. En aucun cas l'appelante, et la doctrine sur laquelle elle s'appuie, n'offrent une définition précise du terme « sommaire » dans ce contexte. Selon nous, elle veut dire par ses observations que le tribunal saisi d'une demande de renvoi devrait décider si la convention d'arbitrage *semble* valide et applicable au litige sur la seule foi des documents produits au soutien de la requête, en presumant qu'ils sont véridiques, sans entendre aucun témoignage. La décision du tribunal sur la question n'aurait pas l'autorité de la chose jugée et le tribunal arbitral pourrait lui-même procéder à un examen exhaustif de la validité de la convention d'arbitrage, sous réserve du contrôle subséquent des tribunaux.

169 On the contrary, the respondents argue for what has been called the “comprehensive approach” following which the objections to the validity of the arbitration agreement should be dealt with comprehensively before the matter is referred (or not) to arbitration. The court seized of a referral application could thus, for example, hear testimonial

À l'inverse, les intimés préconisent ce que l'on a appelé une « analyse exhaustive » suivant laquelle les arguments soulevés à l'encontre de la validité de la convention d'arbitrage devraient être examinés de façon exhaustive avant que l'affaire soit renvoyée (ou non) à l'arbitrage. Le tribunal saisi d'une demande de renvoi pourrait ainsi, par exemple,

evidence before ruling on the validity of the arbitration agreement. Furthermore, its ruling would have the authority of a final judgment (*res judicata*) on the matter. As the intervener London Court of International Arbitration notes in its factum, the advocates of both approaches share a common objective, that is to promote the efficiency of the dispute resolution mechanisms. Where they disagree is on how best to achieve this objective.

The advocates of a comprehensive judicial review of the validity of the arbitration agreement under art. 940.1 C.C.P. rely on an “economy-of-means” rationale. They argue that it is a waste of time and money to refer the question of the validity of an agreement to an arbitral tribunal, whose very jurisdiction is challenged by one of the parties, in order to allow it to first rule on the question, as the parties will almost invariably have to return to the court either for a decision on the validity of the arbitration agreement pursuant to art. 943.1 C.C.P. (if the arbitral tribunal has declared itself competent) or to continue the proceedings that were interrupted by the referral application (if the arbitral tribunal has declared itself incompetent). They also argue that, as the jurisdiction of the arbitral tribunal depends entirely on the validity of the arbitration, it is illogical to ask the arbitral tribunal to first rule on the validity of the arbitration agreement.

Those who are in favour of limiting the review of the courts to a *prima facie* review focus on the prevention of dilatory tactics. They argue that a comprehensive review of the validity of an agreement, based on testimonial as well as documentary evidence, can take many months to decide, and that allowing such a review at the referral stage would afford a recalcitrant party the opportunity to delay unduly the commencement or progress of the arbitration. They further argue that the validity of the arbitration agreement should be presumed and that limiting its comprehensive review by the court only to the motions brought pursuant to art. 943.1 C.C.P. does not entail the same problems as this provision explicitly provides that the arbitral tribunal may

entendre des témoins avant de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage. De plus, sa décision aurait sur cette question l'autorité de la chose jugée (*res judicata*). Comme le signale dans son mémoire l'intervenante la Cour d'arbitrage international de Londres, les tenants des deux façons de procéder ont un objectif commun — favoriser l'efficacité des mécanismes de règlement des différends. Là où ils ne s'entendent pas, c'est sur la meilleure façon d'atteindre cet objectif.

Les partisans d'un examen judiciaire exhaustif de la validité de la convention d'arbitrage aux termes de l'art. 940.1 C.p.c. s'appuient sur une logique d'« économie de moyens ». Ils soutiennent que le renvoi de la question de la validité d'une convention au tribunal d'arbitrage, dont la compétence même est contestée par l'une des parties, afin de lui permettre de statuer en premier sur la question, constitue une perte de temps et d'argent puisque les parties devront presque inévitablement revenir devant le tribunal pour qu'il décide de la validité de la convention d'arbitrage conformément à l'art. 943.1 C.p.c. (si le tribunal arbitral s'est lui-même déclaré compétent) ou pour poursuivre l'instance interrompue par la demande de renvoi (si le tribunal arbitral s'est lui-même déclaré incompétent). Ils affirment en outre que, puisque la compétence du tribunal arbitral dépend entièrement de la validité de la convention d'arbitrage, il est illogique de lui demander d'être le premier à statuer sur cette question.

Ceux qui souhaitent que les tribunaux se limitent à un examen sommaire insistent sur la prévention des tactiques dilatoires. Ils soutiennent qu'un examen exhaustif de la validité de la convention d'arbitrage, fondé sur une preuve testimoniale et documentaire, peut durer des mois et qu'autoriser un tel examen à l'étape de la demande de renvoi permettrait à une partie récalcitrante de retarder indûment le début ou le déroulement du processus d'arbitrage. Ils affirment en outre que la validité de la convention d'arbitrage devrait être présumée et le fait d'en limiter l'examen exhaustif au seul cas où le tribunal est saisi d'une requête fondée sur l'art. 943.1 C.p.c. ne soulève pas les mêmes problèmes, puisque cette disposition prévoit expressément que

pursue the proceedings and make its award while such a motion is pending.

le tribunal d'arbitrage peut poursuivre la procédure et rendre une sentence tant qu'il n'a pas été statué sur la requête.

172

It is particularly significant to note that art. 940.1 C.C.P. clearly provides that a preliminary question be answered by the court concerning the agreement's validity; the provision does not specify that only a "*prima facie*" review be undertaken. The Quebec Superior Court, as a court designated by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, possesses inherent jurisdiction and has original jurisdiction in any matter unless jurisdiction is taken away by statute, according to arts. 31 and 33 C.C.P. (see also T. A. Cromwell in "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, at pp. 1030-31, cited to *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 32). In matters involving an exclusive arbitration clause, the Quebec legislator has seen fit to divest Quebec courts of their jurisdiction pursuant to art. 3148, para. 2 C.C.Q., subject to those exceptions discussed above, and subject to art. 940.1 C.C.P. which, on its face, clearly gives the Superior Court the power to consider the validity of the arbitration agreement.

Il importe particulièrement de signaler que l'art. 940.1 C.p.c. indique clairement que le tribunal doit répondre à la question préliminaire concernant la validité de la convention; la disposition ne précise pas qu'il ne doit faire qu'un examen « sommaire ». La Cour supérieure du Québec, en tant que tribunal désigné par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, possède une compétence inhérente et connaît en première instance de toute affaire, sauf si une loi lui retire cette compétence, conformément aux art. 31 et 33 C.p.c. (voir également T. A. Cromwell, « Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada » (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, p. 1030-1031, cité dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 32). Pour ce qui est des questions portant sur une clause d'arbitrage exclusif, le législateur québécois a jugé bon, à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q., de dépouiller les tribunaux du Québec de leur compétence, sous réserve des exceptions examinées précédemment et de l'art. 940.1 C.p.c. qui, à première vue, confère clairement à la Cour supérieure le pouvoir de statuer sur la validité de la convention d'arbitrage.

173

According to contextual argument based on the French version of art. 940.1 C.C.P., the word "*constate*" effectively means that courts can only undertake a *prima facie* review of the nullity of the arbitration agreement. But then art. 2642 C.C.Q. uses the same language with regard to the arbitrator's review of the arbitration clause: "*la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage*". Applying the reasoning that "*constate*" in art. 940.1 C.C.P. signifies a *prima facie* review pursuant to art. 2642 C.C.Q., an arbitrator would be limited to a *prima facie* analysis of the validity of the contract containing the arbitration clause and would be unable to conduct any in-depth analysis or hear proof as to the alleged nullity of a contract. Such a result would confirm that the argument is flawed and illogical. Moreover, the verb "*constate*", in a legal context, does not appear to imply a superficial review. It may just as well indicate a review on the

Selon l'argument contextuel fondé sur la version française de l'art. 940.1 C.p.c., le mot « constate » signifie effectivement que les tribunaux ne peuvent se livrer qu'à un examen sommaire de la nullité de la convention d'arbitrage. Or, l'art. 2642 C.c.Q. reprend les mêmes termes au sujet de l'examen de la clause d'arbitrage par l'arbitre : « la constatation de la nullité du contrat par les arbitres ne rend pas nulle pour autant la convention d'arbitrage ». Si l'on applique le raisonnement voulant que le terme « constate » à l'art. 940.1 C.p.c. signifie un examen sommaire prévu à l'art. 2642 C.c.Q., l'arbitre devrait s'en tenir à un examen sommaire de la validité du contrat contenant la clause d'arbitrage et ne pourrait procéder à une analyse approfondie de la prétendue nullité du contrat ni entendre la preuve déposée au soutien de cette prétention. Pareil résultat confirmerait que cet argument est mal fondé et illogique. De plus, dans un contexte juridique, le verbe « constate » ne semble pas supposer un

merits of an issue of fact and law. See G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (8th ed. 2000), at p. 208.

Furthermore, the Minister of Justice's comments on art. 2642 C.C.Q. support the proposition that a full review of nullity can be undertaken by the courts when the validity of the arbitration agreement is challenged. This article provides that an arbitration agreement contained in a contract is a separate agreement from the other clauses of the contract in which it is contained. As a consequence, the arbitration agreement must be subject to all of the general grounds for invalidating a contract at civil law, including those applying specifically to consumer or adhesion contracts. The comment of the Minister of Justice specifically recognizes that an arbitration agreement is subject to the general rules of contract and can be challenged before the courts on the same basis as any other contract:

[TRANSLATION] This rule [art. 2642 C.C.Q.] does not preclude a party from asking the court to rule on the nullity of the arbitration agreement if, for example, he or she did not give free and informed consent or did not have the capacity to contract. The general rules of the law of obligations apply to an arbitration agreement as to any contract.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at p. 1651)

An argument was also presented on the basis of the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* of June 21, 1985 ("Model Law"), U.N. Doc. A/40/17, Annex I, and the *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 330 U.N.T.S. 3 ("New York Convention"), international documents the Quebec rules on arbitration are based on and which can be used to interpret the C.C.P. rules (see *GreCon Dimter*, at paras. 39-43, and art. 940.6 C.C.P.). It was argued that these provisions mandate that only a *prima facie* review of nullity be undertaken by courts. A review of these provisions has convinced us that the drafters of the *Model Law* and the *New York Convention* intended that

examen superficiel. Il peut tout aussi bien s'entendre d'un examen sur le fond d'une question de fait et de droit. Voir G. Cornu, *Vocabulaire juridique* (8^e éd. 2000), p. 208.

De plus, les commentaires du ministre de la Justice au sujet de l'art. 2642 C.c.Q. étaient la prétention que les tribunaux peuvent procéder à un examen exhaustif de la nullité lorsque la validité de la convention d'arbitrage est contestée. Suivant cette disposition, une convention d'arbitrage contenue dans un contrat demeure une convention distincte des autres clauses du contrat qui la contient. Par conséquent, tous les motifs généraux d'invalidation des contrats reconnus en droit civil, y compris ceux qui visent expressément les contrats de consommation ou d'adhésion, doivent s'appliquer à la convention d'arbitrage. Le commentaire du ministre de la Justice reconnaît expressément que la convention d'arbitrage est soumise aux règles générales des contrats et peut être contestée devant les tribunaux pour les mêmes motifs que tout autre contrat :

Cette règle [art. 2642 C.c.Q.] n'exclut pas qu'une partie demande au tribunal de prononcer la nullité de la convention d'arbitrage si, à titre d'exemple, elle n'a pas donné un consentement libre et éclairé ou qu'elle n'avait pas la capacité de contracter. Les règles générales du droit des obligations s'appliquent à cette convention comme à tout contrat.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1651)

On a également invoqué la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* du 21 juin 1985 (« *Loi type* »), Doc. N.U. A/40/17, annexe I, et la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (« *Convention de New York* »), des documents internationaux desquels sont inspirées les règles québécoises sur l'arbitrage et qui peuvent servir à l'interprétation des règles du C.p.c. (voir *GreCon Dimter*, par. 39-43, et art. 940.6 C.p.c.). On a soutenu que suivant ces textes, les tribunaux ne peuvent procéder qu'à un examen sommaire de la nullité. Une étude de ces documents nous a convaincus que les rédacteurs de la *Loi type* et de la *Convention de New York* voulait que les tribunaux

courts and arbitrators have concurrent jurisdiction over such questions. In our view, the Quebec legislator, basing the Quebec rules on these international documents, adopted the same approach. The Report of the Working Group preparing the *Model Law* specifically states that it opted not to take a “manifestly” null and void approach:

77. A suggestion was made that [article 8 of the *Model Law*] should not be understood as requiring the court to examine in detail the validity of an arbitration agreement and that this idea could be expressed by requiring only a *prima facie* finding or by rephrasing the closing words as follows: “unless it finds that the agreement is *manifestly* null and void”. In support of that idea it was pointed out that it would correspond with the principle to let the arbitral tribunal make the first ruling on its competence, subject to later control by a court. However, the prevailing view was that, in the cases envisaged under paragraph (1) where the parties differed on the existence of a valid arbitration agreement, that issue should be settled by the court, without first referring the issue to an arbitral tribunal, which allegedly lacked jurisdiction. The Working Group, after deliberation, decided to retain the text of paragraph (1).

(*Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fifth session* (New York, 22 February — 4 March 1983), A/CN.9/233)

The finding is confirmed by P. Binder in *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (2nd ed. 2005), at p. 91.

176

Endorsing a concurrent jurisdiction approach to questions concerning the validity of the agreement is defensible on an “economy-of-means” rationale and consistent with the general policy favouring the autonomy of the parties. Although art. 940.1 C.C.P. is not clear regarding the extent of the analysis the court should undergo, we think that a discretionary approach favouring resort to the arbitrator in most instances would best serve the legislator’s clear intention to promote the arbitral process and its efficiency, while preserving the core supervisory

et les arbitres possèdent une compétence concurrente à l’égard de ces questions. À notre avis, en fondant les règles québécoises sur ces documents internationaux, le législateur québécois a adopté la même approche. Le rapport du groupe de travail œuvrant à la préparation de la *Loi type* précise que le groupe de travail a choisi de ne pas adopter une approche fondée sur la nullité « apparente » :

77. Il a été suggéré que [l’article 8 de la *Loi type*] ne soit pas interprété comme stipulant que le tribunal doit examiner en détail la validité d’une convention d’arbitrage et que cette idée pouvait être exprimée en exigeant simplement une constatation *prima facie* ou en remaniant la fin de la phrase de manière à ce qu’elle se lise comme suit : « à moins qu’il ne constate que ladite convention est *manifestement* caduque ». À l’appui de cette idée, on a fait remarquer que cela reviendrait à consacrer le principe selon lequel il convenait de laisser d’abord le tribunal arbitral statuer sur sa compétence, sous réserve d’un contrôle ultérieur par une instance judiciaire. Toutefois, selon l’avis qui a prévalu, dans les cas envisagés au paragraphe 1, c’est-à-dire où les parties n’étaient pas d’accord quant à l’existence d’une convention d’arbitrage valide, cette question devrait être réglée par une instance judiciaire, sans avoir à être soumise au préalable à un tribunal arbitral dont la compétence était mise en doute. Le Groupe de travail, après délibération, a décidé de conserver le texte du paragraphe 1.

(*Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa cinquième session* (New York, 22 février — 4 mars 1983), A/CN.9/233)

Cette conclusion est confirmée par P. Binder dans *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* (2^e éd. 2005), p. 91.

L’adhésion à une approche fondée sur une compétence concurrente à l’égard des questions portant sur la validité de la convention peut se défendre dans une logique d’« économie de moyens » et reste compatible avec le principe général favorisant l’autonomie de la volonté des parties. Bien que l’art. 940.1 C.p.c. manque de précision quant à l’étendue de l’examen auquel devrait se livrer le tribunal, nous croyons qu’une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l’arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l’intention claire du législateur

jurisdiction of the Superior Court. When seized with a declinatory exception, a court should rule on the validity of the arbitration only if it is possible to do it on the basis of documents and pleadings filed by the parties without having to hear evidence or make findings about its relevance and reliability.

This approach appears to be more consistent with the legislative framework which favours an *a posteriori* control of the arbitral process and sentences. As we have noted above, the affirmative ruling of an arbitrator on jurisdiction will always be subject to the comprehensive review of a court seized of the question pursuant to art. 943.1 C.C.P. Furthermore, art. 946.4, para. 1(2) C.C.P. expressly provides, *inter alia*, that a court can refuse the homologation of an arbitration award on proof that the arbitration agreement that led to it was invalid. Both these means of exercising *a posteriori* control do not impede the efficiency of the arbitration proceeding since the latter takes place after the arbitral proceeding has been completed and the former does not suspend it.

That said, we believe courts may still exercise some discretion when faced with a challenge to the validity of an arbitration agreement regarding the extent of the review they choose to undertake. In some circumstances, particularly in those that truly merit the label “international commercial arbitration”, it may be more efficient to submit all questions regarding jurisdiction for the arbitrator to hear at first instance. In other circumstances, such as in the present case where we are faced with the need to interpret provisions of the *Civil Code*, it would seem preferable for the court to fully entertain the challenge to the arbitration agreement’s validity. In our view, the courts below were correct to fully consider Dumoulin’s challenge to the validity of the arbitration agreement based on the application of art. 3149 C.C.Q.

de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure. Lorsqu’il est saisi d’un moyen déclinatoire, le tribunal judiciaire ne devrait statuer sur la validité de l’arbitrage que s’il peut le faire sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer de conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci.

Il semble que cette approche s’inscrive davantage dans le cadre législatif qui favorise un contrôle *a posteriori* du processus et des sentences arbitrales. Comme nous l’avons déjà mentionné, la décision d’un arbitre qui se déclare compétent pourra toujours faire l’objet d’un examen exhaustif par le tribunal saisi de la question en application de l’art. 943.1 C.p.c. De plus, l’art. 946.4, al. 1(2) C.p.c. prévoit expressément, entre autres choses, qu’un tribunal peut refuser l’homologation d’une sentence arbitrale s’il est établi que la convention d’arbitrage à l’origine de cette sentence est invalide. Ces deux moyens de contrôle *a posteriori* ne nuisent pas à l’efficacité du processus arbitral : le dernier moyen s’exerce une fois le processus terminé, alors que le premier n’a pas pour effet d’entraîner la suspension du processus.

Cela dit, nous croyons que les tribunaux peuvent toujours exercer un certain pouvoir discrétionnaire quant à l’étendue de l’examen qu’ils choisissent de faire lorsque la validité d’une convention d’arbitrage est contestée. Dans certaines circonstances, et en particulier dans celles qui méritent vraiment d’être qualifiées d’« arbitrage commercial international », il peut être plus avantageux que l’arbitre soit saisi en première instance de toutes les questions de compétence. Dans d’autres circonstances, telles qu’en l’espèce où il nous faut interpréter certaines dispositions du *Code civil*, il semblerait préférable que le tribunal entende au complet la contestation relative à la validité de la convention d’arbitrage. À notre avis, les juridictions inférieures ont eu raison d’examiner pleinement la contestation de M. Dumoulin quant à la validité de la convention d’arbitrage, compte tenu de l’art. 3149 C.c.Q.

177

178

D. *Possible Grounds of Nullity of the Arbitration Agreement*

- (1) Does the Arbitration Clause Constitute a Waiver of the International Jurisdiction of the Quebec Authorities that Cannot Be Set Up Against Dumoulin?

179

Here, we are faced with the task of interpreting art. 3149 C.C.Q. which is located in Section II, “Personal Actions of a Patrimonial Nature” included in Chapter II, “Special Provisions” of Title Three, “International Jurisdiction of Québec Authorities” in Book Ten of the *Civil Code*, entitled “Private International Law”. There are four provisions in Section II. First, there is art. 3148, para. 1(1) to (5) of which set out the general rules on when a Quebec authority has jurisdiction to hear a dispute. As discussed above, the second paragraph sets out when a Quebec authority loses jurisdiction to hear a dispute it would otherwise be competent to hear. Then arts. 3149 to 3151, as mentioned earlier, appear as legislated limits on the autonomy of the parties.

180

For ease of reference, we set out arts. 3148, para. 2 and 3149 C.C.Q.:

3148. In personal actions of a patrimonial nature, a Québec authority has jurisdiction where

. . .

However, a Québec authority has no jurisdiction where the parties, by agreement, have chosen to submit all existing or future disputes between themselves relating to a specified legal relationship to a foreign authority or to an arbitrator, unless the defendant submits to the jurisdiction of the Québec authority.

3149. A Québec authority also has jurisdiction to hear an action involving a consumer contract or a contract of employment if the consumer or worker has his domicile or residence in Québec; the waiver of such jurisdiction by the consumer or worker may not be set up against him.

D. *Motifs possibles de nullité de la convention d'arbitrage*

- (1) La clause d'arbitrage constitue-t-elle une renonciation à la compétence internationale des autorités québécoises qui ne peut être opposée à M. Dumoulin?

Nous devons maintenant interpréter l’art. 3149 C.c.Q., qui se trouve à la section II, « Des actions personnelles à caractère patrimonial », du chapitre II, « Dispositions particulières » du titre troisième, « De la compétence internationale des autorités du Québec », figurant au livre dixième du *Code civil*, intitulé « Du droit international privé ». La section II comporte quatre dispositions, à commencer par l’art. 3148, al. 1 dont les par. (1) à (5) énoncent les règles générales permettant de déterminer les cas dans lesquels les autorités québécoises sont compétentes à l’égard d’un litige. Tel qu’indiqué précédemment, le deuxième alinéa précise quand les autorités québécoises perdent leur compétence pour connaître d’un litige à l’égard duquel elles auraient par ailleurs compétence. Suivent ensuite les art. 3149 à 3151 où comme nous l’avons vu, le législateur semble limiter l’autonomie de la volonté des parties.

Par souci de commodité, nous reproduisons les art. 3148, al. 2 et 3149 C.c.Q. :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

. . .

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d’un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n’ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

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

The first phrase of art. 3149 confers jurisdiction on a “Québec authority” to hear an action involving a consumer or employment contract so long as the consumer or worker has his or her residence or domicile in Quebec. This phrase must be seen as giving additional protection to consumers and workers by conferring jurisdiction to Quebec authorities when these persons act as plaintiffs, since Quebec authorities already have jurisdiction where the consumer or worker is named as the defendant (per art. 3148, para. 1(1)).

The second phrase of art. 3149 provides that the waiver of the jurisdiction of Quebec authorities by the consumer or worker cannot be set up against him or her. A consumer or worker waives the jurisdiction of Quebec authorities precisely through entering the type of agreement contemplated in art. 3148, para. 2, whereby parties “. . . have chosen to submit all existing or future disputes between themselves . . . to a foreign authority or to an arbitrator”. The effect of the second phrase is that a defending party cannot, in response to an action brought before a Quebec authority, the Superior Court for example, argue that the court has no jurisdiction to hear the matter by operation of a forum selection or arbitration clause.

Here, Dumoulin has his domicile in Quebec and the Superior Court is clearly a Quebec authority. It would seem that, for Dell to maintain that the Superior Court has no jurisdiction in this matter, it would have to argue that the arbitrator presiding over the NAF arbitration proceeding is a Quebec authority. It is only if this is the case that Dumoulin cannot be said to have waived the jurisdiction of a Quebec authority through the arbitration clause.

Thus, in determining whether art. 3149 C.C.Q. applies, the language invites us to ask whether the jurisdiction chosen in the contract through a forum selection or arbitration clause is a “Québec authority”. If that jurisdiction is not a “Québec authority”, art. 3149 comes into play to permit the consumer or worker to bring his or her dispute before a “Québec

La première phrase de l’art. 3149 confère aux « autorités québécoises » le pouvoir d’entendre une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail dans la mesure où le consommateur ou le travailleur a sa résidence ou son domicile au Québec. Il faut considérer cette phrase comme une protection supplémentaire accordée au consommateur ou au travailleur puisqu’elle attribue compétence aux autorités québécoises lorsque ces personnes agissent en qualité de demandeurs, alors que les autorités québécoises sont déjà compétentes lorsque le consommateur ou le travailleur est désigné comme défendeur (art. 3148, al. 1(1)).

La deuxième phrase de l’art. 3149 prévoit que la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence des autorités québécoises ne peut lui être opposée. Le consommateur ou le travailleur renonce à la compétence des autorités québécoises en concluant exactement le genre de convention envisagée à l’art. 3148, al. 2, par laquelle les parties « ont choisi [. . .] de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles [. . .] à une autorité étrangère ou à un arbitre ». Cette deuxième phrase a pour effet d’empêcher la partie défenderesse de prétendre, en réponse à une action portée devant une autorité québécoise, la Cour supérieure par exemple, que le tribunal n’a pas compétence pour entendre l’affaire par l’application d’une clause d’élection de for ou d’arbitrage.

En l’espèce, M. Dumoulin a son domicile au Québec et la Cour supérieure est clairement une autorité québécoise. Il semblerait que pour soutenir que la Cour supérieure n’a pas compétence en la matière, Dell devait plaider que l’arbitre qui préside à la procédure d’arbitrage du NAF est une autorité québécoise. C’est le seul cas où l’on ne pourrait dire que M. Dumoulin a renoncé, dans la clause d’arbitrage, à la compétence d’une autorité québécoise.

Ainsi, pour déterminer si l’art. 3149 C.c.Q. s’applique, il faut suivant cet article nous demander si la juridiction choisie dans le contrat au moyen d’une clause d’élection de for ou d’arbitrage est une « autorité québécoise ». Si cette juridiction n’est pas une « autorité québécoise », l’art. 3149 entre en jeu et permet au consommateur ou au travailleur de

181

182

183

184

authority”. The issue, then, is who is a “Québec authority”?

soumettre son litige à une « autorité québécoise ». Il faut donc déterminer ce qu’est une « autorité québécoise ».

185 The respondents argue that art. 3149 must be read in light of the distinction made in the second paragraph of art. 3148 between a “Québec authority”, a “foreign authority” and “an arbitrator”, such that a “Québec authority” in art. 3149 cannot be a “foreign authority” or “an arbitrator”. This is challenged by the appellant who argues that if the arbitration is to take place in Quebec, then art. 3149 does not apply at all. The argument being made is that the arbitration is not “international” since it was found that it would take place in Quebec. In such a case, the rules of private international law in Book Ten of the C.C.Q. do not come into play. This submission raises a new question that has become a central issue in this case: faced with an exclusive arbitration clause agreed on by the parties, to what extent — if any — must the facts disclose “foreign” elements, or be “international” for the rules of private international law to be engaged? The question calls for a detailed examination.

Les intimés soutiennent que l’art. 3149 doit être interprété à la lumière du deuxième alinéa de l’art. 3148 qui établit une distinction entre une « autorité québécoise », une « autorité étrangère » et « un arbitre », de sorte qu’une « autorité québécoise », pour l’application de l’art. 3149, ne saurait être une « autorité étrangère » ou « un arbitre ». Cette interprétation est contestée par l’appelante qui prétend que si l’arbitrage doit avoir lieu au Québec, alors l’art. 3149 ne s’applique pas. Suivant cet argument, l’arbitrage n’est pas « international » puisqu’il a été décidé qu’il aurait lieu au Québec. Dans un tel cas, les règles de droit international privé énoncées au livre dixième du C.c.Q. ne s’appliquent pas. Cette observation soulève une nouvelle question, devenue cruciale en l’espèce : devant une clause d’arbitrage exclusif à laquelle les parties ont consentie, dans quelle mesure — le cas échéant — les faits doivent-ils laisser voir des éléments « d’extranéité », ou être « internationaux », pour que s’appliquent les règles de droit international privé? La question mérite un examen détaillé.

(a) *Must the Arbitration Agreement Contain a “Foreign Element” in Order for Articles 3148, Para. 2 and 3149 — Rules of Private International Law — to Be Engaged?*

a) *La convention d’arbitrage doit-elle comporter un « élément d’extranéité » pour que s’appliquent les art. 3148, al. 2 et 3149 — les règles de droit international privé?*

186 The introduction to any private international law (or “conflict of laws” as it is more commonly referred to in common law jurisdictions) textbook will state that this area of law comes into play in legal disputes involving foreign elements. But what does this general assertion mean? Is any foreign element sufficient to invoke private international law? In order to answer these questions, it is helpful to first explain the nature, purpose and structure of private international law.

Dans l’introduction de tout ouvrage de droit international privé (ou traitant du « conflit de lois », suivant son appellation plus courante dans les provinces de common law), on écrit que ce domaine du droit s’applique aux litiges comportant des éléments d’extranéité. Mais que signifie cette affirmation générale? Tout élément d’extranéité suffit-il pour invoquer le droit international privé? Afin de répondre à ces questions, il est utile d’expliquer d’abord la nature, l’objet et la structure du droit international privé.

187 Despite what its name might connote, and the existence of international agreements on various aspects of private international law, the latter is not international in the “public international law”

Malgré ce que son nom peut laisser entendre, et l’existence d’accords internationaux touchant plusieurs de ses aspects, le droit international privé n’est pas international au même titre que le « droit

sense. It is not “international” or universal norms that determine when such rules apply; rather, these are domestic laws created by the judiciary or the legislature within a given territory. J.-G. Castel, in *Canadian Conflict of Laws* (4th ed. 1997), at pp. 4-5, describes the character of the conflict of laws:

Principles and rules of the conflict of laws are not international, they are essentially national in character. Since they are part of the local law, they are formulated by the legislative bodies of the different legal units or are to be found in the decisions of their courts.

At their core, the rules of private international law/conflict of laws are local laws designed to provide answers in legal situations where two or more systems of law are capable of applying. Unfortunately, as discussed by Collier, at pp. 5-6, the names given to this area of law can be misleading with respect to its purpose:

Two names for the subject [“private international law” and “conflict of laws”] are in common use; however, they are interchangeable. Neither is wholly accurate or properly descriptive. The name “conflict of laws” is somewhat misleading, since the object of this branch of the law is to eliminate any conflict between two or more systems of law (including [domestic] law) which have competing claims to govern the issue which is before the court, rather than to provoke such a conflict, as the words may appear to suggest. However, it was the name given to the subject by A. V. Dicey, when he published his treatise, the first coherent account by an English lawyer of its rules and principles, in 1896 and it has been hallowed by use ever since.

Another name is “private international law”, which is in common use in Europe. This is even more misleading than “conflict of laws”, and each of its three words requires comment. “Private” distinguishes the subject from “public” international law, or international law *simpliciter*. The latter is the name for the body of rules and principles which governs states and international organisations in their mutual relations. It is administered through the International Court of Justice, other international courts and arbitral tribunals, international organisations and foreign offices, although, as part of

international public ». Ce ne sont pas des normes « internationales » ou universelles qui décident des cas d’application des règles de droit international privé; ces normes consistent plutôt en des lois nationales créées par le pouvoir judiciaire ou législatif dans un territoire donné. Dans son ouvrage *Canadian Conflict of Laws* (4^e éd. 1997), p. 4-5, J.-G. Castel décrit la nature du conflit de lois :

[TRADUCTION] Les principes et les règles du conflit de lois ne sont pas internationaux, ils ont un caractère essentiellement national. Puisqu’ils font partie du droit local, ils sont formulés par les organismes législatifs des diverses entités juridiques ou sont tirés des décisions de leurs tribunaux.

Essentiellement, les règles de droit international privé ou de conflit de lois sont des lois locales destinées à remédier aux situations litigieuses auxquelles pourraient s’appliquer au moins deux systèmes juridiques. Malheureusement, comme l’a expliqué Collier, p. 5-6, les différentes façons de désigner ce domaine du droit peuvent être trompeuses quant à son objet :

[TRADUCTION] Il est d’usage courant que le domaine soit désigné sous deux appellations [« droit international privé » et « conflit de lois »]; cependant, celles-ci sont interchangeables. Aucune n’est parfaitement exacte ni précisément descriptive. L’appellation « conflit de lois » est quelque peu trompeuse puisque ce domaine vise à éliminer tout conflit opposant au moins deux systèmes juridiques (y compris le droit [interne]) ayant des prétentions concurrentes à régir la question soumise au tribunal, plutôt qu’à engendrer un tel conflit, comme les termes peuvent sembler le suggérer. Toutefois, A. V. Dicey a désigné ce domaine du droit sous cette appellation lorsqu’il a publié son traité — qui constitue la première description cohérente des règles et principes en la matière publiée par un avocat anglais — en 1896, et depuis, elle est passée dans l’usage.

L’autre appellation, « droit international privé », est d’usage courant en Europe. Elle est encore plus trompeuse que ne l’est « conflit de lois » et les trois mots qui la composent appellent chacun des commentaires. « Privé » établit une distinction entre le domaine et le « droit international public » ou le droit international, tout simplement. Ce dernier s’entend d’un ensemble de règles et de principes qui régissent les États et les organisations internationales dans leurs rapports entre eux. Il est administré par la Cour internationale de Justice, les autres tribunaux internationaux et tribunaux

a state's municipal or domestic law, it is also applied by that state's courts. Its sources are primarily to be found in international treaties, the practice of states in their relations (or custom) and the general principles of municipal legal systems. Private international law is concerned with the legal relations between private individuals and corporations, though also with the relations between states and governments so far as their relationships with other entities are governed by municipal law, an example being a government which contracts with individuals and corporations by raising a loan from them. Its sources are the same as those of any other branch of municipal law, which is to say that [domestic] private international law is derived from legislation and decisions of [domestic] courts.

“International” is used to indicate that the subject is concerned not only with the application by [domestic] courts of [domestic] law but of rules of foreign law also. The word is inapt, however, in so far as it might suggest that it is in some way concerned with the relations between states (it is even more inapt if it suggests “nations” rather than states). . . .

The word “law” must be understood in a special sense. The application of the rules of [a country's or province's] private international law does not by itself decide a case, as does that of the rules of the law of contract or tort. Private international law is not substantive law in this sense, for, as we have seen, it merely provides a body of rules which determine whether the [domestic] court has jurisdiction to hear and decide a case, and if it has, what system of law, [domestic] or foreign, will be employed to decide it, or whether a judgment of a foreign court will be recognised and enforced by [a domestic] court.

189

As this last paragraph suggests, the rules of private international law specifically involve the three following areas: (1) choice of law; (2) choice of jurisdiction; and (3) recognition of foreign judgments (see also Tetley, at p. 791).

190

“Choice of law” rules attempt to resolve the issue of which law governs a legal dispute when it becomes possible for the laws from more than one legal system to apply. A classic example would be a car accident occurring in Quebec, involving a resident of Ontario and a resident of Quebec. Rules

arbitraux, les organisations internationales et les agents étrangers, quoique, comme il relève du droit local ou interne de l'État, il soit également appliqué par les tribunaux d'État. Il est principalement issu des traités internationaux, de la pratique des États dans leurs relations (ou coutumes) et des principes généraux des systèmes juridiques internes. Le droit international privé traite des rapports juridiques entre les personnes physiques et morales, bien qu'il touche aussi les rapports entre les États et les gouvernements dans la mesure où leurs rapports avec d'autres entités sont régies par le droit interne; à titre d'exemple, un gouvernement qui conclut un contrat d'emprunt avec des particuliers et des sociétés. Ses sources sont les mêmes que celles de tout autre domaine relevant du droit interne, ce qui signifie que le droit international privé [interne] découle de la législation et des décisions des tribunaux [nationaux].

« International » sert à indiquer que le domaine touche non seulement l'application par les tribunaux [nationaux] des lois [nationales], mais également des règles de droit étranger. Le terme ne convient guère, cependant, dans la mesure où il pourrait laisser croire qu'il s'entend d'une certaine façon des rapports entre États (il convient encore moins s'il laisse croire qu'il vise les « nations » plutôt que les États). . .

Le terme « droit » revêt un sens spécial. L'application des règles de droit international privé [d'un pays ou d'une province] ne permet pas en soi de statuer sur une affaire, comme c'est le cas des règles du droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle. Dans ce sens, le droit international privé n'est pas du droit substantif puisque, comme nous l'avons vu, il ne s'agit que d'un ensemble de règles qui déterminent si le tribunal [national] a compétence pour entendre et trancher une affaire et, le cas échéant, à quel système juridique, [national] ou étranger, il doit recourir pour statuer sur l'affaire, ou si le jugement d'un tribunal étranger sera reconnu et exécuté par un tribunal [national].

Comme l'indique ce dernier paragraphe, les règles de droit international privé traitent particulièrement des trois sujets suivants : (1) le choix de la loi applicable, (2) l'élection du for et (3) la reconnaissance des jugements étrangers (voir aussi Tetley, p. 791).

Les règles relatives au « choix de la loi applicable » visent à déterminer la loi qui régit un litige lorsque les lois de plus d'un système juridique peuvent s'appliquer. Un exemple classique serait celui de l'accident de voiture survenu au Québec et impliquant un résident de l'Ontario et un résident du

developed to determine whether Ontario or Quebec substantive law should govern the dispute (i.e., the *lex loci delicti* rule adopted in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, if Ontario authorities are seized of the question, and art. 3126 of Book Ten of the C.C.Q. if Quebec authorities are seized of the question) fall under the “choice of law” category of private international law.

“Choice of jurisdiction” rules attempt to resolve the issue of which jurisdiction can hear a dispute when it becomes possible for more than one jurisdiction to be seized of the matter. The issues raised by this area are logically considered prior to those raised under “choice of law”. Consider the example given above. Which choice of law rule will be applied is not the first question to be addressed. A court hearing the dispute must first decide whether it can properly exercise jurisdiction over the dispute. Could the Alberta courts hear the dispute between the Quebec and Ontario motorists? Would the Ontario courts be better situated to hear the dispute? These are the types of questions “choice of jurisdiction” rules help to determine.

“Recognition of foreign judgments” rules operate to do just what the name suggests: they provide guidance on when the domestic jurisdiction can recognize and give force of law to foreign judgments.

A word should be said about the general structure of traditional private international law rules. Within each of the three areas discussed, different factors are identified to help resolve the issue at hand. The relevant factors to be considered are called “connecting factors”. Connecting factors are defined by Tetley as facts which tend to connect a transaction or occurrence with a particular law or jurisdiction. These can be domicile, residence, nationality or place of incorporation of the parties; the place(s) of conclusion or performance of the contract; the place(s) where the tort or delict was committed or where its harm was felt; the flag or country of registry of the ship; the shipowner’s base of operation, etc. (see Tetley, at pp. 41 and

Québec. Les règles visant à déterminer lequel du droit substantif de l’Ontario ou de celui du Québec devrait régir le litige (c.-à-d., la règle de la *lex loci delicti* adoptée dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, si les autorités ontariennes sont saisies de la question, et l’art. 3126 figurant au livre dixième du C.c.Q. si ce sont les autorités québécoises qui en sont saisies) relèvent du « choix de la loi applicable » en droit international privé.

Les règles relatives à « l’élection du for » visent à déterminer la juridiction qui connaît d’un litige lorsqu’il est possible de soumettre celui-ci à plus d’une d’entre elles. Les questions que soulève ce point sont en toute logique abordées avant celles relevant du « choix de la loi applicable ». Prenons l’exemple susmentionné. La question de la loi applicable n’est pas la première qu’il faut examiner. Le tribunal saisi du litige doit d’abord déterminer s’il peut correctement exercer sa compétence. Les tribunaux albertains pourraient-ils entendre le litige opposant l’automobiliste du Québec et celui de l’Ontario? Les tribunaux ontariens seraient-ils mieux placés pour ce faire? Voilà le genre de questions que les règles relatives à l’« élection du for » aident à trancher.

Les règles relatives à la « reconnaissance des jugements étrangers » font exactement ce que leur nom suggère : elles aident à déterminer les cas où les tribunaux nationaux peuvent reconnaître un jugement étranger et y donner force de loi.

Il convient de faire certaines observations sur la structure générale des règles traditionnelles de droit international privé. De chacun des trois points examinés se dégagent différents facteurs qui permettent de résoudre la question en litige. Les facteurs à considérer sont appelés « facteurs de rattachement ». Le professeur Tetley définit les facteurs de rattachement comme étant les faits qui tendent à relier une opération ou une situation à une loi ou à un ressort donné. Il peut s’agir du domicile, de la résidence, de la nationalité ou du lieu de constitution des parties, du lieu où le contrat a été conclu ou exécuté, du lieu où le délit a été commis ou celui où le préjudice qui en découle a été subi, du pavillon d’un navire ou du pays où celui-ci est

191

192

193

195-96). Since private international law rules are domestic rules, as discussed above, it is the domestic courts or the legislature that determine what the relevant connecting factors will be. As well, the relevant connecting factors can vary depending on the area of private law under scrutiny. For example, in “choice of law” the factors one looks to in order to determine which law should apply in a family dispute may be different from the factors one looks at to determine which laws apply in torts or contracts.

immatriculé; du lieu où le propriétaire du navire a son centre d’opérations, etc. (voir Tetley, p. 41 et 195-196). Puisque les règles de droit international privé restent des règles nationales, comme nous l’avons expliqué, ce sont les tribunaux nationaux ou le législateur qui établissent les facteurs de rattachement. De même, les facteurs de rattachement applicables peuvent varier en fonction de la question de droit international privé à l’étude. Par exemple, dans le cas du « choix de la loi applicable », les facteurs à examiner pour déterminer quelle loi devrait s’appliquer à un conflit familial peuvent être différents de ceux permettant de décider de la loi applicable en matière délictuelle ou contractuelle.

194

The general claim is that the rules of private international law are engaged once a legal dispute presents foreign elements. The above discussion should bring to light the obvious link between this assertion and the connecting factors that will be considered in applying private international law rules. The connecting factors are indicators of the legally relevant foreign elements that can bring private international law rules into operation; they include such factors as different domiciles, residency or nationality of the parties, jurisdiction where legal proceedings were brought as compared to where the tort occurred, or where the contract was concluded, etc. For example, the choice of law rule set out at art. 3094 C.C.Q. reads:

3094. The obligation of support is governed by the law of the domicile of the creditor. However, where the creditor cannot obtain support from the debtor under that law, the applicable law is that of the domicile of the debtor.

This rule implies that the relevant foreign element would be a difference in domicile between creditor and debtor of support obligations; a wife domiciled in Quebec and a husband domiciled in New Brunswick, for example. That the parties might have been married in a jurisdiction other than Quebec would be an irrelevant foreign element in applying this rule. Thus, not all foreign elements will be relevant. The relevant foreign elements will

On affirme en général que les règles de droit international privé entrent en jeu dès qu’un litige présente des éléments d’extranéité. Les observations qui précèdent devraient illustrer le lien évident entre cette affirmation et les facteurs de rattachement qui seront pris en compte dans l’application des règles de droit international privé. Les facteurs de rattachement sont des indicateurs des éléments d’extranéité légalement pertinents qui peuvent emporter application des règles de droit international privé; parmi ces facteurs, les divers domiciles, résidences ou nationalités des parties, le lieu d’introduction de l’instance par rapport au lieu où le délit a été commis, ou celui où le contrat a été conclu, etc. Par exemple, la règle relative au choix de la loi applicable énoncée à l’art. 3094 C.c.Q. est ainsi rédigée :

3094. L’obligation alimentaire est régie par la loi du domicile du créancier. Toutefois, lorsque le créancier ne peut obtenir d’aliments du débiteur en vertu de cette loi, la loi applicable est celle du domicile de ce dernier.

Cette règle signifie que l’élément d’extranéité pertinent résiderait dans les lieux de domicile différents du créancier et du débiteur de l’obligation alimentaire; une épouse domiciliée au Québec et un époux domicilié au Nouveau-Brunswick, par exemple. Le fait que les parties puissent s’être mariés ailleurs qu’au Québec ne serait pas un élément d’extranéité pertinent pour l’application de cette règle. Ainsi, les éléments d’extranéité ne sont pas tous pertinents.

be those raised by the applicable private international law rule.

Must there always be a foreign element to engage the rules of private international law? Since these are domestic laws, it is certainly possible for legislators to craft private international rules that can be engaged absent foreign elements. It is not as if there were any constitutional or international laws prohibiting the legislator from adopting such rules. One example is found in art. 3111 C.C.Q., which acknowledges the capacity of parties to choose the rules that will govern their contractual relationship, whether they be domestic or foreign. The first paragraph of art. 3111 states:

3111. A juridical act, whether or not it contains any foreign element, is governed by the law expressly designated in the act or the designation of which may be inferred with certainty from the terms of the act.

The stated purpose of this particular rule of private international law, one that comes into operation absent any foreign element, is to respect the principle of primacy of the autonomy of the parties:

[TRANSLATION] The principle of autonomy of the will of the parties is firmly rooted in Quebec's legal traditions, and the proposed article confirms it.

... the parties may choose the law applicable to their contract not only if the contract contains a foreign element, but also if it does not.

(Projet de loi 125: Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X: Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144) (1991), Titre deuxième: *Des conflits de lois* (Art. 3059 à 3110), Chapitre troisième: Du statut des obligations (Art. 3085 à 3108), at p. 53)

As discussed earlier, this principle had significant influence in the crafting of the new private international rules in Book Ten of the C.C.Q. See Talpis, at p. 189:

Les éléments d'extranéité pertinents seront ceux que soulève la règle de droit international privé applicable.

Faut-il toujours un élément d'extranéité pour que s'appliquent les règles de droit international privé? Puisque ces dernières relèvent du droit interne, il est assurément permis au législateur de formuler des règles de droit international privé qui peuvent s'appliquer en l'absence de tout élément d'extranéité. Ce n'est pas comme si une loi constitutionnelle ou internationale lui interdisait d'adopter de pareilles règles. Citons l'exemple de l'art. 3111 C.c.Q., qui reconnaît la capacité des parties de choisir les règles qui régiront leurs rapports contractuels, peu importe qu'elles soient nationales ou étrangères. Le premier alinéa de l'art. 3111 prévoit ce qui suit :

3111. L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

L'objet déclaré de cette règle particulière de droit international privé, qui s'applique même en l'absence de tout élément d'extranéité, est de respecter le principe de l'autonomie de la volonté des parties :

Le principe de l'autonomie de la volonté des parties est bien ancré dans la tradition juridique québécoise et l'article proposé le confirme.

... les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat non seulement lorsque celui-ci présente un élément d'extranéité mais également lorsqu'il n'en présente pas.

(Projet de loi 125 : Code civil du Québec, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet*, Livre X : Du droit international privé et disposition finale (Art. 3053 à 3144) (1991), Titre deuxième : *Des conflits de lois* (Art. 3059 à 3110), Chapitre troisième : Du statut des obligations (Art. 3085 à 3108), p. 53)

Comme nous l'avons expliqué, ce principe a fortement influencé la rédaction des nouvelles règles de droit international privé figurant au livre dixième du C.c.Q. Voir Talpis, p. 189 :

[T]he New Code adopts a very subjective approach to party autonomy. Going well beyond the Rome Convention on the *Law Applicable to Contractual Relations* of June 19, 1980 and the *Swiss Code of Private International Law* of December 18, 1987, from which many of the rules on contractual obligations were drawn, party autonomy under the new Code allows for an unrestricted choice of law, even in the absence of a foreign element (Paragraph 2 of Art. 3111), for the severance of the contract (Paragraph 3 of Art. 3111), extension to succession (Paragraph 2 of Art. 3098), to certain aspects of civil responsibility (Art. 3127), and even to the external relationships of conventional representation (Art. 3116). [Emphasis added.]

[TRADUCTION] [L]e nouveau Code opte pour une conception très subjective de l'autonomie de la volonté des parties. Allant beaucoup plus loin que la Convention de Rome sur la *Loi applicable aux relations contractuelles*, du 19 juin 1980, et que le *Code de droit international privé suisse* du 18 décembre 1987, qui ont inspiré plusieurs règles sur les obligations contractuelles, l'autonomie de la volonté des parties au sens du nouveau Code permet sans aucune restriction de choisir la loi applicable, même en l'absence d'un élément d'extranéité (art. 3111, al. 2), à tout ou partie du contrat (art. 3111, al. 3), aux successions (art. 3098, al. 2), à certains aspects de la responsabilité civile (art. 3127), et même aux relations externes en matière de représentation conventionnelle (art. 3116). [Nous soulignons.]

196 This brings us to art. 3148, para. 2 C.C.Q. which Talpis also argues allows for unrestricted choice (p. 218). It has been the subject of some debate whether, in order to claim the application of art. 3148, para. 2, a foreign element need be shown to exist. Aside from the presence of an exclusive forum selection clause, or an arbitration clause, no other factor is mentioned in the provision as being necessary for its operation.

Cela nous amène à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q. qui, encore selon le professeur Talpis (p. 218), permet un choix illimité. La question de savoir si, pour l'application de l'art. 3148, al. 2, il est nécessaire de prouver l'existence d'un élément d'extranéité a fait l'objet d'un certain débat. Outre la présence d'une clause exclusive d'élection du for ou d'une clause d'arbitrage, la disposition ne fait état d'aucun autre facteur dont le respect soit nécessaire pour son application.

197 Two theories have been offered on whether the application of art. 3148, para. 2 requires the presence of a foreign element. The first is that, like in the case of art. 3111 C.C.Q., the legislator intended that no foreign element be present for its operation; this would be consistent with the desire to give primacy to the autonomy of the parties. See S. Rochette, "Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion?", in *Repères*, EYB 2006REP504, September 2006, who, writing on the subject of forum selection clauses, states: [TRANSLATION] "[A]rticles 3111 and 3148, para. 2 C.C.Q. in no way require that a contract contain a foreign element for effect to be given to a forum selection clause in favour of a foreign authority".

Deux thèses ont été avancées quant à la question de la nécessité d'un élément d'extranéité pour l'application de l'art. 3148, al. 2. Selon la première, comme dans le cas de l'art. 3111 C.c.Q., le législateur aurait voulu qu'aucun élément d'extranéité ne soit nécessaire pour son application; cette thèse serait conforme au désir de donner préséance à l'autonomie de la volonté des parties. Voir S. Rochette, « Commentaire sur la décision *United European Bank and Trust Nassau Ltd. c. Duchesneau* — Le tribunal québécois doit-il examiner le caractère abusif d'une clause d'élection de for incluse dans un contrat d'adhésion? », dans *Repères*, EYB 2006REP504, septembre 2006, qui, au sujet des clauses d'élection de for, dit ceci : « [L]es articles 3111 et 3148, al. 2 C.c.Q. n'exigent nullement, pour qu'on donne effet à une clause d'élection de for étranger, que le contrat présente un quelconque élément d'extranéité ».

198 This would also be consistent with a global trend occurring within the area of private international law with which we are dealing — choice

Cette thèse s'inscrirait en outre dans la tendance globale observée dans le domaine du droit international privé qui nous occupe — l'élection du for.

of jurisdiction. In modern times, when it is recognized that respecting parties' jurisdiction clauses promotes commercial certainty, it is generally accepted that the rules and principles which confer jurisdiction in private international law fall within at least two categories: (i) consensual jurisdiction; and (ii) "connected" jurisdiction (some authors also point to a potential third area of jurisdiction, "exclusive jurisdiction", on which it is not necessary to elaborate here): see J. Hill "The Exercise of Jurisdiction in Private International Law", in *Asserting Jurisdiction: International and European Legal Perspectives* (2003), at p. 39; S. Guillemard and A. Prujiner in "La codification internationale du droit international privé: un échec?" (2005), 46 *C. de D.* 175; and G. Saumier. Consensual jurisdiction rules are those permitting the parties to determine by agreement the jurisdiction to govern their dispute. Hill, at p. 49, describes it as follows:

According to the submission principle, a court is competent — notwithstanding the fact that neither the events giving rise to the dispute nor the parties have any connection with the forum — if parties voluntarily submit to the court's jurisdiction. Such a submission may take the form of a voluntary appearance to defend the claim without challenging the court's jurisdiction or a contractual agreement, typically a jurisdiction clause forming part of a wider agreement. [Emphasis added.]

Under the second category, the "connected" jurisdiction rules employ connecting factors to assist in determining whether the jurisdiction seized can hear the matter. Thus, only the second category of jurisdiction is concerned with an examination of factual links to geographical territories.

On the other hand, it has been pointed out that unlike art. 3111, which specifically stipulates that the provision applies even in the absence of a "foreign element", art. 3148, para. 2 makes no such concession and that this silence should not be construed as a mere oversight. See S. Guillemard, "Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel: le droit québécois face aux droits français et

De nos jours, où il est reconnu que le fait de respecter les clauses de juridiction des parties favorise la stabilité commerciale, il est généralement admis que les règles et les principes d'attribution de compétence en droit international privé appartiennent à deux catégories au moins : (i) la juridiction consensuelle; et (ii) la juridiction « rattachée » (certains auteurs font aussi état d'un troisième domaine de compétence potentiel, celui de la « juridiction exclusive », sur lequel il n'est pas nécessaire de s'attarder en l'espèce) : voir J. Hill, « The Exercise of Jurisdiction in Private International Law », dans *Asserting Jurisdiction : International and European Legal Perspectives* (2003), p. 39; S. Guillemard et A. Prujiner, « La codification internationale du droit international privé : un échec? » (2005), 46 *C. de D.* 175; et G. Saumier. Les règles de juridiction consensuelle permettent aux parties de désigner par convention la juridiction qui sera saisie de leur litige. Hill en fait la description suivante à la p. 49 :

[TRADUCTION] Selon le principe d'acquiescement, un tribunal est compétent — même si les faits à l'origine du litige et les parties n'ont aucun lien avec le forum — si les parties se soumettent volontairement à sa compétence. Cet acquiescement peut prendre la forme d'une comparution volontaire, où la partie conteste la demande sans contester la compétence du tribunal, ou d'une entente consensuelle, consistant habituellement en une clause d'élection de for faisant partie d'une convention plus générale. [Nous soulignons.]

Dans la deuxième catégorie, les règles de la juridiction « rattachée » font appel à des facteurs de rattachement qui permettent de déterminer si la juridiction saisie peut connaître de l'affaire. Ainsi, seule la deuxième catégorie de juridiction commande un examen des liens entre les faits et les territoires géographiques.

Par ailleurs, on a souligné que, contrairement à l'art. 3111, lequel précise que la disposition s'applique même en l'absence d'un « élément d'extranéité », l'art. 3148, al. 2 ne comporte aucune réserve de cet ordre et que ce silence ne devrait pas être considéré comme un simple oubli. Voir S. Guillemard, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et

européen”, *E.J.C.L.*, vol. 8.2, June 2004, at pp. 25-26, online:

[TRANSLATION] Must a case be intrinsically international for the designation of a foreign court or tribunal to be permissible, or can the designation of a foreign authority constitute in itself the foreign element required to make a dispute an international one? . . .

The *Civil Code of Québec* does not expressly indicate how this question should be answered, but merely allows the parties to agree to a forum “[with respect] to a specified legal relationship”. This statement merits special attention, since Quebec’s codifiers were more specific where the normative connection is concerned. Under article 3111 C.C.Q., the parties may designate the law applicable to “[a] juridical act, whether or not it contains any foreign element”. How should the silence of the provisions on the jurisdiction of courts be interpreted? Pierre-André Côté, a Quebec expert on statutory interpretation, gives the following warning: “Assuming a statute to be well drafted, an interpretation which adds to the terms . . . is suspect”. He cites the recommendation of Lord Mersey: “It is a strong thing to read into an Act of Parliament words which are not there, and in the absence of clear necessity it is a wrong thing to do”. In other words, if, as the saying goes, the legislature “does not speak gratuitously”, it certainly does not remain silent for no reason either. Since a comparison of the two provisions — on choice of law and on choice of forum — is perplexing because of the precision of one and the silence of the other, it must be concluded that selecting a forum is permitted in Quebec law only in a case with a foreign element. [Footnotes omitted.]

The author goes on to theorize, however, that the forum selection clause in itself may be the requisite foreign element since any other conclusion would fail to respect the principle of the primacy of the autonomy of the parties:

[TRANSLATION] Is it possible that the designation by the parties of a court of a state with no other connection whatsoever to the contract would not in itself constitute a sufficiently significant connection?

. . .

In our opinion, to require that one of the elements of the case be “objectively” foreign would be inconsistent with the principle of freedom of contract. This would

européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, p. 25-26, en ligne :

Faut-il, pour pouvoir désigner un tribunal étranger, que l’affaire présente intrinsèquement un caractère international ou la seule désignation d’un for étranger peut-elle constituer l’élément d’extranéité nécessaire pour rendre le litige international? . . .

Le *Code civil du Québec* n’offre expressément aucun indice pour répondre à la question, admettant simplement que les parties puissent élire conventionnellement un for « à propos d’un rapport juridique déterminé ». La remarque mérite une attention particulière car le codificateur québécois a été plus précis en matière de rattachement normatif. En effet, l’article 3111 C.c.Q. permet aux parties de désigner la loi applicable à « [l]’acte juridique, qu’il présente ou non un élément d’extranéité ». Comment interpréter le silence des articles sur la compétence des tribunaux? Pierre-André Côté, spécialiste québécois en matière d’interprétation des lois, livre l’avertissement suivant : « Si la loi est bien rédigée, il faut tenir pour suspecte une interprétation qui conduirait [. . .] à ajouter des termes ». Il rappelle la recommandation de Lord Mersey : « C’est une chose grave d’introduire dans une loi des mots qui n’y sont pas et sauf nécessité évidente, c’est une chose à éviter ». Autrement dit, si, selon l’adage, le législateur « ne parle pas pour ne rien dire », il ne se tait certainement pas sans raison. Comme la comparaison des deux articles, sur le choix de loi et sur l’élection de for, laisse perplexe en raison de la précision de l’un et du silence de l’autre, force est de conclure que l’élection de for n’est autorisée en droit québécois que dans le cadre d’une affaire comportant un élément d’extranéité. [Renvois omis.]

L’auteure poursuit en posant toutefois l’hypothèse que la clause d’élection de for puisse en soi constituer l’élément d’extranéité requis, expliquant que toute autre conclusion contreviendrait au principe de la primauté de l’autonomie de la volonté des parties :

Se pourrait-il que la seule désignation des parties en faveur du tribunal d’un État par ailleurs totalement étranger au contrat ne constitue pas un lien suffisamment important?

. . .

Nous pensons qu’obliger à ce que l’un des éléments du dossier soit « objectivement » étranger va à l’encontre du principe de la liberté contractuelle. Selon nous, c’est

amount to viewing the jurisdictional connection solely within the framework — if not the straitjacket — of the elements of the contract itself, as is the case with other connecting factors in this area. Moreover, this reasoning is illogical. As we have seen, there is generally no requirement of a connection between the court and a contract otherwise characterized as an international one. [pp. 26 and 28]

Guillemard similarly recognizes that the same conclusion can be reached in the case of arbitration clauses:

[TRANSLATION] [W]e have observed that where the choice of forum is concerned, in Quebec law at least, the “artificial” internationality that results uniquely from the fact that the authority belongs to another legal system does not appear necessarily to be precluded. It would seem to us to be illogical if the same were not true in the arbitration sphere. [p. 50]

In our view, the proposition that forum selection and arbitration clauses constitute on their own the requisite foreign element such that their presence alone brings art. 3148, para. 2 into operation seems quite logical. In the case of forum selection clauses, the *effect* of such clauses will be to divest Quebec authorities of their jurisdiction to hear the matter in order for the dispute to be sent to another country or province to be heard under the laws of that jurisdiction. Similarly, the *effect* of exclusive arbitration clauses is to create a “private jurisdiction” that implicates the loss of jurisdiction of state-appointed authorities for dispute resolution, such as domestic courts and administrative tribunals.

We see no principled basis to distinguish between forum selection and arbitration clauses with regard to the question of whether they represent in and of themselves a foreign element. The fact that contractual arbitration may take place within the geographic territory of Quebec is not determinative of anything in that respect. First and foremost, the effect of both is to derogate from the jurisdiction of Quebec authorities and vest jurisdiction in some other entity. It seems to us that the rules in Title Three of Book Ten of the C.C.Q. are concerned with “jurisdiction” with respect to judicial and quasi-judicial powers, not so much “jurisdiction” in the geographical sense (though the notions can

concevoir le rattachement juridictionnel dans le seul cadre, pour ne pas dire carcan, des éléments propres au contrat, comme le font d’autres facteurs de rattachement en la matière. En outre, le raisonnement manque de logique. Nous avons vu que généralement, on n’exige aucun lien entre le tribunal saisi et le contrat autrement qualifié d’international. [p. 26 et 28]

Guillemard reconnaît de même la possibilité d’arriver à la même conclusion à l’égard des clauses d’arbitrage :

[N]ous avons constaté qu’en ce qui concerne l’élection de for, en droit québécois au moins, l’internationalité « artificielle » qui ne résulte que du fait de l’appartenance de l’autorité à un autre ordre juridique, ne semble pas totalement exclue. Il nous semble illogique qu’il n’en soit pas de même dans la sphère de l’arbitrage. [p. 50]

À notre avis, l’idée que les clauses d’élection du for et d’arbitrage constituent en soi l’élément d’extranéité requis, de sorte que leur seule présence emporte application de l’art. 3148, al. 2, semble très logique. Les clauses d’élection du for auront pour *conséquence* de déposséder les autorités québécoises de leur compétence pour entendre l’affaire afin que celle-ci soit renvoyée dans un autre pays ou une autre province et soit tranchée suivant les lois de ce ressort. De même, les clauses d’arbitrage exclusif ont pour *conséquence* de créer une « juridiction privée », qui fait perdre aux autorités désignées par l’État, telles que les tribunaux nationaux et administratifs, leur compétence pour régler le litige.

Nous ne voyons aucun fondement rationnel nous permettant d’établir une distinction entre la clause d’élection du for et la clause d’arbitrage pour déterminer si elles constituent en soi un élément d’extranéité. Le fait que l’arbitrage contractuel puisse se dérouler sur le territoire du Québec n’est en rien déterminant à cet égard. Les deux clauses ont, d’abord et avant tout, pour effet de déroger au principe de la compétence des autorités québécoises et d’attribuer la compétence à une autre entité. Il nous semble que les règles figurant au titre troisième du livre dixième du C.c.Q. traitent davantage de la « compétence » au sens de pouvoirs judiciaires et quasi-judiciaires que de la « compétence » au

obviously overlap). Jurisdiction can mean a number of things, depending on the context. In *Lipohar v. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65, at p. 516, it was said of “jurisdiction”: “It is used in a variety of senses, some relating to geography, some to persons and procedures, others to constitutional and judicial structures and powers.”

sens géographique du terme (bien que ces notions puissent manifestement se chevaucher). La compétence peut prendre des sens différents en fonction du contexte. Dans *Lipohar c. The Queen* (1999), 200 C.L.R. 485, [1999] HCA 65, p. 516, à propos du terme « compétence », on a dit : [TRADUCTION] « Il est utilisé dans une variété de sens, certains touchant à la géographie, certains aux personnes et aux procédures et d’autres aux structures et aux pouvoirs constitutionnels et judiciaires. »

202

The fact that Title Three is entitled “International Jurisdiction of Quebec Authorities” does not, in our view, mandate another conclusion. We do not take the reference to “international jurisdiction” to necessarily connote that questions of jurisdiction arise only when faced with geographical extra-territoriality. Private arbitration proceedings, even those located in Quebec, are just as removed from Quebec’s judicial and quasi-judicial systems — and hence “international” — as legal proceedings taking place in another province or country. One should avoid placing undue emphasis on the reference to “international” in Title Three for the same reasons discussed earlier concerning how one should not be misled by the reference to “international” in the expression “private international law”. Indeed, earlier draft versions of Title Three used the title “Conflicts of Jurisdiction” (see J. A. Talpis and G. Goldstein, “Analyse critique de l’avant-projet de loi du Québec en droit international privé” (1988), 91 *R. du N.* 606, at p. 608). As well, “International Jurisdiction of Quebec Authorities” may be somewhat of a misnomer since Quebec authorities must exercise their adjudicative jurisdiction within the territorial limits of the province — hence the holding in *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, that to be constitutional, assertions of jurisdiction over a legal dispute must have a real and substantial connection to the province.

Le fait que le titre troisième s’intitule « De la compétence internationale des autorités du Québec » n’appelle pas, à notre avis, une autre conclusion. Selon nous, l’emploi des termes « compétence internationale » ne laisse pas nécessairement sous-entendre que les questions de compétence ne se posent que dans un contexte d’extra-territorialité géographique. Les procédures d’arbitrage privé, même celles ayant lieu au Québec, échappent tout autant aux systèmes judiciaires et quasi-judiciaires québécois — et, partant, sont « internationales » — que les instances judiciaires se déroulant dans une autre province ou dans un autre pays. Il faut éviter d’accorder trop d’importance à l’emploi du terme « international » au titre troisième pour les mêmes raisons que l’on ne devrait pas se laisser induire en erreur par ce même terme dans l’expression « droit international privé ». D’ailleurs, les versions précédentes du titre troisième s’intitulaient « Des conflits de juridiction » (voir J. A. Talpis et G. Goldstein, « Analyse critique de l’avant-projet de loi du Québec en droit international privé » (1988), 91 *R. du N.* 606, p. 608). De même, l’intitulé « De la compétence internationale des autorités du Québec » n’est peut-être pas approprié puisque les autorités québécoises doivent exercer leur compétence juridictionnelle à l’intérieur des limites territoriales de la province — d’où la conclusion de l’arrêt *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, selon laquelle la constitutionnalité des déclarations de compétence à l’égard d’un litige dépend de l’existence d’un lien réel et substantiel avec la province.

203

As a final point, it should be noted that unlike many of the other provinces, Quebec has adopted arbitration rules that make no distinction between

En dernier lieu, il importe de signaler que, contrairement à plusieurs autres provinces, le Québec a adopté des règles d’arbitrage qui ne font

domestic and international arbitration. The Book on Arbitration in the C.C.P. covers both “domestic” and “international” arbitration; the rules are essentially identical. The purpose of this approach was to show deference to the parties’ choice to arbitrate. In the common law provinces, some distinctions are made between “domestic” and “international” arbitrations for the purposes of court intervention and recognition of arbitral awards. The trend appears to be that court intervention is more tightly constrained in “international” arbitration than “domestic” arbitration. Courts are given more freedom to intervene and hear domestic arbitrations. (It would be an odd thing indeed if, in the face of this trend, this Court were to interpret Quebec law to permit greater court intervention in “international” arbitration only.) If Quebec does not make the distinction in the C.C.P. rules, it stands to reason that one should not distinguish for the purpose of Book Ten of the C.C.Q. This is especially so when it seems that the only reason the word “arbitrator” was included in art. 3148, para. 2 (which substantially duplicates the effects of art. 940.1 C.C.P.) was to make available the exceptions to art. 3148, para. 2 at arts. 3149 to 3151.

For these reasons, we would conclude that an arbitration clause is itself sufficient to trigger the application of art. 3148, para. 2, and hence the exceptions that apply to it, including art. 3149.

(b) *The Quebec Court of Appeal’s Decision in Dominion Bridge*

The appellant has relied on the decision in *Dominion Bridge*, in support of its position. There, the Court of Appeal, *in obiter*, interpreted art. 3149 such that it would permit workers or consumers to be bound to arbitration through an exclusive arbitration clause, so long as the arbitration occurs inside Quebec. Quebec courts have since followed this precedent, including Lemelin J. for the Court of Appeal below, although its wisdom has been questioned: see G. Goldstein and E. Groffier, *Droit*

aucune distinction entre l’arbitrage national et l’arbitrage international. Le livre du C.p.c. qui traite de l’arbitrage touche tant l’arbitrage « national » que l’arbitrage « international »; les règles sont essentiellement identiques. Cette approche visait à démontrer une attitude de respect du choix des parties de recourir à l’arbitrage. Les provinces de common law font certaines distinctions entre l’arbitrage « national » et l’arbitrage « international » au regard de l’intervention du tribunal et de la reconnaissance des sentences arbitrales. La tendance semble indiquer un encadrement plus serré de l’intervention judiciaire dans les arbitrages « internationaux » que dans les arbitrages « nationaux ». Les tribunaux ont plus de latitude pour intervenir et entendre les arbitrages nationaux. (Il serait étrange que, devant cette tendance, la Cour interprète le droit québécois de façon à ne permettre une plus grande intervention judiciaire que dans les arbitrages « internationaux ».) Si le Québec ne fait aucune distinction dans ses règles du C.p.c., il serait logique de ne pas en faire pour l’application du livre dixième du C.c.Q. Cela s’avère particulièrement vrai lorsqu’il semble que la seule raison pour laquelle le mot « arbitre » est inclus dans l’art. 3148, al. 2 (qui reproduit essentiellement les effets de l’art. 940.1 C.p.c.) était de permettre d’appliquer les exceptions de l’art. 3148, al. 2 aux dispositions des art. 3149 à 3151.

Pour ces motifs, nous concluons que la clause d’arbitrage suffit en soi à déclencher l’application de l’art. 3148, al. 2, et par le fait même, de ses exceptions, notamment l’art. 3149.

b) *L’arrêt de la Cour d’appel du Québec dans Dominion Bridge*

L’appelante a invoqué l’arrêt *Dominion Bridge* à l’appui de sa thèse. Dans cette affaire, la Cour d’appel a, dans une remarque incidente, donné à l’art. 3149 une interprétation qui permettait aux travailleurs ou aux consommateurs de se soumettre à l’arbitrage au moyen d’une clause d’arbitrage exclusif, pourvu que l’arbitrage ait lieu dans la province de Québec. Depuis, les tribunaux québécois s’y conforment, y compris la juge Lemelin de la Cour d’appel, bien que la sagesse de ce précédent

international privé (2003), t. II, *Règles spécifiques*, at p. 640.

ait été remise en question : voir G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé* (2003), t. II, *Règles spécifiques*, p. 640.

206

It is clear that the decision in *Dominion Bridge*, was based on a mistaken belief that the intent of the legislator in enacting art. 3149 was to protect consumers and workers from moving their disputes outside Quebec. Explaining the basis of his conclusion, Beauregard J.A. speculates: [TRANSLATION] “The legislature’s main intention was probably to protect a worker’s right to sue his or her employer in Quebec” (p. 324). In fact, an examination of the comments made by the Minister of Justice when enacting this legislation reveals that the intent was to preserve consumer and worker access to Quebec courts and other state-appointed dispute resolution forums, not merely to keep them within the geographic territory of Quebec. The comments of the Minister of Justice on art. 3149 are as follows:

[TRANSLATION] This article is new law and is based on Switzerland’s 1987 *Loi fédérale sur le droit international privé* and on the third paragraph of article 85 C.C.L.C. It confers jurisdiction over a consumer contract or a contract of employment on a Quebec authority where the consumer or worker is resident or domiciled in Quebec; this jurisdiction is in addition to the jurisdiction based on the criteria set out in article 3148.

The article provides consumers and workers with enhanced protection.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at pp. 2010-11)

207

It is instructive to examine the provisions that art. 3149 is purportedly modelled upon. First, there is art. 85 C.C.L.C. which provides:

85. When the parties to a deed have for the purpose of such deed, made election of domicile in any other place than their real domicile, all notifications, demands and suits relating thereto may be made at the elected domicile, and before the judge of such domicile.

Il est clair que l’arrêt *Dominion Bridge* repose sur la conviction erronée que le législateur voulait, par l’adoption de l’art. 3149, protéger les consommateurs et les travailleurs contre le déplacement de leurs litiges à l’extérieur du Québec. En expliquant le fondement de sa conclusion, le juge Beauregard émet l’hypothèse suivante : « [L]a protection du droit du travailleur de poursuivre son employeur au Québec était probablement l’intention principale du législateur » (p. 324). En fait, l’examen des commentaires formulés par le ministre de la Justice lors de l’adoption de cette disposition révèle que le législateur avait l’intention de protéger l’accès des consommateurs et des travailleurs aux tribunaux québécois et aux autres organismes de règlement des différends désignés par l’État, et pas simplement de conserver ces différends dans les limites géographiques du Québec. Voici ses commentaires au sujet de l’art. 3149 :

Cet article, de droit nouveau, s’inspire de la *Loi fédérale sur le droit international privé* suisse de 1987, ainsi que du troisième alinéa de l’article 85 C.c.B.C. Il attribue une compétence en matière de contrat de consommation ou de travail aux autorités québécoises du domicile ou de la résidence du consommateur ou du travailleur; cette compétence s’ajoute à celle fondée sur les critères prévus à l’article 3148.

L’article assure une protection accrue aux consommateurs et aux travailleurs.

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 2010-2011)

Il est utile d’examiner les dispositions qui auraient inspiré l’art. 3149 C.c.Q. L’article 85 C.c.B.C. prévoit ce qui suit :

85. Lorsque les parties à un acte y ont fait, pour son exécution, élection de domicile dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites qui y sont relatives, peuvent être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile.

Save in the case of a notarial deed, an election of domicile shall be without effect as regards the jurisdiction of any court, when it is signed by a non-trader within the boundaries of the district in which he resides.

Then, there is s. 114 of the Swiss legislation on private international law (*Loi fédérale sur le droit international privé* (December 18, 1987), RO 1988 1776), which provides:

[TRANSLATION]

Art. 114 Contracts with consumers

1. Where a consumer brings an action relating to a contract that satisfies the conditions set out in art. 120, para. 1, he may elect to do so in the Swiss court:

- a. of his domicile or of his habitual place of residence, or
- b. of the supplier's domicile or, in the absence of such domicile, of the supplier's habitual place of residence.

2. A consumer may not waive in advance the forum of his domicile or habitual place of residence.

Both provisions specifically maintain the jurisdiction of the courts to hear consumer disputes. As well, it should be noted the Minister of Justice's comments on arts. 3117 and 3118, which are rules that also seek to protect the consumer and worker when it comes to choice of law, end with the following statements, respectively:

[TRANSLATION] It should be noted that the consumer contract is defined in article 1384 and that article 3149 confers jurisdiction on the Quebec courts in certain circumstances where consumer contracts are in issue.

. . .

It should also be noted here that article 3149 confers jurisdiction on the Quebec courts in certain circumstances where contracts of employment are in issue. [Emphasis added.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, vol. II, at pp. 1987-88)

There appears from the above to be an intention on the part of the Quebec legislator to

Excepté dans un acte notarié, l'élection de domicile est sans valeur quant à la juridiction des tribunaux, si elle est signée par un non-commerçant dans les limites du district où il a sa résidence.

Puis, l'art. 114 de la loi suisse sur le droit international privé (*Loi fédérale sur le droit international privé* (18 décembre 1987), RO 1988 1776) dispose :

Art. 114 Contrats conclus avec des consommateurs

1. Dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120, al. 1, l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse;

- a. de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou
- b. du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur.

2. Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle.

Les deux dispositions réservent expressément la compétence des tribunaux d'entendre les litiges de consommation. De même, il faut remarquer les commentaires du ministre de la Justice relatifs aux art. 3117 et 3118, les règles visant également à protéger le consommateur et le travailleur pour ce qui est du choix de la loi applicable, qui se terminent respectivement par les déclarations suivantes :

On rappellera que le contrat de consommation est défini à l'article 1384 et que l'article 3149 donne compétence aux tribunaux québécois en certaines circonstances quand il s'agit de contrat de consommation.

. . .

On notera également ici que l'article 3149 donne compétence aux tribunaux québécois, en certaines circonstances, quand il s'agit de contrat de travail. [Nous soulignons.]

(*Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, p. 1987-1988)

Il semble, d'après ce qui précède, que le législateur québécois avait l'intention de protéger l'accès

208

209

210

safeguard consumer and worker access to the courts. It is interesting to note that in a more recent decision, *Rees v. Convergia*, [2005] Q.J. No. 3248 (QL), 2005 QCCA 353, the Court of Appeal seems to recognize that this was the purpose of art. 3149 C.C.Q.: [TRANSLATION] “Evidently, the legislature intended, in adopting article 3149 C.C.Q., to confer a separate and full jurisdiction on the Quebec courts in two areas of economic activity where one of the contracting parties is particularly vulnerable” (para. 37 (emphasis added)).

des consommateurs et des travailleurs aux tribunaux. Il est intéressant de noter que dans une décision plus récente, *Rees c. Convergia*, [2005] J.Q. n° 3248 (QL), 2005 QCCA 353, la Cour d’appel semble reconnaître que tel était l’objet de l’art. 3149 C.c.Q. : « De toute évidence, le législateur a voulu, à l’article 3149 C.c.Q., légiférer sur la compétence des tribunaux québécois de manière autonome et complète dans deux secteurs de l’activité économique où l’une des parties contractantes est particulièrement vulnérable » (par. 37 (nous soulignons)).

211

A further problem with the interpretation of art. 3149 in *Dominion Bridge* is that it essentially equates a contractual arbitrator seated in Quebec with a “Québec authority”. Applying this notion in most situations demonstrates the flaws in this approach. Assuming that being a decision-maker situated in Quebec is sufficient to make one a “Québec authority”, it ignores the issue of whether the arbitrator must be from Québec. In this case, as we read the provisions on appointment of arbitrators in NAF’s Code, Rules 20-24, there is no guarantee that an arbitrator will be from the complainant’s jurisdiction. If the parties do not select an arbitrator on mutually agreeable terms, NAF chooses, permitting the parties to strike out one candidate each from the short list. The only provision that touches on what jurisdiction the arbitrator may be from is Rule 21E. It reads as follows:

E. Unless the Parties agree otherwise, in cases involving citizens of different countries, the Forum may designate an Arbitrator or Arbitrator candidate based, in part, on the nationality and residence of the Arbitrator or Arbitrator candidate, but may not exclude an Arbitrator solely because the person is a citizen of the same country of a Party.

It is nothing short of puzzling how an arbitrator not from Quebec, even though located in Quebec, could be a “Québec authority”.

L’interprétation de l’art. 3149 retenue dans *Dominion Bridge* pose un autre problème en ce qu’elle confond pour l’essentiel l’arbitre consensuel siégeant au Québec avec une « autorité québécoise ». Dans la plupart des cas, l’application de cette notion révèle les failles de cette interprétation. Supposer que le fait, pour un décideur, de siéger au Québec suffit à faire de lui une « autorité québécoise » ne tient pas compte de la question de savoir si l’arbitre doit provenir du Québec. En l’espèce, suivant notre interprétation des dispositions du Code du NAF relatives à la désignation des arbitres, les règles 20 à 24, rien ne garantit que l’arbitre proviendra du même endroit que le plaignant. Si les parties ne parviennent pas à s’entendre sur le choix d’un arbitre, le NAF le choisit après avoir autorisé chaque partie à rayer le nom d’un candidat de la liste restreinte. Seule la règle 21E évoque le lieu d’origine de l’arbitre. Elle est rédigée comme suit :

[TRANSLATION] E. Sauf entente contraire des parties, dans les cas mettant en cause des citoyens de pays différents, le Forum peut désigner un arbitre ou un candidat arbitre en tenant compte, notamment, de la nationalité et du lieu de résidence de l’arbitre ou du candidat, mais il ne peut exclure un arbitre du seul fait qu’il est citoyen du même pays que l’une des parties.

Il serait pour le moins étonnant que l’on puisse qualifier d’« autorité québécoise » un arbitre qui, même s’il se trouve au Québec, n’est pas citoyen du Québec.

212

This approach also ignores another important issue: where does the arbitrator hold his authority from? Here, the arbitrator and arbitration proceedings under NAF are ultimately subject to U.S. law.

Cette interprétation fait également abstraction d’une autre question importante : d’où l’arbitre tient-il sa compétence? En l’espèce, l’arbitre et la procédure d’arbitrage établie par le NAF

We note that in this respect Rule 50 of NAF's Code stipulates that "Arbitrations under the Code are governed by the Federal Arbitration Act in accord with Rule 48B." Rule 48B stipulates that: "Unless the Parties agree otherwise, any Arbitration Agreement as described in Rules 1 and 2E and all arbitration proceedings, Hearings, Awards, and Orders are to be governed by the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16." No arbitrator who is bound by U.S. law could be a "Québec authority". The respondents also rightly raise the fact that Rule 11D provides that all arbitrations will be in English. One would think a "Québec authority" would be required to provide arbitration services in French. Finally, it seems completely incongruous how, in this case, in order to begin the process attributing to the purported "Québec authority" power to hear the dispute, the consumer must first contact an American institution, located in Minneapolis, who is in charge of organizing the arbitration.

It should be noted, as well, that assigning the status of "Québec authority" to a contractual arbitrator seated in Quebec would have unwanted consequences when applied to the other exceptions to art. 3148, para. 2, especially art. 3151. It surely could not have been intended that in reserving jurisdiction to "Québec authorities" to hear all "matters of civil liability for damage suffered in or outside Québec as a result of exposure to or the use of raw materials", that private arbitrators could be selected by the parties to hear such disputes before they arise. This is evident from the earlier version of this provision, art. 21.1 C.C.P., assented to June 21, 1989, which reserves the exclusive jurisdiction to hear disputes over raw materials to Quebec courts:

Civil Code of Lower Canada

8.1 The application of the rules of this Code is imperative in matters of liability for damage suffered

relèvent ultimement du droit américain. Signalons à cet égard la règle 50 du Code du NAF qui précise que [TRADUCTION] « [l]es arbitrages en vertu du Code sont régis par la Federal Arbitration Act conformément à la règle 48B ». Selon la règle 48B, [TRADUCTION] « [s]auf entente contraire des parties, toute convention d'arbitrage visée aux règles 1 et 2E, de même que toute procédure d'arbitrage, audience, sentence et ordonnance sont régies par la Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16 ». Aucun arbitre lié par le droit américain ne saurait être qualifié d'« autorité québécoise ». Les intimés soulèvent également à bon droit le fait que suivant la règle 11D, tous les arbitrages se dérouleront en anglais. On pourrait penser qu'une « autorité québécoise » serait tenue d'offrir ses services d'arbitrage en français. Enfin, il nous semble tout à fait incongru qu'en l'espèce, le consommateur doive d'abord communiquer avec une institution américaine, située à Minneapolis et responsable de l'organisation de l'arbitrage, afin d'entamer le processus visant à attribuer à la soi-disant « autorité québécoise » la compétence nécessaire pour entendre le litige.

Il convient également de souligner que le fait d'accorder le statut d'« autorité québécoise » à un arbitre consensuel siégeant au Québec entraînerait des conséquences non désirées pour l'application des autres exceptions à l'art. 3148, al. 2 C.c.Q., en particulier de l'art. 3151 C.c.Q. En conférant aux « autorités québécoises » le pouvoir exclusif d'entendre toute action fondée sur « la responsabilité civile pour tout préjudice subi au Québec ou hors du Québec et résultant soit de l'exposition à une matière première [. . .], soit de son utilisation », le législateur n'a sûrement pas voulu que les parties puissent choisir à l'avance les arbitres privés chargés de régler les litiges de cette nature. Cette intention ressort clairement de la version antérieure de cette disposition, l'art. 21.1 C.p.c., sanctionné le 21 juin 1989, qui confère aux tribunaux québécois le pouvoir exclusif d'entendre les litiges portant sur une matière première :

Code civil du Bas Canada

8.1 Les règles du présent Code s'appliquent de façon impérative à la responsabilité de tout dommage subi au

in or outside Québec as a result of exposure to or use of raw materials, whether processed or not, originating in Québec.

Code of Civil Procedure

21.1 The courts of Québec have exclusive jurisdiction to hear in first instance all demands or actions founded on liability under article 8.1 of the Civil Code of Lower Canada.

In presenting these provisions, the Minister of Justice made the following declarations:

[TRANSLATION] Mr. Speaker, the purpose of the bill is to ensure that Quebec legal rules applicable to certain matters are also mandatory for foreigners.

. . .

Since the damage in question is suffered as a result of the use of or exposure to raw materials originating in Quebec, it seemed important that all litigants, be they Quebecers, other Canadians or foreigners, be treated equally and that a single legal scheme governing liability, namely that of Quebec . . . should apply to all of them.

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 30, No. 134, 2nd Sess., 33rd Leg., June 21, 1989, at pp. 6941 and 6970)

It is clear that in introducing these provisions, the National Assembly wanted all litigants in this area to be subject to one single legal system — Quebec's — which of course includes Quebec courts.

(c) *Conclusion on the Interpretation of Art. 3149*

214

As identified at the outset of this section, the application of art. 3149 hinges on the question “Who is a Quebec authority?” and, in our view, on this question only. It is obvious from the above discussion that a “Québec authority” must mean a decision-maker situated in Quebec holding its authority from Quebec law. This is consistent with the meaning of “Québec authority” discussed in Quebec doctrine. C. Emanuelli, in *Droit*

Québec ou hors du Québec et résultant de l'exposition à une matière première qui tire son origine du Québec ou de son utilisation, que cette matière première ait été traitée ou non.

Code de procédure civile

21.1 Les tribunaux du Québec ont juridiction exclusive pour connaître en première instance de toute demande ou de toute action fondée sur la responsabilité prévue à l'article 8.1 du Code civil du Bas Canada.

En présentant ces dispositions, le ministre de la Justice a fait les déclarations suivantes :

M. le Président, le projet de loi vise à rendre obligatoires également pour les étrangers les règles de droit du Québec applicables en certaines matières.

. . .

Puisque le dommage dont il s'agit résulte de l'utilisation ou de l'exposition à une matière première qui tire son origine du Québec, il est apparu important que tous les justiciables, qu'ils soient québécois, canadiens ou étrangers, soient placés sur un pied d'égalité et bénéficient de l'application d'un seul et même régime juridique de responsabilité, soit celui du Québec.

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, n° 134, 2^e sess., 33^e lég., 21 juin 1989, p. 6941 et 6970)

Il est clair qu'en introduisant ces dispositions, l'Assemblée nationale voulait que toutes les parties concernées par un litige en cette matière soient assujetties à un seul système juridique — celui du Québec — qui, de toute évidence comprend les tribunaux québécois.

c) *Conclusion sur l'interprétation de l'art. 3149*

Comme nous l'avons indiqué au début de cette section, l'application de l'art. 3149 est liée à la question de savoir « ce qu'est une autorité québécoise ». Elle dépend, selon nous, de cette seule question. Il ressort de l'analyse qui précède qu'une « autorité québécoise » doit s'entendre du décideur situé au Québec qui tient sa compétence du droit québécois. Cette définition est compatible avec celle dont il est question dans la doctrine québécoise. Dans *Droit*

international privé québécois (2nd ed. 2006), defines the terms as encompassing: [TRANSLATION] “Quebec courts and notaries and other Quebec authorities, such as the Director of Youth Protection and the Registrar of Civil Status” (p. 70). H. P. Glenn notes that [TRANSLATION] “[b]y simply referring to ‘Québec authorities’ without further clarification, Title Three establishes the rules respecting the international jurisdiction of Quebec judicial and administrative authorities” (“Droit international privé”, in *La Réforme du Code civil* (1993), vol. 3, 669, at p. 743 (emphasis added)). See also G. Goldstein and E. Groffier, who state: [TRANSLATION] “The new Code refers to Quebec or foreign ‘authorities’ rather than to courts. The intention is to include administrative authorities whose decisions may concern private law matters However, (non-state) arbitral tribunals do not appear to be regarded as ‘authorities’ for purposes of this Code” (*Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, at p. 287). This is completely consistent with the distinction made between “Québec authorities”, “foreign authorities” and “arbitrators” in art. 3148, para. 2.

While little has been written on the interpretation of art. 3149 itself, there is academic support for our position. In “Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand ‘browsewrap’ rime avec ‘arbitrabilité’”, in *Repères*, EYB 2005REP375, August 2005, N. W. Vermeys argues:

[TRANSLATION] Article 3148 C.C.Q. seems to preclude compulsory arbitration where consumer contracts are concerned. . . . The effect of this article is that the “arbitrator” concept is expressly excluded from that of the “Quebec authority”. Since the Code prevents a consumer from waiving the jurisdiction of Quebec authorities, it would necessarily be impossible to set up an arbitration clause against the consumer.

Vermeys further rejects the argument that an arbitrator could fit within the word “court” in the C.P.A., s. 271, para. 3, in order to qualify as a “Québec authority” for the purposes of arts. 3148 and 3149:

international privé québécois (2^e éd. 2006), C. Emanuelli inclut dans la définition de cette expression : « [l]es tribunaux du Québec, [le] notaire québécois ou d’autres autorités québécoises : directeur de la protection de la jeunesse, directeur de l’état civil, etc. » (p. 70). H. P. Glenn note qu’« [e]n parlant simplement des “autorités du Québec”, sans autre précision, le troisième Titre établit les critères de compétence internationale des autorités judiciaires et administratives du Québec » (« Droit international privé », dans *La réforme du Code civil* (1993), t. 3, 669, p. 743 (nous soulignons)). Voir également G. Goldstein et E. Groffier qui affirment ce qui suit : « [l]e nouveau Code parle des “autorités” québécoises ou étrangères plutôt que des tribunaux. Il veut inclure les autorités administratives dont les décisions peuvent concerner le droit privé [. . .] Par contre, il ne semble pas que les tribunaux arbitraux (non étatiques) soient considérés comme des “autorités” aux fins de ce Code » (*Droit international privé*, t. I, *Théorie générale*, p. 287). Tous ces commentaires s’accordent entièrement avec la distinction qu’établit l’art. 3148, al. 2 entre les « autorités québécoises », les « autorités étrangères » et les « arbitres ».

Bien que l’interprétation de l’art. 3149 n’ait guère été commentée, notre position reçoit l’appui des auteurs. Dans son article « Commentaire sur la décision Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs — Quand “browsewrap” rime avec “arbitrabilité” », dans *Repères*, EYB 2005REP375, août 2005, N. W. Vermeys affirme :

En effet, l’article 3148 C.c.Q. semble écarter tout recours forcé à l’arbitrage dans le cadre de contrats de consommation [. . .] Il résulte de cet article que la notion d’« autorité québécoise » exclut expressément celle d’« arbitre ». Or, puisqu’en vertu du Code le consommateur ne peut renoncer à la compétence des autorités québécoises, la clause d’arbitrage lui serait nécessairement inopposable.

M. Vermeys rejette en outre l’argument voulant qu’un arbitre puisse être visé par le terme « tribunal » figurant dans la L.p.c., art. 271, al. 3, et qu’il puisse prétendre ainsi à la qualité d’« autorité québécoise » pour l’application des art. 3148 et 3149 :

[TRANSLATION] For this purpose, some may be tempted to argue that the definition of “court” in the CPA includes an arbitrator. However, to interpret the word “courts” this broadly would appear to me to be inconsistent with the current state of the law. As the Court [of Appeal] quite correctly stated, “the [Consumer Protection] Act does not define this term, so it is necessary to turn to article 4 C.C.P.: “court means one of the courts of justice enumerated in article 22 or a judge presiding in a courtroom” (para. 51 of the decision in question). . . . [B]efore even consulting the *Code of Civil Procedure*, it should be determined whether the legislation is internally consistent. Several provisions of the Act, including sections 142, 143, 267 and 271, seem to imply that only courts within the meaning of the *Code of Civil Procedure* were contemplated by the legislature in drafting the CPA. [Footnote No. 20]

216

All of this leads to the conclusion that a contractual arbitrator cannot be a “Québec authority” for the purposes of art. 3149. Therefore, Dell cannot succeed here in trying to set up the exclusive arbitration against Dumoulin. This interpretation does not affect labour arbitrators, nor other forms of arbitration made available under Quebec statutes, because such arbitrators would qualify as “Québec authorities”: see Tremblay, at p. 252: [TRANSLATION] “A distinction must also be made between civil or commercial arbitration and other types of arbitration, such as grievance arbitration in labour law. In grievance arbitration, even though the parties can choose the third party, arbitration is compulsory by law” (emphasis added). This explains why this Court’s decisions in *Bisaillon*, and *Desputeaux* do not dictate our conclusion here. The former involved an arbitrator whose authority stemmed from Quebec’s *Labour Code*, and the latter involved an arbitrator designated by s. 37 of the *Act respecting the professional status of artists in the visual arts, arts and crafts and literature, and their contracts with promoters*. Nor does our interpretation signify that arbitration clauses in consumer and worker contracts are always invalid. It simply means that the agreement to arbitrate in advance of the dispute, which is the effect of an arbitration clause included in a contract of adhesion, could not be set up against the consumer or worker. The consumer or worker could well decide they want to arbitrate; in that case recourse to

À cette fin, notons que certains pourraient être tentés de prétendre que la définition de « tribunal » incorporée dans la LPC inclut celle d’arbitre. Cependant, il demeure qu’une interprétation aussi large du terme « tribunaux » ne semble pas conforme à l’état actuel du droit. En effet, comme l’a très justement indiqué la Cour [d’appel], « la loi [sur la protection du consommateur] ne définit pas ce terme, il faut s’en remettre à l’article 4 C.p.c. : « **“tribunal : une des cours de justice énumérées à l’article 22 ou un juge qui siège en salle d’audience”.** » (Par. 51 de la décision commentée). [. . .] avant même d’aller consulter le *Code de procédure civile*, il importe de s’assurer de la cohérence interne du texte de loi. Or, plusieurs articles de cette loi, notamment les articles 142, 143, 267 et 271, impliquent vraisemblablement que seuls les tribunaux au sens du *Code de procédure civile* ont été envisagés par le législateur lors de la rédaction de la LPC. [Note n° 20]

Tout cela nous amène à conclure qu’un arbitre consensuel ne saurait être qualifié d’« autorité québécoise » pour l’application de l’art. 3149 C.c.Q. Par conséquent, Dell ne peut avoir gain de cause en l’espèce en tentant d’opposer à M. Dumoulin la clause d’arbitrage exclusif. Cette interprétation n’a aucune incidence sur les arbitres du travail, ni sur les autres types d’arbitres visés par les lois du Québec, ceux-ci répondant à la définition d’« autorités québécoises » : voir Tremblay, p. 252 : « [i]l faut aussi distinguer l’arbitrage civil ou commercial d’autres types d’arbitrage, tel l’arbitrage de griefs en droit du travail. Dans ce dernier type d’arbitrage, bien que le tiers puisse être choisi par les parties, l’arbitrage est obligatoire selon la loi » (nous soulignons). Cela explique pourquoi les décisions de la Cour dans *Bisaillon* et *Desputeaux* ne dictent pas notre conclusion en l’espèce. La première de ces décisions mettait en cause un arbitre qui tirait ses pouvoirs du *Code du travail* du Québec et la seconde, un arbitre désigné conformément à l’art. 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d’art et de la littérature et sur leurs contrats avec les diffuseurs*. Notre interprétation ne signifie pas non plus que les clauses d’arbitrage contenues dans les contrats de consommation et de travail sont toujours invalides. Elle signifie simplement que la convention d’arbitrage antérieure au litige, conséquence d’une clause d’arbitrage contenue dans un contrat d’adhésion, ne peut être opposée au consommateur ou au travailleur. Le consommateur ou

art. 3149 is unnecessary. This is explained very well by Goldstein and Groffier:

[TRANSLATION] All that article 3149 C.C.Q. says is that the party contracting with the weaker party cannot impose such a clause on him or her regardless of what the weaker party intended and perhaps even though . . . the weaker party originally opted for arbitration but subsequently changed his or her mind. While it is true that workers or consumers cannot waive the forum of their residence or domicile *in advance*, they can nevertheless waive it if they believe that would be in their interest in the circumstances. To say the contrary would be tantamount to saying that in international situations, nothing relating to a contract of employment or a consumer contract is arbitrable. [Emphasis in original.]

(*Droit international privé*, t. II, at p. 640)

Our conclusion on art. 3149 C.C.Q. is alone sufficient to dismiss the appellant's motion to refer the dispute to arbitration and it is therefore not strictly necessary to study the other possible grounds of nullity of the arbitration agreement. That said, we are of the view that the other questions raised by this appeal are sufficiently important to make it necessary for our Court to state its views on their respective merits.

(2) Is the Arbitration Agreement Null Because a Consumer Dispute Is a Matter of Public Order?

Although the respondents did not specifically argue that a consumer dispute could never be arbitrated because it would constitute an arbitration over a matter of public order, we need to briefly state our position on the subject, as the question was discussed by the Court of Appeal. In our view, the Court of Appeal was correct in concluding that a consumer dispute can be arbitrated. Such a conclusion inevitably flows from the application of the reasoning we have adopted in *Desputeaux*, and is in accordance with the requirements of public policy, subject to the effect of art. 3149 C.C.Q.

Article 2639 C.C.Q. deals with the kind of disputes that cannot be submitted to arbitration. These are the “[d]isputes over the status and capacity of

le travailleur pourrait bien choisir d’aller en arbitrage, auquel cas le recours à l’art. 3149 est inutile. Goldstein et Groffier l’expliquent très bien :

Tout ce que dit l’article 3149 C.c.Q., c’est que le cocontractant de la partie faible ne peut lui imposer une telle clause, malgré sa volonté et peut être même [. . .] malgré le fait que cette dernière s’est prévaluée de l’arbitrage, mais change d’avis. S’il est exact qu’un travailleur ou un consommateur ne peut renoncer à *l’avance* au for de son domicile ou de sa résidence, néanmoins, il lui est loisible de le faire s’il y trouve son intérêt au vu des circonstances. Affirmer le contraire revient à considérer, en situation internationale, que tout ce qui concerne le contrat de travail ou celui de consommation n’est pas arbitral. [En italique dans l’original.]

(*Droit international privé*, t. II, p. 640)

Notre conclusion sur l’art. 3149 C.c.Q. suffit à elle seule à rejeter la demande de l’appelante de renvoyer le litige à l’arbitrage; il n’est donc pas strictement nécessaire d’examiner les autres motifs possibles de nullité de la convention d’arbitrage. Cela dit, nous estimons que les autres questions soulevées par le présent pourvoi sont suffisamment importantes pour que notre Cour exprime son opinion sur leur bien-fondé respectif.

(2) La convention d’arbitrage est-elle nulle parce qu’un litige de consommation relève de l’ordre public?

Bien que les intimés n’aient pas expressément soutenu qu’un litige de consommation ne pourrait jamais être soumis à l’arbitrage parce qu’il s’agirait d’un arbitrage sur une question qui intéresse l’ordre public, nous devons exposer brièvement notre opinion sur le sujet car la Cour d’appel a abordé la question. Nous estimons que la Cour d’appel a conclu à bon droit qu’un litige de consommation peut être soumis à l’arbitrage. Cette conclusion découle inévitablement de l’application du raisonnement que nous avons adopté dans *Desputeaux* et elle est conforme aux conditions d’ordre public, sous réserve de l’effet de l’art. 3149 C.c.Q.

L’article 2639 C.c.Q. traite du genre de différend qui ne peut être soumis à l’arbitrage. Il s’agit du « différend portant sur l’état et la capacité des

217

218

219

persons, family matters or other matters of public order”. The question is therefore whether a consumer dispute constitutes such another matter of public order. We believe that it does not. As we held in *Desputeaux*, the concept of public order in art. 2639, para. 1 C.C.Q. must be interpreted restrictively so as to respect the parties’ autonomy to choose arbitration, as well as the clear legislative intention to respect such a choice. As there was no compelling reason to consider copyright disputes as analogous to disputes regarding the status and capacity of persons or family matters in *Desputeaux*, there is no such compelling reason regarding consumer disputes in the case at bar.

personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l’ordre public ». La question est donc de savoir si un litige de consommation est une de ces autres questions qui intéressent l’ordre public. Nous croyons que tel n’est pas le cas. Comme en a décidé la Cour dans *Desputeaux*, le concept d’ordre public à l’art. 2639, al. 1 C.c.Q. doit être interprété strictement de façon à respecter l’autonomie de la volonté des parties de recourir à l’arbitrage, de même que l’intention claire du législateur de respecter ce choix. De la même façon qu’aucune raison impérieuse ne nous permettait d’établir une analogie entre les litiges relevant du droit d’auteur et ceux portant sur l’état et la capacité des personnes ou sur les matières familiales dans *Desputeaux*, rien ne nous permet de traiter différemment les litiges de consommation en l’espèce.

220

Furthermore, the fact that certain C.P.A. rules to be applied by the arbitrator are in the nature of public order does not constitute a bar for the hearing of the case by an arbitral tribunal. The second paragraph of art. 2639 C.C.Q. makes this clear. This was also recognized by our Court in *Desputeaux*:

En outre, le fait que certaines des règles de la L.p.c. que l’arbitre devrait appliquer présentent un caractère d’ordre public n’empêche en rien un tribunal arbitral d’instruire l’affaire. C’est ce qu’édicte clairement le deuxième alinéa de l’art. 2639 C.c.Q. C’est aussi ce que la Cour a reconnu dans *Desputeaux* :

A broad interpretation of the concept of public order in art. 2639, para. 1 C.C.Q. has been expressly rejected by the legislature, which has specified that the fact that the rules applied by an arbitrator are in the nature of rules of public order is not a ground for opposing an arbitration agreement (art. 2639, para. 2 C.C.Q.). The purpose of enacting art. 2639, para. 2 C.C.Q. was clearly to put an end to an earlier tendency by the courts to exclude any matter relating to public order from arbitral jurisdiction. (See *Condominiums Mont St-Sauveur inc. v. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, at p. 2789, in which the Quebec Court of Appeal in fact stated its disagreement with the earlier decision in *Procon (Great Britain) Ltd. v. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; see also *Mousseau v. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (Sup. Ct.), at p. 2009.) Except in certain fundamental matters, relating, for example, strictly to the status of persons, as was found by the Quebec Superior Court to be the case in *Mousseau*, *supra*, an arbitrator may dispose of questions relating to rules of public order, since they may be the subject matter of the arbitration agreement. The arbitrator is not compelled to stay his or her proceedings the moment a matter that might be characterized as a rule or principle of public order arises in the course of the arbitration. [para. 53]

L’interprétation extensive du concept d’ordre public de l’art. 2639, al. 1 C.c.Q. a été expressément écartée par le législateur. Celui-ci a ainsi précisé que le fait que les règles appliquées par l’arbitre présentent un caractère d’ordre public n’empêche pas la convention d’arbitrage (art. 2639, al. 2 C.c.Q.). L’adoption de l’art. 2639, al. 2 C.c.Q. visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l’ordre public. (Voir *Condominiums Mont St-Sauveur inc. c. Constructions Serge Sauvé ltée*, [1990] R.J.Q. 2783, p. 2789, où la Cour d’appel du Québec a d’ailleurs exprimé son désaccord avec l’arrêt antérieur rendu dans *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; voir aussi *Mousseau c. Société de gestion Paquin ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.), p. 2009.) Sauf dans quelques matières fondamentales, tenant par exemple strictement à l’état des personnes, comme l’a conclu par exemple la Cour supérieure du Québec dans l’affaire *Mousseau*, précitée, l’arbitre peut statuer sur des règles d’ordre public, puisqu’elles peuvent faire l’objet de la convention d’arbitrage. L’arbitre n’est pas condamné à interrompre ses travaux dès qu’une question susceptible d’être qualifiée de règle ou de principe d’ordre public se pose dans le cours de l’arbitrage. [par. 53]

Finally, the fact that the C.P.A. and the C.C.Q. are silent as to the arbitrability of a consumer dispute suggests its permissibility. An act should only be interpreted as excluding the possibility of arbitration if it is clear from it that the legislator purported to exclude the possibility of arbitration. No provisions of the C.P.A. or the C.C.Q. lead us to think that it is the case for consumer disputes. More specifically, we think the Court of Appeal was correct in finding that art. 271, para. 3 C.P.A. merely defines the jurisdiction *ratione materiae* of the courts and in concluding that, as we held in *Desputeaux*, such an article should not be interpreted as excluding the possibility of arbitration.

The Quebec legislature has never given any clear indications that consumer disputes are not arbitrable. No general rule to that effect can be found anywhere. The legislature adopted another approach. The C.C.Q. and the C.P.A. contain certain rules which govern the validity, applicability and enforceability of arbitration agreements in respect of consumers.

The respondents seem to argue that a consumer dispute can never be arbitrated because arbitration proceedings should be considered *inherently* unfair for the consumer. We are not convinced that this is the case. On the contrary, we think that under certain circumstances, arbitration may actually be an appropriate or preferable forum for the adjudication of consumer disputes.

(3) Is the Arbitration Agreement Void Because It Constitutes a Waiver of the Jurisdiction of the Superior Court Over Class Actions Contrary to Public Order?

The respondents also argue that access to class actions is a matter of public order and therefore cannot be subject to arbitration under art. 2639. This argument must fail, because, as discussed above, art. 2639, para. 1 seeks to insulate only certain types of “matters” or disputes of public order from arbitration. Access to class actions is a

Enfin, le silence de la L.p.c. et du C.c.Q. quant à l’arbitrabilité d’un litige de consommation tend à indiquer que l’arbitrage est permis. Aucune loi ne devrait être interprétée comme excluant le recours à l’arbitrage, sauf s’il est clair que telle était l’intention du législateur. Aucune disposition de la L.p.c. et du C.c.Q. ne nous amène à penser que c’est le cas des litiges de consommation. Plus particulièrement, nous croyons que la Cour d’appel a eu raison de conclure que l’art. 271, al. 3 L.p.c. ne fait que définir la compétence matérielle des tribunaux et, comme nous l’avons fait dans *Desputeaux*, qu’une telle disposition ne devrait pas être interprétée comme excluant la possibilité du recours à la procédure arbitrale.

Le législateur québécois n’a jamais indiqué clairement que les litiges de consommation ne sont pas arbitrables. Nous n’avons trouvé aucune règle générale en ce sens. Le législateur a adopté une autre approche. Le C.c.Q. et la L.p.c. contiennent certaines dispositions régissant la validité, l’applicabilité et l’exécution des conventions d’arbitrage mettant en cause des consommateurs.

Les intimés semblent prétendre qu’un litige de consommation ne peut jamais être soumis à l’arbitrage parce que cette procédure devrait être considérée *fondièrement* inéquitable pour le consommateur. Nous ne sommes pas convaincus que ce soit le cas. Au contraire, nous croyons qu’il pourrait en fait être approprié ou préférable, dans certaines circonstances, de recourir à l’arbitrage pour régler les litiges de consommation.

(3) La convention d’arbitrage est-elle nulle parce qu’elle constitue une renonciation, contraire à l’ordre public, à la compétence de la Cour supérieure en matière de recours collectifs?

Les intimés soutiennent aussi que l’accès aux recours collectifs intéresse l’ordre public et que, par conséquent, cette question ne saurait être soumise à l’arbitrage suivant l’art. 2639. Cet argument doit être rejeté parce que, comme nous l’avons mentionné, l’art. 2639, al. 1 ne vise à soustraire à l’arbitrage que certains types de « questions » ou

221

222

223

224

procedural right and not a type of “matter” or dispute analogous to status and capacity of persons, or family law disputes.

225

The respondents alternatively argue that this Court should apply its decision in *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499, to find that the rules on class actions are rules of public order, with the consequence that contractual provisions preventing the consumer from accessing class actions are of no effect. In *Garcia Transport*, the Court concluded that a provision in the C.C.L.C. was a rule of public order absent an explicit statement within the provision indicating this status. Finding that such status could be implied, the Court identified a number of factors that indicated legislative intent to accord the provision this status. The decision leaves no doubt, however, that it is the Quebec legislature that decides which laws apply as a matter of public order, not the courts. The role of courts in this regard is to determine whether sufficient legislative intent is present to clearly indicate that a law is intended to be one of public order, and this will occur only in those rare cases where the legislator has been less than explicit about its status. The following excerpt from J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3rd ed. 1989), at p. 81 (cited in *Garcia Transport* at p. 525), accurately sets out the law:

[TRANSLATION] Most of the time, the legislature intervenes directly to establish what is a matter of public order. Sometimes there is even an explicit statement in the statutory or regulatory provision that it is of public order; sometimes it indicates that there can be no contractual derogation from the rule, and that any such derogation will be null. Sometimes, on the contrary, the legislature clearly indicates that it is left to the parties themselves to settle the question and that the rule that is set out will apply only to supplement their agreement. . . . In other cases, finally, the formula used does not directly suggest that the statute is truly imperative. It is then for the courts to determine the legislative intention and to decide whether the provisions should be treated as being of public order, that is, to determine whether they are *imperative* provisions or

de différends qui intéressent l'ordre public. L'accès aux recours collectifs est un droit procédural et non un genre de « questions » ou de différends semblables à ceux qui intéressent l'état et la capacité des personnes ou les conflits familiaux.

Subsidiairement, les intimés soutiennent que la Cour devrait appliquer son arrêt *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, et conclure que les règles relatives aux recours collectifs sont d'ordre public et, partant, que les dispositions contractuelles ayant pour effet d'empêcher le consommateur d'accéder aux recours collectifs sont inopérantes. Dans l'arrêt *Garcia Transport*, la Cour a conclu qu'une disposition du C.c.B.C. avait un caractère d'ordre public même si elle ne contenait aucune mention expresse en ce sens. Concluant que ce caractère pouvait être implicite, la Cour a énuméré un certain nombre de facteurs indiquant que le législateur voulait conférer ce caractère à la disposition. La décision ne laisse cependant subsister aucun doute quant au fait que c'est le législateur québécois qui détermine quelles lois relèvent de l'ordre public, non pas les tribunaux. Le rôle des tribunaux à cet égard consiste à déterminer si l'intention du législateur est suffisamment claire pour conclure qu'il entendait conférer à une loi un caractère d'ordre public, ce qui n'arrivera que dans les rares cas où le législateur aura été moins qu'explicite à ce sujet. L'extrait suivant, tiré de l'ouvrage de J.-L. Baudouin, *Les obligations* (3^e éd. 1989), p. 81, cité dans *Garcia Transport*, p. 525, exprime avec exactitude le droit en vigueur :

La plupart du temps, c'est le législateur qui intervient directement pour dire ce qui est d'ordre public. Parfois on trouve dans le texte législatif ou réglementaire même la mention expresse que la disposition prévue par lui est d'ordre public; parfois il indique qu'il ne souffrira aucune dérogation contractuelle à la règle, à peine de nullité. Parfois le législateur, au contraire, indique clairement qu'il laisse aux parties elles-mêmes le soin de régler la question et que la règle qu'il édicte ne s'appliquera qu'à titre supplétif [. . .] Dans d'autres espèces enfin, la formulation utilisée ne laisse pas directement soupçonner le caractère véritablement impératif de la loi. Les tribunaux ont alors la tâche de rechercher l'intention législative et de décider s'il convient de donner aux textes un caractère d'ordre public, c'est-à-dire de déterminer s'il s'agit d'une disposition *impérative* ou

merely *supplement* the will of the parties. [Emphasis in original.]

In this case, there is no indication of a legislative intent to give the rules in Book IX on “Class Action” of the C.C.P. public order status. While art. 1051 C.C.P. states that the provisions of the other books of the C.C.P. that are inconsistent with the rules of Book IX do not apply, this rule merely intends to remedy practical difficulties in applying procedures that would be unfeasible in the class action context, such as strictly applying the rules on cross-claims and joinder. It does not elevate the right to institute class actions to the status of a rule of public order that cannot be waived. Furthermore, this Court’s recent decision in *Bisaillon*, is clear authority that the class action, while having an important social dimension, is only a “procedural vehicle whose use neither modifies nor creates substantive rights” and can generally be waived (para. 17). It is the legislature, and not the courts, that can create exceptions to this.

(4) Is the Arbitration Agreement Null Because Dumoulin Did Not Consent to It as It Was Imposed on Him Through a Contract of Adhesion?

The respondents also argue that the principle of the autonomy of the parties has no bearing on this case as the arbitration clause is found in a contract of adhesion. In other words, the respondents seem to argue that Dumoulin should not be bound by the arbitration agreement because he did not give a true consent to the contract in which it is contained, this contract being of adhesion. This argument must also fail. It is based on the false assumption that an adhering party does not truly consent to be bound by the obligations contained in a contract of adhesion. The notion of a contract of adhesion is only meant to describe the contract in which the essential stipulations were imposed or drawn up by one of the parties and were not negotiable (see art. 1379 C.C.Q.). This does not mean that the adhering party cannot give a true consent to it and be bound by

seulement *supplétive* de volonté. [En italique dans l’original.]

En l’espèce, rien n’indique que le législateur entendait donner un caractère d’ordre public aux règles figurant au livre IX concernant « Le recours collectif ». Même si l’art. 1051 C.p.c. prévoit que les dispositions des autres livres du C.p.c. qui sont incompatibles avec le livre IX ne s’appliquent pas, cette règle ne vise qu’à remédier aux difficultés pratiques que pose l’application de procédures qui auraient été impossibles dans le contexte des recours collectifs, par exemple l’application stricte des règles sur les demandes reconventionnelles et la réunion d’actions. Cet article n’a pas pour effet de conférer au droit d’intenter un recours collectif le caractère d’une règle d’ordre public à laquelle on ne saurait renoncer. En outre, la récente décision de notre Cour dans *Bisaillon* reconnaît clairement que le recours collectif, malgré son importante portée sociale, n’est qu’un « véhicule procédural dont l’emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels », auquel on peut généralement renoncer (par. 17). C’est au législateur, et non aux tribunaux, qu’il appartient de créer des exceptions à cette règle.

(4) La convention d’arbitrage est-elle nulle parce que M. Dumoulin n’y a pas consenti puisqu’elle lui a été imposée dans le cadre d’un contrat d’adhésion?

Les intimés soutiennent également que le principe de l’autonomie de la volonté des parties n’a aucune application en l’espèce puisque la clause d’arbitrage figure dans un contrat d’adhésion. Autrement dit, les intimés semblent prétendre que M. Dumoulin ne devrait pas être lié par la convention d’arbitrage puisqu’il n’a pas réellement consenti au contrat qui la renferme, s’agissant d’un contrat d’adhésion. Cet argument doit aussi être rejeté. Il repose sur la fausse hypothèse qu’un adhérent ne consent pas vraiment à être assujéti aux obligations énoncées dans un contrat d’adhésion. La notion de contrat d’adhésion ne vise qu’à décrire le contrat dans lequel les stipulations essentielles ont été imposées ou rédigées par l’une des parties et ne pouvaient pas être librement discutées (voir l’art. 1379 C.c.Q.). Cela ne signifie pas que l’adhérent ne

226

227

each one of its clauses, subject to the possibility that some might be void or without effect pursuant to some other provisions of the law. As stated by J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin:

[TRANSLATION] Since the adhering party's only choice is between entering into the contract on the terms imposed by the other party and not entering into it, the question that arises is whether this is a true contract, that is, an *agreement of the wills* of the parties. Some authors argue that a contract of adhesion is more akin to a unilateral juridical act, whereas a contract is a bilateral juridical act. However, most authors consider a contract of adhesion to be a true contract even though the role of the will of the adhering party is reduced to a minimum. Support for this position can be found in the variety of mechanisms that have been developed at law to correct the inequities and problems of consent that result from the adhering party's inability to negotiate [Emphasis in original.]

(Baudouin et Jobin: *Les obligations* (6th ed. 2005), at p. 79)

228

We agree with the position defended by the majority of the doctrine and think it is therefore not sufficient for the respondents to raise the fact that the arbitration clause is found in a contract of adhesion in order to demonstrate that Dumoulin should not be bound by it. Reliance on some other provisions of the law is necessary.

(5) Is the Arbitration Clause Void Because It Is Abusive?

229

Article 1437 C.C.Q. and s. 8 C.P.A. provide the basis for a judicial declaration of the nullity of an abusive clause. However, as was noted above, we are of the view that an arbitration clause cannot be said to be abusive only because it is found in a consumer contract or in a contract of adhesion. The agreement to arbitrate a consumer dispute is not inherently unfair and abusive for the consumer. On the contrary, it may well facilitate the consumer's access to justice. Therefore, the consumer that raises this ground of nullity must prove that, given the particular facts of his case, the arbitration agreement should be considered abusive. Most of the time, such proof will require testimonial evidence.

peut pas consentir véritablement au contrat et être lié par chacune de ses clauses, même si certaines d'entre elles pourraient être nulles ou sans effet par l'application de quelque autre disposition de la loi. Comme l'ont écrit J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin :

Puisque l'adhérent n'a d'autre choix que de contracter, aux termes imposés par l'autre partie, ou de ne pas contracter, la question se pose de savoir si on est en présence d'un véritable contrat, *accord des volontés* des parties. Ainsi, certains soutiennent que le contrat d'adhésion se rapproche plutôt de l'acte juridique unilatéral, le contrat étant au contraire un acte juridique bilatéral. La doctrine majoritaire est plutôt d'avis que, bien que le rôle de la volonté de l'adhérent soit réduit au minimum, c'est un véritable contrat. Cette analyse est d'autant plus défendable que le droit, par divers moyens, s'efforce de corriger les inéquités et les problèmes de consentement découlant de l'incapacité de négocier de l'adhérent . . . [En italique dans l'original.]

(Baudouin et Jobin : *Les obligations* (6^e éd. 2005), p. 79)

Nous souscrivons à la thèse défendue par la majorité des auteurs et croyons qu'il n'est donc pas suffisant pour les intimés de soulever le fait que la clause d'arbitrage se trouve dans un contrat d'adhésion pour démontrer que M. Dumoulin ne devrait pas être lié par elle. Ils doivent s'appuyer sur d'autres règles de droit.

(5) La clause d'arbitrage est-elle nulle parce qu'elle serait abusive?

L'article 1437 C.c.Q. et l'art. 8 L.p.c. servent de fondement à un jugement déclaratoire portant nullité d'une clause abusive. Or, comme nous l'avons dit, à notre avis, une clause d'arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation ou dans un contrat d'adhésion. La convention d'arbitrage d'un litige de consommation n'est pas foncièrement inéquitable et abusive pour le consommateur. Au contraire, elle peut très bien lui faciliter l'accès à la justice. Par conséquent, le consommateur qui souleve ce motif de nullité doit prouver que, compte tenu des faits particuliers en cause, la convention d'arbitrage devrait être jugée abusive. La plupart

If that is the case, the question will have to be dealt with by the arbitral tribunal, subject to the possibility for the consumer to ask for a revision of the arbitral tribunal's decision under art. 943.1 C.C.P. Such would have been the situation in the case at bar if it had not been for our conclusion regarding the applicability of art. 3149 C.C.Q.

(6) Is the Arbitration Agreement Null Because It Is an External Clause that Was Not Expressly Brought to the Attention of Dumoulin?

Generally, the question of whether the arbitration agreement is null pursuant to art. 1435, para. 2 C.C.Q. will be more appropriately left to the arbitral tribunal to decide. Although it will often be possible for a court to decide on examination of the material supporting the referral application if the arbitration agreement was contained in an external clause, it will generally not be possible to determine, on such a review, if this external clause was expressly brought to the attention of the consumer or adhering party, or if the consumer or adhering party otherwise knew of it. For that reason, a review involving testimonial evidence will often be necessary and this review is better left to the arbitral tribunal. Such would have been the situation in the case at bar if it had not been for our conclusion regarding the applicability of art. 3149 C.C.Q. *in fine*.

That said, the finding of the Court of Appeal that the arbitration clause was external because the Terms and Conditions were external is significant, given the growing frequency with which on-line contracts are made and the impact such a finding could have on e-commerce. As the position adopted by the Court of Appeal is not free from doubts, we feel compelled to state our view on the matter.

The context of e-commerce requires courts to be sensitive to a number of considerations. First, we are dealing with a different means of doing business than has heretofore been generally considered

du temps, il aura besoin pour ce faire d'une preuve testimoniale. Le cas échéant, la question devra être débattue devant le tribunal d'arbitrage, mais la décision de ce dernier pourra être révisée, à la demande du consommateur, en application de l'art. 943.1 C.p.c. C'est ce qui serait arrivé en l'espèce, n'eût été notre conclusion quant à l'applicabilité de l'art. 3149 C.c.Q.

(6) La convention d'arbitrage est-elle nulle parce qu'elle constitue une clause externe qui n'a pas été portée expressément à la connaissance de M. Dumoulin?

De façon générale, il vaut mieux laisser au tribunal d'arbitrage le soin de déterminer si la convention d'arbitrage est nulle en application de l'art. 1435, al. 2 C.c.Q. Même si, bien souvent, le tribunal pourra déterminer, après examen des documents produits à l'appui de la demande de renvoi, si la convention d'arbitrage faisait partie d'une clause externe, il ne lui sera généralement pas possible de déterminer, lors d'un tel examen, si cette clause externe a été portée expressément à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent, ou si le consommateur ou l'adhérent en a eu autrement connaissance. Pour cette raison, il sera souvent nécessaire d'examiner la preuve, y compris la preuve testimoniale, et c'est au tribunal d'arbitrage qu'il vaut mieux confier cet examen. C'est ce qui serait arrivé en l'espèce, n'eût été notre conclusion quant à l'applicabilité de l'art. 3149 C.C.Q. *in fine*.

Cela dit, la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle la clause d'arbitrage est externe parce que les conditions du contrat sont externes est importante, compte tenu du nombre croissant de contrats conclus en ligne et des répercussions que cette conclusion pourrait avoir sur le commerce électronique. Comme la position retenue par la Cour d'appel n'est pas sans soulever certains doutes, nous estimons devoir exprimer notre point de vue sur la question.

Le contexte du commerce électronique exige des tribunaux qu'ils tiennent compte d'un certain nombre de considérations. Premièrement, il s'agit d'un moyen de faire du commerce qui diffère de

230

231

232

by the courts, with terminology and concepts that may not easily, though nevertheless must be fit within the existing body of contract law. Second, as e-commerce increasingly gains a greater foothold within our society, courts must be mindful of advancing the goal of commercial certainty (see *Rudder v. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.)). Finally, the context demands that a certain level of computer competence be attributed to those who choose to engage in e-commerce. As noted by the Ontario Superior Court of Justice in *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299:

We are here dealing with people who wish to avail themselves of an electronic environment and the electronic services that are available through it. It does not seem unreasonable for persons who are seeking electronic access to all manner of goods, services and products, along with information, communication, entertainment and other resources, to have the legal attributes of their relationship with the very entity that is providing such electronic access, defined and communicated to them through that electronic format. [para. 32]

233

As a preliminary matter, the appellant raised the objection that the Court of Appeal made its own factual findings by reviewing the transcripts and appeal record in order to find that art. 1435 C.C.Q. applied. The appellant submits that the Court of Appeal erred by not remitting the case to the court below for the necessary evidentiary findings to be made since the Superior Court made no finding of fact on this issue. This submission must be rejected. The power of the Court of Appeal to make a fresh assessment of facts on the record and offer a substituted verdict can be implied from s. 10 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, which provides that the Court's power to hear appeals "shall carry with it all powers necessary to its exercise" (see also R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 201).

tout ce que les tribunaux ont généralement été appelés à examiner jusqu'à présent, un moyen où la terminologie et les concepts doivent s'inscrire dans l'ensemble des règles de droit des contrats, malgré les difficultés de cette harmonisation. Deuxièmement, comme le commerce électronique s'implante de plus en plus solidement dans notre société, les tribunaux doivent songer à favoriser l'objectif de la sécurité commerciale (voir *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont.)). Enfin, le contexte requiert que l'on prête aux personnes qui décident de se lancer dans le commerce électronique une certaine compétence informatique. Comme l'a dit la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Kanitz c. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 299 :

[TRADUCTION] Nous sommes ici en présence de gens qui souhaitent se prévaloir d'un environnement électronique et des services électroniques auxquels cet environnement leur donne accès. Il ne paraît pas déraisonnable que les attributs juridiques du rapport qui s'établit entre ceux qui cherchent un accès électronique à toute une gamme de biens, de services et de produits, ainsi qu'à l'information, à la communication, au divertissement et à d'autres ressources, et l'entité qui leur fournit cet accès électronique, soient définis et leur soient communiqués sous forme électronique. [par. 32]

À titre préliminaire, l'appelante a soulevé l'objection selon laquelle la Cour d'appel a tiré ses propres conclusions de fait en examinant les transcriptions et le dossier d'appel en vue de conclure à l'application de l'art. 1435 C.c.Q. L'appelante soutient que la Cour d'appel a eu tort de ne pas renvoyer l'affaire à l'instance inférieure pour que celle-ci tire les conclusions qui s'imposent au regard de la preuve puisque la Cour supérieure n'a tiré aucune conclusion de fait sur cette question. Cet argument doit être rejeté. Le pouvoir de la Cour d'appel de procéder à une nouvelle appréciation des faits au vu du dossier et à une substitution de verdict peut être inféré de l'art. 10 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, qui prévoit que la compétence accordée à la cour pour entendre les appels « comporte l'attribution de tous les pouvoirs nécessaires pour lui donner effet » (voir aussi R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 201).

We turn now to whether art. 1435 C.C.Q. applied in this case. Article 1435 C.C.Q. provides that external clauses are generally permitted, except in cases involving contracts of adhesion or consumer contracts, where, in order to be found valid, it must be proved that they have been brought to the party's attention or that the consumer or adhering party otherwise knew of it. The first question, then, is whether Dell's Terms and Conditions of Sale, hyperlinked to the bottom of the Configurator Page and containing the arbitration clause, constitute an external document.

The meaning of "external" is not defined in the C.C.Q.; however, both the doctrine and Quebec jurisprudence provide some insight into its meaning. Baudouin and Jobin provide a definition but they express ambivalence over whether, in general, hyperlinked documents are external within the meaning of art. 1435 C.C.Q.:

[TRANSLATION] [An external clause is] a stipulation set out in a document that is separate from the agreement or instrument but that, according to a clause of this agreement, is deemed to be an integral part of it and thus binding on the parties. . . . In a contract entered into via the Internet, the contracting party must use one or more hyperlinks to find the external clauses that govern the contract appearing on the screen; it might be asked whether these are in fact external clauses. The external clause concept needs to be clarified somewhat. For instance, a document that is appended to the contract and is immediately submitted to each party, or a stipulation found on the back of the instrument, is not an external clause. [Footnotes omitted.]

(Baudouin et Jobin: *Les obligations*, at p. 267)

The appellant's submissions were along similar lines, analogizing clicking a hyperlink on a Web page to the turning of the page of a contract in paper form. There may be some merit to this argument, but it ignores the fact that a Web page can contain several hyperlinks, which can obscure the relevant link containing important information about the consumer's legal rights.

S. Parisien provides better insight into when a hyperlinked document may be considered to have

Nous abordons maintenant la question de savoir si l'art. 1435 C.c.Q. s'appliquait en l'espèce. L'article 1435 C.c.Q. précise que la clause externe est généralement autorisée, sauf dans les cas de contrat d'adhésion ou de consommation où, pour que l'on conclue à sa validité, il faut prouver qu'elle a été portée à la connaissance de la partie ou que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. Ainsi, la première question est de déterminer si les conditions de vente établies par Dell, reliées par hyperlien au bas de la page de configuration et contenant la clause d'arbitrage, constituent un document externe.

Le sens du mot « externe » n'est pas précisé dans le C.c.Q.; cependant, la doctrine et la jurisprudence québécoises nous renseignent à ce sujet. Baudouin et Jobin en donnent une définition, mais expriment leur ambivalence quant à savoir si, en général, les documents reliés par hyperlien sont des documents externes au sens de l'art. 1435 C.c.Q. :

[La clause externe est] une stipulation figurant dans un document distinct de la convention ou de l'*instrumentum* mais qui, selon une clause de cette convention, est réputée en faire partie intégrante, et donc lier les parties [. . .] Dans les contrats conclus par internet, la partie contractante doit utiliser un ou quelques liens hypertextes pour trouver les clauses externes régissant le contrat qui apparaît à l'écran : on peut se demander s'il s'agit effectivement de clauses externes. La notion de clause externe mérite d'être quelque peu précisée. Ainsi, le document annexé au contrat et remis immédiatement à chaque partie et la stipulation inscrite au verso de l'*instrumentum* ne constituent pas des clauses externes. [Renvois omis.]

(Baudouin et Jobin : *Les obligations*, p. 267)

Les observations de l'appelante vont dans le même sens, faisant une analogie entre l'action de cliquer sur l'hyperlien d'une page Web et celle de tourner la page d'un contrat sur support papier. Bien que cet argument puisse avoir quelque fondement, il fait abstraction du fait qu'une page Web peut comporter plusieurs hyperliens et que ceux-ci peuvent cacher le lien qui mène à des renseignements importants sur les droits du consommateur.

Un commentaire de S. Parisien permet de mieux comprendre quand on peut considérer

234

235

236

237

been expressly brought to the attention of the consumer at the moment of formation of the contract: [TRANSLATION] “A hyperlink to a document that is incorporated by reference should satisfy this condition if it is functional and clearly visible”, (“La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique” in D. Poulin et al., eds., *Guide juridique du commerçant électronique* (2003), at p. 178). This is a reasonable approach to the issue; it is more realistic than a general finding that hyperlink documents are either always or never external. Applied to the facts of this case, the issue would be whether the relevant hyperlink’s location and visibility on a Web page obscures it to such an extent that it can properly be said to be external.

qu’un document relié par hyperlien a été expressément porté à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat : « [u]n lien hypertexte vers le document incorporé par référence devrait satisfaire à cette condition s’il est fonctionnel et évident » (« La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans D. Poulin et autres, dir., *Guide juridique du commerçant électronique* (2003), p. 178). Voilà une façon raisonnable d’aborder la question; cette solution est plus réaliste qu’une conclusion générale voulant que les documents liés par hyperlien soient toujours, ou jamais, externes. Si on l’applique aux faits de l’espèce, il s’agit de déterminer si, par son emplacement et sa visibilité sur la page Web, l’hyperlien en cause est caché à tel point qu’on peut affirmer à juste titre qu’il est externe.

238

It is true, as noted by the Court of Appeal, that the hyperlink to the Terms and Conditions of Sale was in smaller print, located at the bottom of the Configurator Page. The evidence was that Dell places a hyperlink to its Terms and Conditions of Sale at the bottom of every shopping page on its site. This is consistent with industry standards. In fact, this is the placement that was at the time recommended by Industry Canada’s Office of Consumer Affairs (*Your Internet Business: Earning Consumer Trust — A guide to consumer protection for on-line merchants* (1999), at p. 10). It is proper to assume, then, that consumers that were engaging in e-commerce at the time would have expected to find a company’s terms and conditions at the bottom of the Web page. In light of this, we conclude that the hyperlink to the Terms and Conditions was evident to Dumoulin. Furthermore, the Configurator Page contained a notice that the sale was subject to the Terms and Conditions of Sale, available by hyperlink, thus bringing the Terms and Conditions expressly to Dumoulin’s attention.

Il est vrai, comme l’a dit la Cour d’appel, que l’hyperlien menant aux conditions de la vente était en petits caractères en plus d’être situé au bas de la page de configuration. La preuve a démontré que Dell place un hyperlien menant aux conditions de vente au bas de chacune des pages de magasinage de son site, se conformant ainsi aux normes de l’industrie. De fait, c’est cet endroit que recommandait à l’époque le Bureau de la consommation d’Industrie Canada (*Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs — Un guide pour la protection des consommateurs à l’intention des commerces en direct* (1999), p. 10). On peut donc supposer que les consommateurs qui se livraient alors au commerce électronique se seraient attendus à trouver les conditions de vente de l’entreprise au bas de la page Web. À la lumière de ce qui précède, nous concluons que l’hyperlien vers les conditions de vente était évident pour M. Dumoulin. De plus, la page de configuration contenait un avis selon lequel la vente était assujettie aux conditions de vente, accessibles par hyperlien, les portant ainsi expressément à la connaissance de M. Dumoulin.

239

Upon clicking on the hyperlink, the first paragraph states, in block capital letters:

PLEASE READ THIS DOCUMENT CAREFULLY!
IT CONTAINS VERY IMPORTANT INFORMATION

Un simple clic sur l’hyperlien fait apparaître le premier paragraphe qui indique ce qui suit, en lettres majuscules :

VEUILLEZ LIRE LE PRÉSENT DOCUMENT
ATTENTIVEMENT! IL RENFERME DES

ABOUT YOUR RIGHTS AND OBLIGATIONS, AS WELL AS LIMITATIONS AND EXCLUSIONS THAT MAY APPLY TO YOU. THIS DOCUMENT CONTAINS A DISPUTE RESOLUTION CLAUSE.

This Agreement contains the terms and conditions that apply to your purchase from Dell Computer Corporation, a Canadian Corporation (“Dell”, “our” or “we”) that will be provided to you (“Customer”) on orders for computer systems and/or other products and/or services and support sold in Canada. By accepting delivery of the computer systems, other products and/or services and support described on the invoice, Customer agrees to be bound by and accepts these terms and conditions.

(Appellant’s Record, vol. III, at p. 381)

This warning brings the existence of the dispute resolution clause directly to the attention of the reader at the outset, and one has only to scroll down to find clause 13C, where the arbitration clause is set out to easily access all information needed about the conduct of the arbitration process. For this reason, we would reject the suggestion that the arbitration clause was buried or obscured within the Terms and Conditions of Sale. We adopt the reasoning in *Kanitz v. Rogers Cable*, at para. 31, regarding a very similar arbitration agreement located in a standard-form contract:

[The arbitration clause] is displayed just as all of the other clauses of the agreement are displayed. It is not contained within a larger clause dealing with other matters, nor is it in fine print or otherwise tucked away in some obscure place designed to make it discoverable only through dogged determination. The clause is upfront and easily located by anyone who wishes to take the time to scroll through the document for even a cursory review of its contents. The arbitration clause is, therefore, not at all equivalent to the fine print on the back of the rent-a-car contract in the *Tilden* case or on the back of the baseball ticket in the *Blue Jays* case.

Lemelin J. concluded that it was significant that the C.C.P. governing the arbitration process could be accessed only through an outside Web site. However, what is relevant is whether the arbitration

RENSEIGNEMENTS TRÈS IMPORTANTS SUR VOS DROITS ET VOS OBLIGATIONS, AINSI QUE LES LIMITES ET LES EXCLUSIONS QUI PEUVENT S’APPLIQUER À VOTRE ÉGARD. LE PRÉSENT DOCUMENT RENFERME UNE CLAUSE DE RÈGLEMENT DE CONFLITS.

La présente convention renferme les modalités qui s’appliquent aux achats que vous faites auprès de Dell Computer Corporation, société canadienne (« Dell », « notre », « nos » ou « nous ») qui vous (le « client ») seront remises avec des commandes de systèmes informatiques et (ou) d’autres produits et (ou) services et soutien vendus au Canada. S’il accepte la livraison des systèmes informatiques, des autres produits et (ou) services et soutien décrits dans la facture, le client consent à être lié par ces modalités et les accepte.

(Dossier de l’appelante, vol. III, p. 375)

D’entrée de jeu, cet avertissement porte directement à la connaissance du lecteur l’existence de la clause de règlement des conflits; le lecteur n’a plus qu’à dérouler le texte pour trouver la clause 13C, où figure la clause d’arbitrage pour accéder facilement à tous les renseignements dont il a besoin au sujet du déroulement de la procédure d’arbitrage. Pour ce motif, nous rejetons l’argument selon lequel la clause d’arbitrage était masquée ou cachée dans les conditions de la vente. Nous adoptons le raisonnement tenu dans *Kanitz c. Rogers Cable*, au par. 31, au sujet d’une convention d’arbitrage très semblable figurant dans un contrat type :

[TRADUCTION] [La clause d’arbitrage] est présentée comme toutes les autres clauses de la convention sont présentées. Elle ne fait pas partie d’une disposition plus longue traitant d’autres sujets; elle n’est pas non plus écrite en petits caractères ni autrement placée dans un endroit obscur que seule une détermination inébranlable peut amener à découvrir. La clause est bien en vue et facilement repérable par quiconque souhaite prendre le temps de dérouler le document, ne serait-ce que pour en examiner brièvement le contenu. La clause d’arbitrage ne saurait donc être assimilée à la clause en petits caractères figurant à l’endos du contrat de location de voiture de l’affaire *Tilden* ou à l’endos du billet de baseball de l’affaire *Blue Jays*.

La juge Lemelin a conclu que le fait que le C.p.c. régissant le processus d’arbitrage n’était accessible que par un site Web externe était important. Or, ce qui importe, c’est de savoir si la clause d’arbitrage

agreement itself, and not the C.C.P., was evident and accessible through the Terms and Conditions of Sale.

V. Disposition

242 For these reasons, we would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, BASTARACHE, LEBEL and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the respondents: Lauzon Bélanger, Montréal.

Solicitor for the interveners the Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic and the Public Interest Advocacy Centre: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the intervenor ADR Chambers Inc.: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitors for the intervenor ADR Institute of Canada: Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Solicitors for the intervenor the London Court of International Arbitration: Ogilvy Renault, Montréal.

elle-même, et non le C.p.c., était évidente et accessible à même les conditions de vente.

V. Dispositif

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BASTARACHE, LEBEL et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs des intimés : Lauzon Bélanger, Montréal.

Procureur des intervenants la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada et le Centre pour la défense de l'intérêt public : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante ADR Chambers Inc. : Baker & McKenzie, Toronto.

Procureurs de l'intervenante ADR Institute of Canada : Fraser Milner Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Cour d'arbitrage international de Londres : Ogilvy Renault, Montréal.