

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Seidel *c.* TELUS Communications Inc., 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531 | **Date :** 20110318  **Dossier :** 33154 |

**Entre :**

**Michelle Seidel**

Appelante

et

**TELUS Communications Inc.**

Intimée

- et -

**Barreau du Québec, Congrès d’arbitrage canadien**

**et ADR Chambers Inc.**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 51)  **Motifs conjoints dissidents :**  (par. 52 à 176) | Le juge Binnie (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Fish, Rothstein et Cromwell)  Les juges LeBel et Deschamps (avec l’accord des juges Abella et Charron) |

Seidel *c.* TELUS Communications Inc., 2011 CSC 15, [2011] 1 R.C.S. 531

Michelle Seidel *Appelante*

*c.*

TELUS Communications Inc. *Intimée*

et

Barreau du Québec, Congrès d’arbitrage canadien

**et ADR Chambers Inc.** *Intervenants*

**Répertorié :** Seidel ***c.*** TELUS Communications Inc.

2011 CSC 15

No du greffe : 33154.

2010 : 12 mai; 2011 : 18 mars.

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

en appel de la cour d’appel de la colombie‑britannique

*Protection du consommateur — Contrats — Arbitrage — Recours collectifs — Suspension d’instance — Clause du contrat du fournisseur de services de téléphonie cellulaire prévoyant la médiation et l’arbitrage privés et confidentiels et une renonciation au recours collectif — Cliente demandant à la Cour suprême de la C.-B. une injonction et un jugement déclarant que le fournisseur de services de téléphonie cellulaire s’est livré à des pratiques trompeuses et abusives — Cliente demandant une réparation pour elle-même et en tant que représentante d’une catégorie de consommateurs — Suspension d’instance accordée à la société de téléphonie cellulaire aux termes de la Commercial Arbitration Act — Business Practices and Consumer Protection Act (BPCPA) de la C.-B. déclarant nulles les ententes de renonciation aux droits, avantages et protections conférés par cette loi — La BPCPA annule-t-elle la clause d’arbitrage de sorte qu’il y a lieu de lever la suspension d’instance? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15.*

*Arbitrage — Principe de compétence‑compétence — Effet de la clause d’arbitrage sur la compétence de la cour — Contrat de services de téléphonie cellulaire comportant une clause de médiation et d’arbitrage obligatoires conclu entre la cliente et le fournisseur de services — Recours de la cliente devant la Cour suprême de la C.-B. en vue d’obtenir un jugement déclaratoire et une injonction en vertu de la British Practices and Consumer Protection Act — Qui, de la cour ou de l’arbitre, doit trancher la question de compétence? — Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, ch. 2, art. 3, 171, 172 — Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 22.*

TELUS et S ont conclu par écrit un contrat de services de téléphonie cellulaire en 2000. Une clause du contrat type prévoyait que les litiges devaient être soumis à la médiation et à l’arbitrage privés et confidentiels. Le contrat prévoyait de plus une renonciation à tout droit d’intenter un recours collectif ou d’y participer. Dans une déclaration déposée en Cour suprême de la Colombie-Britannique, S a invoqué diverses causes d’action, notamment un recours prévu par la *BPCPA*, prétendant que TELUS lui avait faussement indiqué, ainsi qu’à d’autres consommateurs, la façon dont l’entreprise calcule le temps d’antenne à des fins de facturation. Elle a demandé, en vertu des art. 171 et 172 de la *Business Practices and Consumer Protection Act* (*BPCPA*), une réparation pour ce qu’elle prétend être des pratiques trompeuses et abusives, ainsi que l’autorisation d’agir en son nom et en qualité de représentante d’une catégorie de consommateurs auxquels on aurait facturé des sommes excessives.

Dans le cadre de l’instance portant sur la demande d’autorisation d’exercer un recours collectif présentée par S, TELUS a cherché à obtenir la suspension de toutes les demandes, invoquant la clause d’arbitrage en application de l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*. Le juge de première instance a rejeté la demande de TELUS, estimant qu’il était prématuré de déterminer si l’action devrait être suspendue en attendant que la cour se prononce sur la demande d’autorisation. Appliquant le principe de compétence‑compétence, la Cour d’appel a jugé que S était liée par la clause d’arbitrage figurant dans le contrat d’adhésion à l’égard de toutes les demandes. En définitive, la Cour d’appel a accueilli l’appel et ordonné la suspension de l’action de S dans sa totalité, concluant qu’il revient à l’arbitre de déterminer les demandes qui sont assujetties à l’arbitrage et celles qui devraient être soumises à une cour.

*Arrêt* (les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli en partie et la suspension d’instance est levée relativement aux demandes fondées sur l’art. 172.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell : La *BPCPA* vise à assurer la protection des consommateurs. Elle commande donc une interprétation libérale favorable aux consommateurs. L’article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel une personne autre qu’un fournisseur peut intenter une action devant la Cour suprême en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs, peu importe que cette personne ait ou non un intérêt particulier à faire valoir ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige. Le demandeur dans ce cas est considéré à juste titre comme un défenseur de l’intérêt public. Cette conclusion est renforcée par l’art. 3 de la *BPCPA*, suivant lequel toute entente qui comporte une renonciation aux « droits, avantages ou protections » prévus par la *BPCPA* est nulle. Dans la mesure où S cherche, devant la Cour suprême, à obtenir des mesures de réparation prévues à l’art. 172 en ce qui concerne des droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*, son action doit suivre son cours malgré la clause de médiation et d’arbitrage.

La décision de restreindre ou non les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu, même un contrat d’adhésion, qui comporte une clause d’arbitrage. L’article 172 vise de toute évidence à encourager les recours d’initiative privée dans l’intérêt public. En vue de promouvoir le respect des normes de protection des consommateurs, le législateur pouvait à loisir marquer sa préférence pour la réparation et la dénonciation dans le cadre d’une action en justice très médiatisée. La législature a reconnu qu’une multiplicité de séances d’arbitrage discrètes, privées et confidentielles est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l’art. 172.

Il faut interpréter l’art. 172 de la *BPCPA* de manière textuelle, contextuelle et téléologique. Peu importe sa nature, procédurale ou substantielle, un droit prévu à l’art. 172 constitue indubitablement un « droit » conféré par la loi et on ne peut y renoncer par contrat. S possède donc, suivant la Loi, le « droit » d’intenter devant la Cour suprême son action en vue d’obtenir les mesures de réparation prévues à l’art. 172.

Pour ce qui est des plaintes subsidiaires de S, lesquelles reposent sur d’autres dispositions de la *BPCPA*, sur la *Trade Practice Act*, maintenant abrogée, ou sur la common law, la clause d’arbitrage de TELUS est valide et exécutoire. L’action intentée par S à l’égard de ces demandes devrait donc être suspendue en application de l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*.

La clause de renonciation au recours collectif ne peut être dissociée de l’ensemble de la clause d’arbitrage. Par conséquent, elle est également nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*. Si la clause émanant de TELUS est ambiguë, il faut favoriser le maintien du droit de S de s’adresser aux tribunaux conformément à la règle *contra proferentem*. Ainsi, rien n’empêche S de poursuivre sa demande d’autorisation d’un recours collectif en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l’art. 172.

Pour ce qui est des questions procédurales soulevées en l’espèce, la Colombie‑Britannique a adopté le principe de compétence‑compétence au moyen de l’application conjointe de l’art. 22 de la *Commercial Arbitration Act* et du par. 20(2) des règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC »). Sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l’arbitre sur le litige opposant S à TELUS devrait d’abord être tranchée par l’arbitre, à moins que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n’impliquant « qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier ». L’effet juridique attribué à l’art. 172 de la *BPCPA* par S est une question de droit qu’il fallait trancher en fonction des faits non contestés. C’est à juste titre que la Cour suprême de la Colombie‑Britannique a été la première à connaître de cette question, et le principe de compétence‑compétence n’a pas été violé.

*Les* juges LeBel,Deschamps, Abella et Charron (dissidents) : En l’absence d’une déclaration claire, dans laquelle la législature manifeste une intention contraire, tout litige de consommation susceptible de faire l’objet d’un arbitrage ou d’un recours collectif doit d’abord être soumis à l’arbitrage. Dans la *BPCPA*, le législateur n’exprime pas explicitement l’intention d’écarter en Colombie‑Britannique le recours à l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Par conséquent, une clause d’un contrat type relatif à des services de téléphonie cellulaire, qui impose le recours à l’arbitrage de tout différend avec le fournisseur de service, empêche l’exercice d’un recours collectif dans la province de la Colombie-Britannique.

Les tribunaux canadiens, au Québec comme dans les provinces de common law, ont admis le recours à l’arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends, et ils encouragent même son utilisation. Les tribunaux d’instance inférieure du pays n’ont pas tardé à suivre l’exemple de notre Cour. Ils ont accepté et reconnu la légitimité de l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends, et ce changement d’attitude, désormais dénuée d’hostilité envers l’arbitrage, a manifestement pris racine. Il est maintenant établi que, si une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l’arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d’ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite. L’approche qui prévaut maintenant en Colombie‑Britannique remonte à l’adoption de la *Commercial Arbitration Act*. La législation plus récente de la Colombie‑Britannique sur l’arbitrage commercial s’inspire en partie de la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international*, et la législature a clairement voulu incorporer le principe de compétence‑compétence dans sa législation relative à l’arbitrage. Toute contestation de la compétence de l’arbitre — au motif que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée — devrait d’abord être tranchée par l’arbitre. Un tribunal judiciaire ne devrait déroger à cette règle générale que si la contestation de la compétence repose sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit dont l’examen n’exige qu’une étude superficielle de la preuve documentaire au dossier, et qu’elle ne constitue pas simplement une tactique dilatoire. Cette obligation de déférence envers la compétence de l’arbitre se rattache directement au rôle du tribunal judiciaire appelé à décider, dans l’examen d’une demande de suspension d’instance, si la convention est « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée », cette expression devant recevoir une interprétation stricte. Les tribunaux judiciaires devraient donc se garder de recourir à une interprétation qui permet d’écarter le principe de compétence‑compétence et de transformer l’exception fondée sur le caractère « inopérant » de la convention en un moyen détourné dont disposerait la partie qui souhaite échapper à son application. La Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a reconnu que la législation de la province incorpore le principe de compétence‑compétence. Elle n’a pas commis d’erreur en se prononçant en ce sens. Ainsi, en l’absence de contestation de la compétence de l’arbitre fondée exclusivement sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit n’impliquant qu’un examen superficiel de la preuve au dossier, il revient à l’arbitre d’être le premier à analyser la validité ou l’existence d’une convention d’arbitrage régie par la *Commercial Arbitration Act*, et le tribunal judiciaire devrait donc suspendre l’instance.

S fait valoir que la clause d’arbitrage a pour effet de l’empêcher d’exercer les droits que lui confère la *BPCPA*. Les lois sur la protection du consommateur, comme la *BPCPA*, visent à protéger les consommateurs contre les dommages résultant de l’achat de biens ou de services qui ne respectent pas les normes prescrites. Le recours collectif joue un rôle social et juridique considérable en droit canadien. Toutefois, étant donné qu’un recours collectif n’est qu’un moyen de regrouper des réclamations individuelles, il concerne la procédure utilisée pour introduire une action. Comme l’a affirmé notre Cour, l’autorisation d’un recours collectif confère un droit procédural.  Cette autorisation ne modifie ni le droit substantiel applicable, ni les droits substantiels des parties elles‑mêmes. L’introduction d’un recours collectif ne peut attribuer à un tribunal judiciaire compétence sur un litige dont il ne pouvait se saisir en raison d’une convention d’arbitrage.

En Colombie‑Britannique, la législature n’a pas explicitement légiféré de manière à soustraire les litiges de consommation à la législation en matière d’arbitrage. S soutient néanmoins que l’arbitre n’a pas compétence pour accorder l’une ou l’autre des mesures de réparation prévues à l’art. 172 de la *BPCPA*. Selon S, seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut le faire, de sorte que le par. 172(1) lui-même crée un droit substantiel de demander à l’appareil judiciaire public de trancher un litige. L’entente visant à soumettre le présent litige à l’arbitrage constituerait donc une renonciation — contraire à l’art. 3 de la *BPCPA* — au droit substantiel de solliciter les réparations susmentionnées. Compte tenu des art. 171 et 172 ainsi que des pouvoirs conférés aux arbitres en Colombie‑Britannique, il est évident que la législature n’a pas exclu le renvoi à l’arbitrage de ces demandes. Le demandeur qui se fonde sur l’art. 172 cherche à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction. Tant l’arbitre que les tribunaux peuvent trancher une demande pécuniaire fondée sur l’art. 171, et l’important en l’espèce, c’est que le décideur possède le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire ou une injonction, les réparations mêmes qu’envisage l’art. 172. De façon générale, on reconnaît que, dans l’exercice de leur compétence sous le régime des lois en matière d’arbitrage, les arbitres possèdent le pouvoir de rendre les ordonnances que pourraient rendre les tribunaux judiciaires. Mais la législation de la Colombie‑Britannique va plus loin, en accordant explicitement aux arbitres de larges pouvoirs de réparation. L’arbitre qui tire sa compétence de la *Commercial Arbitration Act*, et de ce fait des règles du BCICAC, possède lui aussi de larges pouvoirs de réparation, y compris celui de prononcer des injonctions et d’ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity, et l’arbitre peut donc, sauf en cas d’entente contraire des parties, prononcer le jugement déclaratoire et l’injonction sollicités par S sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA*.

L’accès à la justice est protégé tant par les vastes pouvoirs dévolus aux arbitres que par la possibilité, pour le représentant, d’exercer un recours sous le régime de la *BPCPA*. Les consommateurs tiers ne seraient pas liés par l’ordonnance de l’arbitre, mais TELUS le serait. Il n’existe aucune obligation de garder confidentielle la décision arbitrale elle-même, dans laquelle serait prévue la réparation sollicitée par S si cette dernière a gain de cause. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner à un fournisseur, en l’espèce TELUS, d’informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle. Une telle ordonnance remplirait un objectif d’ordre public. Les vastes pouvoirs de réparation dévolus aux arbitres leur permettent d’accorder cette réparation publique.

La désignation, à l’art. 172, de la Cour suprême de la Colombie‑Britannique comme instance où des demandes peuvent être introduites ne confère pas à cette cour la compétence exclusive de trancher ces demandes en vertu de cet article. Cette mention de la Cour suprême vise à préciser que c’est la Cour suprême, et non la Cour provinciale, qui peut rendre des jugements déclaratoires et accorder des injonctions. En outre, l’usage du mot « peut » dans cet article révèle encore plus clairement l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question. En édictant l’art. 172, la législature a permis non seulement au directeur et à toute autre personne qui sollicite des ordonnances au nom de l’ensemble des consommateurs de poursuivre les demandes, mais elle a aussi autorisé le traitement de ces demandes en vertu des règles d’arbitrage. La législature a ainsi fourni un moyen d’obtenir le même jugement déclaratoire ou la même injonction à l’encontre d’un fournisseur par le recours au régime privé de règlement des différends que par l’exercice d’un recours collectif. Cette façon de faire ne peut qu’être bénéfique pour l’accès à la justice.

Tout argument fondé sur la thèse voulant que le principe d’accès à la justice exige que les actions fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* prennent la forme d’un recours collectif s’avère sans fondement. L’accès à la justice est préservé par l’arbitrage sans qu’il soit nécessaire de procéder par voie de recours collectif. L’arbitre peut accorder, à l’encontre de TELUS, les réparations prévues à l’art. 172 de la *BPCPA*. La convention d’arbitrage entre S et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l’art. 3 de la *BPCPA* confère à S. L’article 172 de la *BPCPA* désigne simplement l’instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu’offre l’art. 3. Il n’exclut pas explicitement la possibilité pour d’autres tribunaux, comme les tribunaux d’arbitrage, d’avoir compétence en la matière.

Il faut toujours examiner au cas par cas, en tenant compte des faits pertinents, la question de savoir si une clause d’arbitrage se trouvant dans un contrat de consommation est inéquitable ou abusive. Au Canada, les tribunaux judiciaires ont laissé à la discrétion des législatures le soin de déterminer s’il convient ou non de soumettre une catégorie particulière de différends à l’arbitrage. La législature de la Colombie-Britannique demeure libre de remédier à toute injustice ou difficulté qui paraîtrait résulter de l’insertion de clauses d’arbitrage dans des contrats de consommation. Les législatures du Québec, de l’Ontario et de l’Alberta ont jugé bon de modifier leur législation en matière de protection du consommateur et choisi d’interdire ou de limiter la renonciation au recours collectif et l’insertion de clauses d’arbitrage dans les contrats régis par leurs lois sur la protection du consommateur. La législature de la Colombie‑Britannique a fait son choix en incorporant la *Convention* *pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères* et la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international* dans sa législation interne et en omettant d’adopter des dispositions limitant expressément les clauses d’arbitrage et les renonciations aux recours collectifs en matière de consommation. Elle a fait un autre choix, celui d’investir les arbitres de vastes pouvoirs de réparation. Notre Cour doit respecter ces choix.

**Jurisprudence**

Citée par le juge Binnie

**Arrêts mentionnés :** *Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans‑fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc*., 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Smith c. Cie d’assurance générale Co-operators*, 2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129; *ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328; *Co‑operators Compagnie d’assurance‑vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102.

Citée par les juges LeBel et Deschamps (dissidents)

*MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Rogers Sans‑fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178; *Horton c. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee c. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons c. Ossett Corp*., [1912] 3 K.B. 257; *Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; *Johnston c. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp.*(1903), 5 O.L.R. 544; *Cayzer, Irvine and Co. c. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269; *Brand c. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412; *Altwasser c. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46; *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300; *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568, inf. par (1971), 21 D.L.R. (3d) 568, conf. par [1975] 2 R.C.S. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565; *Vancouver c. Brandram‑Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700; *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144; *Vinette Construction Ltée c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62; *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428; *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Ville* *de* *Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971; *Sport Maska Inc. c. Zittrer*, [1988] 1 R.C.S. 564; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc*., 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295; *Automatic Systems Inc. c. Bracknell Corp.*(1994), 12 B.L.R. (2d) 132; *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc*. (1994), 125 Sask. R. 286; *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219; *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, inf. par [1997] 1 R.C.S. 5; *Condominiums Mont St‑Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113; *R. c. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. c. St. Lawrence Cement Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 712; *British Columbia Government and Service Employees’ Union c. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737; *Dawson (City) c. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205; *Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc*., 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226; *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171; *No. 363 Dynamic Endeavours Inc. c. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359; *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*(1992), 87 D.L.R. (4th) 129; *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374; *Scherk c. Alberto‑Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151, conf. par (2006), 80 O.R. (3d) 533, conf. par 2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679; *Ting c. AT&T*, 319 F.3d 1126 (2003); *Szetela c. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002).

**Lois et règlements cités**

*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 18.

*Business Practices and Consumer Protection Act*,S.B.C. 2004, ch. 2, art. 1(1) « *consumer* », « *consumer transaction* », « *supplier* », 3, 4 « *deceptive act or practice* », 5, 8, 9, 10(2), 171, 172, 173, 189, 190, 192.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1)d), 13, 41.

*Code civil du Bas Canada*, art. 13.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3149.

*Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C‑25, art. 940.1, 943, 943.1, 943.2.

*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 15, 22, 23, 29.

*Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, ch. 3, art. 15.

*Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F‑2, art. 16.

*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 233.

*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I‑21, art. 44*h*).

*Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A., art. 7, 8, 100.

*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.

*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P‑40.1.

*Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C‑42, art. 37.

*Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15, art. 23.

*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2), 1988*, S.B.C. 1988, ch. 46, art. 11.

*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 379.

*Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 430, art. 3.

*Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 443, art. 15.

*Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457, art. 3, 4(3)b), e), 18(3).

**Traités et autres instruments internationaux**

*Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 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, 16.

**Doctrine citée**

Bachand, Frédéric. « Should No‑Class Action Arbitration Clauses Be Enforced? », in Arthur W. Rovine, ed., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers 2008*. Leiden, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 2009, 153.

British Columbia International Commercial Arbitration Centre. *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure*. Vancouver : The Centre, 1998.

Bromfield, Heather. « The Denial of Relief : The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements » (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315.

Casey, J. Brian, and Janet Mills. *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure*. Huntington, N.Y. : Juris, 2005.

Colombie‑Britannique. Law Reform Commission. *Report on Arbitration*. Vancouver : The Commission, 1982.

Côté, Pierre‑André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Earle, Wendy J. *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts*. Toronto : Thomson, 2005 (loose‑leaf updated 2008, release 2).

Fortier, L. Yves. « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143.

Glover, J. Maria. « Beyond Unconscionability : Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements » (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735.

*Lawyers’ Arbitration Letters 1980‑1989*. Ardsley‑on‑Hudson, N.Y. : Transnational Juris, 1990.

Little, Andrew D. « Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs* » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 356.

McEwan, J. Kenneth, and Ludmila B. Herbst. *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2009, release 4).

Mingie, Christine J. *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide*. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2004.

Mustill, Michael J., and Stewart C. Boyd. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2nd ed. London : Butterworths, 1989.

Saumier, Geneviève. « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape » (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.

Sternlight, Jean R., and Elizabeth J. Jensen. « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions : Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? » (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75.

Thuilleaux, Sabine. *L’arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Newbury, Tysoe et Neilson), 2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, [2009] 5 W.W.R. 466, 68 C.P.C. (6th) 57, 267 B.C.A.C. 266, 450 W.A.C. 266, 304 D.L.R. (4th) 564, [2009] B.C.J. No. 469 (QL), 2009 CarswellBC 608, qui a infirmé une décision du juge Masuhara, 2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372, 295 D.L.R. (4th) 511, [2008] B.C.J. No. 1347 (QL), 2008 CarswellBC 1490. Pourvoi accueilli en partie, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron sont dissidents.

Arthur M. Grant et Bruce W. Lemer, pour l’appelante.

Robert S. Anderson, c.r., Sean Hern et Nicholas T. Hooge, pour l’intimée.

Babak Barin, Gaston Gauthier et Frédéric Côté, pour l’intervenant le Barreau du Québec.

Ivan G. Whitehall, c.r., et Alejandro Manevich, pour l’intervenant le Congrès d’arbitrage canadien.

Barry Leon, Andrew de Lotbinière McDougall et Daniel Taylor, pour l’intervenante ADR Chambers Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Rothstein et Cromwell rendu par

1. Le juge Binnie — Le présent pourvoi concerne un différend qui découle d’un contrat de services de téléphonie cellulaire entre TELUS Communications Inc. (« TELUS ») et une de ses clientes, l’appelante Mme Seidel. Rédigé par TELUS, le contrat prévoyait que [traduction] « [t]out différend, toute controverse ou toute réclamation [. . .] feront l’objet d’une médiation privée et confidentielle ». À défaut d’un règlement, le litige sera alors soumis à un [traduction] « arbitrage privé, confidentiel et final ». TELUS affirme que la médiation et l’arbitrage constituent des mécanismes de résolution des différends privés, peu coûteux, rapides et efficaces selon des règles dont les parties elles-mêmes ont convenu. Malgré ces dispositions, Mme Seidel a déposé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une déclaration exposant diverses plaintes dont certaines reposent sur des droits, avantages ou protections conférés par la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 («*BPCPA* »). Elle soutient que cette loi ayant pour objet la protection des consommateurs est rédigée de manière à remédier aux méfaits décrits ci-dessous par le juge Sharpe, de la Cour d’appel de l’Ontario :

[traduction] La préférence déclarée du vendeur pour l’arbitrage n’est souvent rien de plus qu’une façon d’éviter d’être tenu responsable de fautes multiples donnant lieu à de petites pertes pécuniaires, qui ne peuvent faire l’objet de poursuites individuelles, mais qui, ensemble, peuvent faire l’objet d’un recours collectif viable [. . .] Lorsque les litiges de consommation sont renvoyés à l’arbitrage par un organisme comme le NAF, qui vend ses services à des entreprises, les consommateurs sont souvent victimes de la partialité de l’arbitre, qui favorise l’entreprise, son client important et régulier . . .

(*Griffin c. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29, 98 O.R. (3d) 481, par. 30)

1. La décision de restreindre ou non les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation revient à la législature. En l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion. Le présent pourvoi soulève la question importante de savoir si la législature a exprimé, dans la *BPCPA*, la volonté d’intervenir dans les rapports commerciaux pour libérer les consommateurs de leur engagement contractuel de soumettre leur éventuel litige à une médiation ou à un arbitrage « priv[é] et confidenti[el] » et, si oui, dans quelles circonstances.
2. Mes collègues les juges LeBel et Deschamps tentent de soutenir que le pourvoi porte sur la question de savoir s’il faut considérer les arbitres comme des « décideurs de deuxième ordre » (par. 55), et de dépeindre les personnes avec qui ils sont en désaccord comme les adeptes d’un « courant d’hostilité vis-à-vis l’arbitrage » (par. 101). Avec égards, j’estime qu’il ne revient pas à la Cour de promouvoir ou de critiquer l’arbitrage privé et confidentiel; il revient à la Cour de donner effet à l’intention exprimée par la législature dans les dispositions de ses lois.
3. C’est à bon droit que la *BPCPA* a été soumise à l’examen des juridictions inférieures plutôt qu’à l’examen d’un arbitre en première instance malgré l’adoption du principe de compétence-compétence en Colombie-Britannique, parce qu’elle met en cause une question de compétence relative à des faits non contestés sur laquelle un tribunal devait rendre une décision faisant autorité (voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 84‑86).
4. L’article 172 de la *BPCPA* prévoit un recours suivant lequel [traduction] « une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi, ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême » en vue de faire respecter les normes relatives à la protection des consommateurs. Suivant l’art. 3 de la *BPCPA*, toute entente qui comporte une renonciation aux [traduction] « droits, avantages ou protections » prévus par la *BPCPA* est « nulle ». Selon moi, dans la mesure où Mme Seidel cherche, devant la Cour suprême, à obtenir des mesures de réparation prévues à l’art. 172 en ce qui concerne des [traduction] « droits, avantages ou protections » conférés par la *BPCPA*, son action doit suivre son cours malgré la clause de médiation et d’arbitrage. Cette conclusion vise ses demandes de jugement déclaratoire et d’injonction et, si elle a gain de cause, la réparation accessoire sous forme de restitution aux consommateurs de toute somme d’argent obtenue par TELUS en contravention de la *BPCPA*.
5. Les raisons qui m’amènent à cette conclusion sont simples. L’article 172 confie un mandat aux défenseurs des intérêts des consommateurs et à toute autre personne, et ce, qu’ils soient ou non personnellement « touchés » d’une façon ou d’une autre par une [traduction] « opération commerciale ». L’article 172 vise la personne qui « intent[e] [l’]action ». Il précise que la poursuite doit être engagée « devant la Cour suprême ». La législature veut clairement appuyer et élargir les efforts que le directeur nommé en vertu de la *BPCPA* déploie pour appliquer des normes provinciales en matière de pratiques équitables de consommation en s’assurant le concours d’un grand nombre de poursuivants privés agissant de leur propre chef. En cette période de budgets gouvernementaux serrés et de complexification des contrats visant la fourniture de biens ou de services, on peut comprendre que la législature ait retenu cette approche. Un recours devant la Cour suprême entraîne une certaine notoriété et, advenant une décision favorable, conduit à une dénonciation publique, deux objectifs que l’[traduction] « arbitrage privé, confidentiel et final » ne permettrait pas d’atteindre.
6. Étant donné ses origines contractuelles, la justice rendue par le recours à l’arbitrage privé a forcément une portée limitée. Comme le reconnaît la *BPCPA*, certains types de réparation ne peuvent être accordés que par une cour supérieure. Par conséquent, dans la mesure où les plaintes de Mme Seidel s’appuient sur l’art. 172 de la *BPCPA* (et seulement dans cette mesure), elles ne peuvent faire l’objet d’une renonciation en vertu d’une clause d’arbitrage et l’action intentée par Mme Seidel peut, selon moi, suivre son cours. Pour ce qui est des plaintes subsidiaires de Mme Seidel, lesquelles reposent sur d’autres dispositions de la *BPCPA*, sur la *Trade Practice Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 457 («*TPA*»), maintenant abrogée, ou sur la common law, la clause d’arbitrage de TELUS est valide et exécutoire. La poursuite de Mme Seidel devrait donc être suspendue à l’égard de ces demandes en application de l’art. 15 de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 («*CAA*»).
7. D’entrée de jeu, il convient de signaler deux questions que le présent arrêt *ne* tranche *pas*. Premièrement, il va de soi que le bien‑fondé des plaintes de Mme Seidel contre TELUS n’est présumé susceptible d’être établi que pour les besoins de la présente demande. Nous ne supposons pas que les allégations seront prouvées, et encore moins concluons que TELUS a commis l’acte qu’on lui reproche. Deuxièmement, le recours de Mme Seidel prend la forme d’un recours collectif à l’égard duquel elle demande l’autorisation. Le présent pourvoi ne concerne que son recours individuel. La question de savoir s’il faut autoriser le recours collectif en ce qui concerne les demandes visées à l’art. 172 devra être tranchée par les tribunaux de la Colombie‑Britannique, qui ne se sont pas encore penchés sur cet aspect du litige.
8. La Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a suspendu toutes les demandes de Mme Seidel — tant celles qui reposent sur la *BPCPA* que les autres. Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi en partie de façon à permettre que la demande d’autorisation relative aux demandes fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* suive son cours. Pour le reste, il y a lieu de rejeter le pourvoi.

# I. Faits

1. TELUS et Mme Seidel ont conclu par écrit un contrat de services de téléphonie cellulaire en 2000. Dans une déclaration datée du 21 janvier 2005, Mme Seidel prétend que TELUS lui a faussement indiqué ainsi qu’à d’autres consommateurs comment l’entreprise calculait le temps d’antenne à des fins de facturation. Elle demande réparation pour ce qu’elle prétend être des pratiques trompeuses et abusives contraires à l’art. 3, aux al. 4(3)b) et 4(3)e) de la *TPA* et aux art. 4 et 5 ainsi qu’à l’al. 8(3)b) et à l’art. 9 de la *BPCPA* (déclaration, par. 11‑12). Elle sollicite les réparations prévues aux art. 171 et 172. De plus, comme je l’ai déjà dit, elle demande, en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 («*CPA*»), l’autorisation d’agir en son nom et en qualité de représentante d’une catégorie de consommateurs auxquels on aurait facturé des sommes excessives.
2. Je fais abstraction des demandes de Mme Seidel fondées sur la *TPA*; ces demandes sont clairement assujetties à la convention d’arbitrage et la cour n’en est donc pas saisie. Toutefois, pour ce qui est de l’art. 172 de la *BPCPA*, elle sollicite en vertu de l’al. 172(1)a) un jugement déclarant que TELUS s’est livrée à des pratiques de commerce trompeuses et abusives. Elle sollicite également, en vertu de l’al. 172(1)b), une injonction provisoire ainsi qu’une injonction permanente interdisant à TELUS de se livrer à de telles pratiques, de même que, en application de l’al. 172(3)a), une ordonnance de restitution des sommes d’argent que TELUS a obtenues, dit‑elle, en contrevenant à la *BPCPA*, et une comptabilisation exacte.
3. En 2007, dans le cadre de l’instance portant sur la demande d’autorisation d’exercer un recours collectif présentée par Mme Seidel, TELUS a cherché à obtenir la suspension de l’action, invoquant la clause d’arbitrage en application de l’art. 15 de la *CAA*. Pour ce faire, elle s’est appuyée sur les arrêts de notre Cour dans *Dell*et *Rogers Sans‑fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921, dans lesquels des procédures d’autorisation de recours collectifs engagées au Québec ont été suspendues en attendant l’issue d’un arbitrage relatif à des différends avec des consommateurs. Selon TELUS, Mme Seidel doit d’abord soumettre la totalité de sa plainte, y compris les demandes fondées sur la *BPCPA*, à l’arbitrage, comme il est prévu dans le contrat de service. Suivant le principe de compétence-compétence, l’arbitre déterminera les questions, s’il en est, qui sont exclues de sa compétence et qui peuvent par conséquent être soumises aux tribunaux (m.i., par. 30).
4. Malheureusement, le contrat initial intervenu en 2000 contenant la clause d’arbitrage sur laquelle TELUS s’appuie est introuvable. Toutefois, le contrat de 2003 a été déposé en preuve et il contient la clause d’arbitrage suivante (une clause quasi identique figure dans le contrat renouvelé en 2004) :

[traduction]

15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d’un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur — sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu’il découle des causes suivantes ou qu’il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou un produit ou un service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l’objet d’une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n’arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l’arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l’origine comme médiateur. L’une ou l’autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d’intenter un recours collectif, ou d’y participer, à l’encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité. . .  [Je souligne; d.a., p. 83.]

La dernière phrase de cet extrait de la clause d’arbitrage est censée porter renonciation à tout droit que Mme Seidel pourrait avoir d’intenter un recours collectif ou d’y participer. On soutient au nom de TELUS que cette phrase constitue une entente distincte — distincte de la clause d’arbitrage qui la précède — qui demeure en vigueur même si pour le reste, la clause est déclarée nulle en ce qui concerne les recours fondés sur l’art. 172. Suivant cet argument subsidiaire, l’action individuelle intentée par Mme Seidel sur le fondement de l’art. 172 pourrait suivre son cours, mais une clause contractuelle interdirait à Mme Seidel de présenter une demande visant à faire autoriser cette action en tant que recours collectif. Comme nous le verrons, je suis d’avis de rejeter également cet argument de TELUS.

# II. Historique judiciaire

# A. *Cour suprême de la Colombie‑Britannique (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; le juge Masuhara)*

1. Le juge des requêtes a conclu qu’on ne saurait considérer que l’arrêt *Dell* a établi un critère d’application générale. Selon lui, cet arrêt portait sur des dispositions propres au Québec et ne devrait pas être accepté comme précédent ayant pour effet d’infirmer la jurisprudence antérieure de la Colombie‑Britannique, plus particulièrement l’arrêt *MacKinnon c.* *National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (« *MacKinnon 2004*»). Dans *MacKinnon 2004*, la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a estimé qu’une convention d’arbitrage ne devrait être considérée comme « inopérante » au sens de l’art. 15 de la *CAA* que si un recours collectif est autorisé aux termes de la *CPA* parce qu’il constitue la [traduction] « meilleure procédure » (al. 4(1)d)), et qu’il est prématuré de décider si l’action devrait être suspendue en attendant que la cour se prononce sur la demande d’autorisation. La Cour d’appel a donc renvoyé la demande de suspension d’instance au juge chargé de la gestion de l’instance pour qu’il l’examine de nouveau lors de l’analyse de la demande d’autorisation du recours collectif. Appliquant le raisonnement adopté dans *MacKinnon 2004*, le juge Masuhara a rejeté la demande de TELUS visant la suspension de la procédure d’autorisation (par. 84).

# B. *Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212; le juge Tysoe (le juge en chef Finch et les juges Rowles, Newbury et Neilson ont souscrit à ses motifs))*

1. La Cour d’appel a instruit l’affaire *Seidel* en même temps que l’affaire connexe *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (« *MacKinnon 2009*»). L’appel a été accueilli dans *Seidel*. Dans *MacKinnon 2009*, l’appel aurait aussi été accueilli si la cour n’avait pas conclu que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée s’appliquait. L’appel dans cette affaire a donc été rejeté.
2. Il s’agissait essentiellement de déterminer si l’arrêt *Dell* de notre Cour avait effectivement eu pour effet d’infirmer l’arrêt antérieur *MacKinnon 2004* de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique.
3. À cette fin, dans *MacKinnon 2009*, la Cour d’appel a examiné la question de savoir si les lois régissant la procédure d’arbitrage au Québec pouvaient être distinguées de la *CAA* de la Colombie‑Britannique. Elle a conclu qu’étant donné que les deux textes législatifs découlaient de la *Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (la « Convention de New York »), et de la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I (« Loi type »), toute différence, le cas échéant, était de nature technique et non substantielle.
4. Pour ce qui est des dispositions de la *BPCPA* interdisant la renonciation à des [traduction] « droits, avantages ou protections », la Cour d’appel a estimé que, dans la mesure où la clause d’arbitrage constitue une renonciation, il s’agit d’une renonciation à s’adresser à un organe décisionnel, mais que les organes décisionnels (en tant que tels) ne sont pas visés par la protection qu’offre l’art. 3 de la *BPCPA*, qui ne concerne que les droits substantiels des consommateurs. La Cour d’appel a donc appliqué l’arrêt *Dell* et jugé que l’appelante était liée par la clause d’arbitrage figurant dans le contrat d’adhésion à l’égard de toutes les demandes (*MacKinnon 2009*, par. 69‑72).
5. Dans *Seidel*, la Cour d’appel a également conclu, compte tenu du principe de compétence-compétence qui fait partie intégrante du droit de la C.‑B., qu’il revient à l’arbitre d’examiner si la convention d’arbitrage se trouvait dans le contrat initial, et de déterminer les demandes qui sont assujetties à l’arbitrage et celles qui devraient être soumises à une cour (par. 28‑34).
6. En définitive, la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a ordonné la suspension de l’action de Mme Seidel dans sa totalité.

# III. Dispositions législatives pertinentes

1. *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2

[traduction]

**Nullité de la renonciation non autorisée aux droits**

**3** Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

. . .

**Pratiques abusives**

**8** (1) Une pratique abusive d’un fournisseur peut survenir avant, pendant ou après l’opération commerciale.

(2) La cour tient compte de toutes les circonstances dont le fournisseur avait ou aurait dû avoir connaissance lorsqu’elle décide si une pratique est abusive.

(3) Sans limiter la portée du paragraphe précédent, la cour tient compte notamment des circonstances suivantes :

a) le fournisseur a exercé des pressions indues sur le consommateur ou le garant pour qu’il conclue l’opération commerciale;

b) le fournisseur a profité de l’incapacité du consommateur ou du garant de défendre raisonnablement ses intérêts du fait d’une infirmité physique ou mentale, de son ignorance, de son analphabétisme, de son âge, de son inaptitude à comprendre la nature ou le libellé de l’opération commerciale, ou de tout autre élément lié à l’opération;

c) au moment où l’opération a été conclue, le prix total était outrageusement supérieur au prix payé pour des choses similaires dans le cadre d’opérations analogues par des consommateurs semblables qui peuvent facilement les obtenir;

d) soit qu’au moment où l’opération a été conclue, il était raisonnablement improbable que le consommateur paie le prix total;

e) les conditions auxquelles le consommateur a conclu l’opération commerciale étaient si sévères ou contraires à ses intérêts qu’elles sont injustes;

f) une circonstance prévue par la loi.

*. . .*

**Dommages-intérêts**

**171** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne, autre qu’une personne visée aux alinéas a) à e), qui a subi un préjudice ou une perte en raison d’une infraction à la présente loi ou à ses règlements, peut intenter une action contre :

a) le fournisseur,

b) une agence d’évaluation de crédit, au sens de l’article 106 *[définitions]*,

c) un collecteur, au sens de l’article 113 *[définitions]*,

d) un huissier, un agent de recouvrement ou un administrateur de dettes, au sens de l’article 125 *[définitions]*,

e) une personne tenue de détenir une licence sous le régime de la partie 9 *[Licences]*

qui a commis l’infraction ayant causé le préjudice ou la perte ou qui y a acquiescé.

. . .

**Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales**

**172** (1) Le directeur ou une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d’obtenir :

a) un jugement déclarant qu’un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l’être, ou une pratique qu’il utilise, ou est sur le point d’utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

. . .

(3) Si la Cour accueille l’action sous le régime du paragraphe (1), elle peut ordonner

a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l’égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d’une contravention à la présente loi ou à ses règlements;

b) si l’action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;

c) que le fournisseur informe le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

*Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55

[traduction]

**15** (1) Si une partie à une convention d’arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l’arbitrage, une partie à l’instance peut, avant ou après avoir comparu et avant d’avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l’instance, demander au tribunal de suspendre l’instance.

(2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l’instance à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

. . .

**22** (1) Sauf entente contraire des parties à l’arbitrage, les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s’appliquent à l’arbitrage.

(2) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec les dispositions d’une loi régissant un arbitrage visé par la présente loi, ou sont contraires à celles‑ci, les dispositions de la loi régissant l’arbitrage s’appliquent.

(3) Si les règles visées au paragraphe (1) sont incompatibles avec la présente loi ou contraires à celle‑ci, cette dernière s’applique.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50

[traduction]

**4** (1) Le tribunal saisi d’une demande visée à l’article 2 ou 3 certifie qu’il s’agit d’un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

a) les actes de procédure révèlent une cause d’action;

b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;

c) les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes, que ces questions communes prévalent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;

d) le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes;

e) il y a un représentant des demandeurs qui :

(i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) a préparé un plan pour l’instance qui propose un moyen efficace de faire avancer l’instance au nom du groupe et d’aviser les membres du groupe de l’instance,

(iii) n’a pas de conflit d’intérêts avec d’autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes du groupe.

(2) Pour déterminer si le recours collectif est la meilleure procédure pour le règlement juste et efficace des questions communes, le tribunal examine toutes les questions pertinentes, notamment les questions suivantes :

a) si les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe prévalent sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement;

b) si un nombre important de membres du groupe ont valablement intérêt à mener individuellement la poursuite d’une action distincte;

c) si le recours collectif comporte des demandes faisant ou ayant fait l’objet d’autres instances;

d) si les autres moyens de résoudre les demandes sont moins pratiques ou moins efficaces;

e) si l’administration du recours collectif créerait ou non des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d’autres moyens.

. . .

**13**  Le tribunal peut à tout moment, aux conditions qu’il estime appropriées, suspendre une instance connexe au recours collectif.

*Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* du British Columbia International Commercial Arbitration Centre, modifiées le 1er juin 1998 (« règles du BCICAC »)

[traduction]

**20. 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.

(2) La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n’entraîne pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle‑ci peut faire l’objet d’une déclaration expresse de nullité.

(3) Toute objection visant à contester la compétence du tribunal arbitral à l’égard d’une action ou d’une demande reconventionnelle doit être soulevée dans la défense initiale ou la défense produite en réponse à la demande reconventionnelle. Le tribunal peut examiner une objection formulée tardivement s’il estime que le retard est justifié.

(4) Le fait pour une partie d’avoir désigné un arbitre ou d’avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de contester la compétence du tribunal arbitral.

# IV. Analyse

1. L’accès à la justice constitue la question fondamentale dans le présent pourvoi. Tant l’appelante que l’intimée prétendent en être les défenseurs. Selon TELUS, la médiation et l’arbitrage traduisent les valeurs que représentent la liberté contractuelle et la liberté des individus d’organiser leurs affaires comme ils l’entendent. Un consommateur peut poursuivre une plainte qui ne justifierait pas une procédure judiciaire plus coûteuse.
2. Les avantages de l’arbitrage commercial ont été reconnus et accueillis favorablement par notre Cour dans une série d’arrêts récents concernant surtout des affaires québécoises, non seulement dans *Dell* et *Rogers Sans‑fil*, mais également dans *Bisaillon c. Université Concordia*,2006 CSC 19,[2006] 1 R.C.S. 666; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178. Voir également S. Thuilleaux, *L’arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé* (1991), p. 5, et F. Bachand, « Should No‑Class Action Arbitration Clauses Be Enforced? », dans A. W. Rovine, dir., *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation : The Fordham Papers 2008* (2009), 153, p. 162.
3. Néanmoins, du point de vue de la *BPCPA*, il ne fait guère de doute que l’[traduction] « arbitrage privé, confidentiel et final » freinera au lieu de favoriser la publicité à grande échelle visant les pratiques de commerce trompeuses ou abusives (et, par conséquent, la prévention de celles‑ci). Il est manifestement loisible à une législature de faire appel à des consommateurs en qualité de partenaires compétents en matière d’application de la loi, qui agissent de manière autonome par rapport à l’appareil bureaucratique officiel dans ce domaine, et de juger que la meilleure solution réside non pas dans un règlement alternatif des différends « privé et confidentiel » derrière des portes closes, mais dans une procédure judiciaire éminemment publique et très médiatisée.
4. Laissant momentanément de côté la Colombie‑Britannique, signalons que plusieurs autres provinces sont intervenues dans les rapports commerciaux en assujettissant les clauses d’arbitrage figurant dans les contrats de consommation à des restrictions plus ou moins importantes, notamment le Québec dans la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, ch. 56, à l’art. 2, l’Ontario dans la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A, aux art. 7, 8 et 100, et l’Alberta dans la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F‑2, à l’art. 16 qui soumet les clauses d’arbitrage à l’approbation du ministre.
5. Pour résumer, il appartient à la Cour de déterminer en l’espèce si, selon les règles d’interprétation législative, l’art. 172 de la *BPCPA* contient une restriction de cette nature et, dans l’affirmative, quelle en est la portée et l’effet sur l’action de Mme Seidel. Nous devons aussi décider, sur le plan procédural, qui, de la cour ou de l’arbitre, doit être le premier à trancher ces questions.

# A. *Il faut respecter le principe de compétence-compétence*

1. Il est utile d’examiner d’abord la question procédurale.
2. La Colombie‑Britannique a adopté le principe de compétence‑compétenceau moyen de l’application conjointe de l’art. 22 de la *CAA* et du par. 20(2) des règles du BCICAC, des dispositions analogues à celles de la Convention de New York et de la Loi type. Par conséquent, [traduction] « [l]a loi et les règles d’arbitrage de la plupart des institutions accordent au tribunal arbitral le pouvoir d’établir la juridiction compétente » : voir J. B. Casey et J. Mills, *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005), p. 147.
3. Je suis d’accord avec mes collègues les juges LeBel et Deschamps (par. 114) pour dire que, dans ces circonstances, sauf exception établie par le législateur, toute contestation de la compétence de l’arbitre sur le litige opposant Mme Seidel à TELUS devrait d’abord être tranchée par l’arbitre, à moins que la contestation ne fasse intervenir une pure question de droit ou une question mixte de fait et de droit n’impliquant « qu’un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier » (*Dell*, par. 85). Voir aussi *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of* *British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 37‑38.
4. L’effet juridique attribué à l’art. 172 de la *BPCPA* par Mme Seidel est une question de droit qu’il fallait trancher en fonction des faits non contestés. C’est donc à juste titre que la Cour suprême de la Colombie‑Britannique a été la première à connaître de cette question. Le principe de compétence‑compétence n’a donc pas été violé.

B. *La question de fond : l’art. 172 de la BPCPA l’emporte‑t‑il sur la disposition d’un contrat de consommation relative à la médiation et à l’arbitrage?*

1. Dans la pratique, il faut, pour répondre à cette question, déterminer si la renonciation figurant dans la clause d’arbitrage de TELUS est nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*, que je reproduis à nouveau ci‑dessous par souci de commodité :

[traduction]

**3** Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

Selon moi, cette disposition signifie que, dans la mesure où elle vise à retirer des droits, avantages ou protections accordés par la *BPCPA*, la clause d’arbitrage est invalide, et, dans cette mesure, Mme Seidel conserve son recours individuel sous le régime de la *BPCPA* devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique. Si la clause d’arbitrage est ainsi déclarée invalide, les dispositions de la *CAA* relatives à la suspension d’instance ne sont d’aucun secours pour TELUS. Toutefois, le droit légal d’intenter une poursuite devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique n’est prévu qu’à l’art. 172. Comme nous l’avons vu, la déclaration de Mme Seidel contient diverses prétentions et demandes fondées sur différentes lois et causes d’action. Ce n’est que dans la mesure où son recours se fonde sur l’art. 172 de la *BPCPA* que la disposition dérogatoire de l’art. 3 lui permettra d’échapper à la clause d’arbitrage à laquelle elle a consenti dans le contrat conclu avec TELUS.

(1) Les « droits, avantages ou protections » conférés par l’art. 172

1. Pour plus de commodité, je reproduis de nouveau l’art. 172. Il est intitulé [traduction] « Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales ». Il vise de toute évidence à encourager les recours d’initiative *privée* dans l’intérêt *public* :

[traduction]

**Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales**

**172** (1) Le directeur ou une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d’obtenir :

a) un jugement déclarant qu’un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l’être, ou une pratique qu’il utilise, ou est sur le point d’utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

. . .

(3) Si la cour accueille l’action sous le régime du paragraphe (1), elle peut ordonner

a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l’égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d’une contravention à la présente loi ou à ses règlements;

b) si l’action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;

c) que le fournisseur informe le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

Il convient de souligner que le recours en dommages‑intérêts de l’art. 171 ne peut être intenté que par [traduction] « la personne [. . .] qui a subi un préjudice », alors que le recours de l’art. 172 peut être exercé par pratiquement toute personne ([traduction] « une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige »). Le fait que ces personnes n’agissent pas nécessairement dans leur intérêt personnel (vu l’absence d’exigence à cet égard) fait ressortir ce qu’est le recours prévu à l’art. 172 : une mesure d’intérêt *public*. En ouvrant la porte à l’intervention de poursuivants privés dans l’intérêt public, on augmente considérablement l’efficacité potentielle de la Loi, ce qui favorise le respect des normes qu’elle établit en vue de protéger les consommateurs. La législature a de toute évidence voulu qu’il soit loisible à la Cour suprême d’empêcher les fournisseurs ayant contrevenu à la *BPCPA* de faire subir à quelque consommateur que ce soit le comportement fautif reproché (ce type d’ordonnance étant du ressort exclusif des tribunaux judiciaires) plutôt que de restreindre la partie de l’interdiction à un plaignant en particulier (comme dans le cas d’un arbitrage « privé » et « confidentiel » prévu par contrat privé).

(2) Il faut interpréter l’art. 172 de la *BPCPA* de manière textuelle, contextuelle et téléologique

1. Le libellé de la loi favorise l’interprétation de Mme Seidel. Les termes performatifs de l’art. 3 ([traduction] « droits, avantages ou protections ») ont une portée large et générale. TELUS soutient (ce à quoi souscrivent mes collègues les juges LeBel et Deschamps — voir le par. 136 de leurs motifs) que le droit d’[traduction] « intenter une action devant la Cour suprême », prévu à l’art. 172, est uniquement un droit procédural. Avec égards, cette qualification n’est d’aucun secours pour TELUS. Peu importe sa nature — procédurale ou substantielle —, il s’agit indubitablement d’un « droi[t] » ou « avantag[e] » conféré par la loi. Si la législature avait eu l’intention d’établir à l’art. 3 de la *BPCPA* des distinctions entre les « droits, avantages ou protections » procéduraux et ceux de nature substantielle, elle aurait très bien pu le faire, mais ce n’est pas la voie qu’elle a choisie. La loi accorde à MmeSeidel le « droit » de déposer sa plainte à la Cour suprême. Mes collègues les juges LeBel et Deschamps ont atténué le sens de l’expression « droits, avantages ou protections » de façon à en exclure les droits procéduraux. Je ne vois aucune raison de modifier ainsi la *BPCPA*.
2. Mes collègues s’arrêtent ensuite au mot « peut » figurant à l’art. 172, lequel prévoit qu’une personne [traduction] « peut intenter une action devant la Cour suprême ». À leur avis, cela démontre « l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question » (par. 154). Avec égards, « peut » indique simplement l’intention évidente de laisser à quelqu’un (en particulier une personne non touchée par une opération commerciale) le choix de se plaindre ou non. En quoi cela pourrait-il constituer une obligation? Mais la chose à retenir sur le plan législatif est que, *s*’il faut intenter une action fondée sur l’art. 172, il faut l’intenter devant la Cour suprême.
3. Il ressort également de la structure de l’art. 172 que la législature de la C.‑B. savait fort bien qu’en matière de consommation, les jugements déclaratoires et les injonctions sont les recours les plus efficaces pour défendre les intérêts des consommateurs en général et dissuader les fournisseurs de commettre des actes fautifs. Dans bien des cas, l’octroi de dommages‑intérêts est une forme moins utile de réparation compte tenu des faibles sommes en jeu. Ainsi, à l’art. 172, l’ordonnance enjoignant au fournisseur de [traduction] « restitu[er] » des sommes d’argent ou des biens est une mesure accessoire conditionnelle à ce que le demandeur ait obtenu un jugement déclaratoire ou une injonction qui, contrairement à une décision arbitrale, serait exposé sur la place publique avec motifs exhaustifs à l’appui. Sur ce point, mes collègues affirment (par. 152) qu’un arbitre peut rendre une ordonnance qui « remplirait l’objectif d’ordre public » de la disposition de la *BPCPA* autorisant une cour supérieure à enjoindre au fournisseur

[traduction] [d’informer] le public, de manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article. [al. 172(3)c)]

Bien que notre Cour ne soit pas saisie de la validité d’une pareille ordonnance éventuelle, je crois que TELUS aurait un motif légitime de s’y opposer. Certes, les arbitres de la C.‑B. disposent de pouvoirs de réparation assez larges, mais il est aussi vrai que, dans l’exercice de ces pouvoirs, l’arbitre est tenu de respecter l’entente contractuelle intervenue entre les parties quant au caractère « privé » et « confidentiel » de l’arbitrage. (En fait, toute la thèse de mes collègues repose censément sur le respect de l’intention des parties.) Je doute qu’il soit loisible à Mme Seidel ou à TELUS de transformer un arbitrage privé et confidentiel en une dénonciation publique de l’autre partie sous le couvert d’une procédure d’exécution. L’arbitre n’est point une cour de justice, et le contrat interdit aux parties de le traiter comme tel.

1. Pour ce qui est du contexte législatif, l’art. 172 est une mesure d’intérêt public (qui s’applique, que la personne qui s’autoproclame partie demanderesse soit ou non [traduction] « touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige ») alors qu’il n’en est pas ainsi de l’art. 171 (selon lequel la partie demanderesse doit être [traduction] « la personne [. . .] qui a subi un préjudice ou une perte »). La différence concernant l’intérêt personnel (ou l’absence d’intérêt personnel) que doit avoir le demandeur n’est guère le fruit du hasard. L’article 171 confère un droit d’action privé. Pour sa part, l’art. 172 considère le demandeur comme un défenseur de l’intérêt public cherchant à braquer les projecteurs sur des allégations de mauvaise conduite commerciale, et la cour doit respecter l’intention exprimée par le législateur à cet article. L’issue du présent pourvoi repose sur le sens de l’art. 172 de la *BPCPA*, et non sur des hypothèses générales relatives à l’opportunité de l’arbitrage commercial.
2. Quant à l’objectif de la *BPCPA*, cette dernière vise uniquement à assurer la protection des consommateurs. Elle commande donc une interprétation libérale favorable aux consommateurs : *Smith c. Cie d’assurance générale Co‑operators*, 2002 CSC 30, [2002] 2 R.C.S. 129, et *ACS Public Sector Solutions Inc. c. Courthouse Technologies Ltd.*, 2005 BCCA 605, 48 B.C.L.R. (4th) 328. L’arbitrage discret, privé et confidentiel est susceptible de nuire aux objectifs de politique générale de l’art. 172 puisque les consommateurs d’un produit donné ont peu de possibilité de rejoindre d’autres consommateurs pour partager leur expérience et leurs doléances, et obtenir réparation dans le cadre d’une action en justice très médiatisée.

(3) L’arbitrage privé contrecarre l’atteinte des objectifs de l’art. 172

1. Lorsque nous considérons l’objectif législatif sous un angle encore plus général, nous constatons que les raisons habituellement invoquées pour justifier les arbitrages privés sont plutôt incompatibles avec l’atteinte de l’objet de l’art. 172. Par contre, les arbitrages privés sont fort avantageux pour TELUS. Par exemple, [traduction] « [d]e réels avantages découlent d’une convention d’arbitrage qui garantit la confidentialité du processus, évite que le différend soit rendu public et assure la confidentialité des renseignements délicats ou des précédents nuisibles » (W. J. Earle, *Drafting ADR and Arbitration Clauses for Commercial Contracts* (feuilles mobiles), p. 2-13 à 2-14). Tous les objectifs susmentionnés — la confidentialité, l’absence de précédent faisant autorité et le fait d’éviter « que le différend soit rendu public » — sont tout à fait logiques du point de vue de TELUS, mais chacun d’entre eux nuit à l’application efficace de l’art. 172 de la *BPCPA*.

(4) L’arbitrage privé ne permet pas d’obtenir les réparations énoncées à l’art. 172

1. Selon l’al. 29(1)k) des règles du BCICAC, un arbitre peut rendre des [traduction] « injonctions et ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity ». Mes collègues les juges LeBel et Deschamps concluent, pour cette raison, que « [l]’arbitre peut donc [. . .] prononcer le jugement déclaratoire et l’injonction sollicités par Mme Seidel sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA*» (par. 148). Toutefois, il est difficile de nier que les arbitres, qui tirent leur compétence d’un contrat intervenu entre les parties à l’instance, ne peuvent prononcer une ordonnance qui lierait des tiers, ou que seules les cours supérieures de justice ont le pouvoir de prononcer des jugements déclaratoires et des injonctions exécutoires contre tous. Or, Mme Seidel sollicite non pas des réparations applicables uniquement à elle et à TELUS, mais des réparations applicables à tous, y compris TELUS. Même si cette dernière se conforme à toute ordonnance rendue en ce qui concerne Mme Seidel, elle peut agir comme auparavant à l’égard de ses clients qui ne sont pas parties à l’arbitrage et qui ne sont donc pas touchés par l’issue de celui‑ci. Parallèlement, une décision favorable à TELUS au sujet de la plainte de Mme Seidel n’aurait pas valeur de précédent dans le cas d’éventuels arbitrages portant sur cette plainte ou des plaintes semblables.
2. En bref, l’art. 172 permet d’obtenir des réparations dont la portée et l’efficacité diffèrent de celles susceptibles d’être accordées par un arbitre et constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage. Contrairement aux législateurs québécois et ontarien, qui ont décidé d’interdire les arbitrages portant sur des réclamations de consommateurs, ou au législateur albertain, qui rend les clauses d’arbitrage en la matière sujettes à l’approbation du ministre, le législateur de la C.-B. a choisi de faire en sorte que seuls certains types de réclamation soient réservés aux tribunaux, et de laisser les parties s’entendre sur la manière de régler les autres. Selon moi, les tribunaux sont tenus de donner effet à ce choix législatif.

C. *Cette décision n’est pas incompatible avec les arrêts Dell et Rogers Sans-fil de notre Cour*

1. Dans *Dell* et l’arrêt connexe *Rogers Sans‑fil*, notre Cour a rejeté, en raison de clauses d’arbitrage, la tentative de certains consommateurs d’engager des recours collectifs au Québec dans des litiges relatifs à des contrats de fourniture de produits. L’issue de ces arrêts se fonde sur la législation québécoise. Dans *Dell*, la juge Deschamps a dit ce qui suit au nom des juges majoritaires : « [l]e présent pourvoi s’inscrit dans le cadre du débat sur la place de l’arbitrage dans le système québécois de justice civile » (par. 2 (je souligne)). Elle a indiqué qu’il s’agissait plus particulièrement de déterminer si les clauses d’arbitrage figurant dans les contrats de consommation devaient être écartées en raison de l’art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. La majorité a conclu que l’art. 3149 n’aide pas les consommateurs parce qu’il ne s’applique que « dans les situations comportant un élément d’extranéité pertinent qui justifie le recours aux règles du droit international privé québécois » (par. 12). Les juges minoritaires étaient d’avis que l’art. 3149 permettait effectivement aux consommateurs d’éviter l’arbitrage parce que « [l]es 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 » (par. 202). L’affaire *Rogers Sans‑fil* (une autre affaire québécoise) a été tranchée conformément à *Dell*. Les particularités du *Code civil du Québec* n’entrent pas du tout en jeu en Colombie‑Britannique. La législation québécoise de l’époque ne contenait aucune disposition analogue à l’art. 172 de la *BPCPA*, qui soumet certains recours légaux à la compétence d’un organe décisionnel particulier.
2. Dans le contexte qui nous occupe, il faut simplement retenir de *Dell* et de *Rogers Sans‑fil* que, pour déterminer si et dans quelle mesure la liberté des parties de soumettre un litige à l’arbitrage est restreinte par la loi, il faut procéder à un examen attentif de la loi de l’instance où les consommateurs mécontents ont intenté leur action. *Dell* et *Rogers Sans‑fil* posent le principe, comme l’avait fait *Desputeaux*, selon lequel il y a lieu d’appliquer la clause d’arbitrage *en l’absence de disposition contraire de la loi*.

D. *Les réclamations de Mme Seidel fondées sur l’art. 172 peuvent-elles prendre la forme d’un recours collectif?*

1. J’ai conclu que la loi permet à Mme Seidel de faire valoir devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique le droit que lui confère l’art. 172. Il s’agit maintenant de savoir si, comme elle le souhaite, son action peut prendre la forme d’un recours collectif ou si elle doit s’adresser individuellement à la cour. Les tribunaux de la Colombie‑Britannique n’ont pas traité cette question étant donné qu’ils se sont attachés exclusivement à l’examen de la demande de suspension d’instance de TELUS, et donc de la question de savoir s’il y avait lieu (à l’instar du juge des requêtes) de la rejeter ou (à l’instar de la Cour d’appel) de l’accueillir.
2. La clause d’arbitrage, rappelons‑le, prévoit non seulement que les litiges sont [traduction] « soumis à l’arbitrage privé, confidentiel et final », mais elle ajoute qu’« [e]n acceptant ce qui précède, [les signataires] renonce[nt] à tout droit [qu’ils pourraient] avoir d’intenter un recours collectif, ou d’y participer, à l’encontre de TELUS ». Il a été soutenu que, même si le volet *arbitrage* est jugé invalide en raison de l’art. 3, la *renonciation concomitante* à d’éventuels recours collectifs, qui figure dans la même clause, demeure valide et exécutoire.
3. Mme Seidel fait valoir que de telles renonciations sont toujours abusives. S’appuyant sur des décisions américaines, elle fait remarquer qu’[traduction] « un nombre important de tribunaux, plus particulièrement des tribunaux des États de Californie et d’Illinois ainsi que la 9th Circuit Court, estiment que les conventions d’arbitrage préalable au litige sont abusives, surtout lorsque s’y ajoute une renonciation à exercer tout recours collectif » (m.a., par. 88). Point n’est besoin en l’espèce de déterminer si les renonciations de ce genre sont abusives (et je n’ai pas l’intention de le faire) parce que, selon moi, du point de vue de l’interprétation des contrats, la renonciation au recours collectif ne peut être dissociée de l’ensemble de la clause d’arbitrage et, prise dans son ensemble, elle est nulle selon l’art. 3 de la *BPCPA*.
4. La clause émanant de TELUS est rédigée de façon à rendre la renonciation au recours collectif tributaire de la clause d’arbitrage. Les termes employés indiquent clairement que c’est uniquement en raison de la convention d’arbitrage que les consommateurs excluent les recours collectifs. Les termes [traduction] « [e]n acceptant ce qui précède » établissent le lien entre les deux engagements. Ce qui précède (la clause d’arbitrage) constitue le fondement de la suite (la renonciation au recours collectif). Si la clause d’arbitrage est invalide en raison de l’art. 3 de la *BPCPA*, et j’estime que c’est le cas, la renonciation au recours collectif qui en est tributaire l’est également. La nature unitaire de la clause est renforcée dans une certaine mesure par son titre : [traduction] « Arbitrage » et non « Arbitrage et renonciation au recours collectif ».
5. J’estime que le libellé de la clause est clair. Toutefois, si la clause émanant de TELUS est ambiguë, il faut favoriser le maintien du droit de Mme Seidel de s’adresser aux tribunaux conformément à la règle *contra proferentem*. « L’ambiguïté est le fait du rédacteur, qui doit en assumer les conséquences » : *Co‑operators Compagnie d’assurance‑vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 25; voir également *ACS Public Sector Solutions*, par. 50, le juge Donald. Voici en outre ce qu’indique notre Cour dans *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102 : « . . . c’est d’autant plus vrai lorsque la clause se trouve dans un contrat type imprimé, fréquemment appelé contrat d’adhésion, qu’une partie présente à l’autre comme fondement de leur convention » (p. 108).
6. Le contrat n’empêche donc pas Mme Seidel de poursuivre sa demande d’autorisation d’un recours collectif en ce qui concerne ses réclamations fondées sur l’art. 172.
7. Il a été fait mention de l’al. 41a) de la *CPA*, qui fait obstacle à l’exercice d’un recours collectif lorsqu’une action peut être intentée par un représentant. Toutefois, en vertu de la *BPCPA*, seul le directeur peut intenter une action de ce genre. Mme Seidel ne peut pas le faire. Bien que les défenseurs des droits des consommateurs puissent intenter des actions même s’ils n’ont pas subi de préjudice, ils ne peuvent le faire en qualité de représentants aux termes de la *BPCPA*. Cette règle doit être mise en contraste avec le par. 18(3) de la *TPA*, maintenant abrogé, qui permettait aux consommateurs d’intenter des actions en qualité de représentants. L’alinéa 41a) de la *CPA* ne fait donc pas obstacle à la demande d’autorisation de recours collectif de Mme Seidel.

# V. Dispositif

1. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie et de lever la suspension des procédures en ce qui concerne les demandes présentées par Mme Seidel sur le fondement de l’art. 172. Elle peut poursuivre la demande d’autorisation de recours collectif à cet égard. En revanche, je suis d’avis de confirmer la suspension en ce qui concerne ses autres demandes qui peuvent, si elle y donne suite, être soumises à l’arbitrage. Le dispositif susmentionné pourrait occasionner la bifurcation des recours en cas d’arbitrage, mais une telle issue s’accorde avec le choix du législateur de la Colombie‑Britannique d’assortir l’art. 172 de limites aussi étroites.
2. Étant donné que Mme Seidel obtient en grande partie gain de cause, je suis d’avis de lui accorder ses dépens devant notre Cour et les juridictions inférieures, y compris ses dépens relatifs à la demande d’autorisation d’appel à notre Cour. La suspension des procédures soulève des questions bien différentes, ayant peu de rapport avec le bien‑fondé de sa demande. Les dépens lui sont donc accordés quelle que soit l’issue finale du litige.

Version française des motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendus par

1. Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) — Afin de favoriser et d’améliorer l’accès à la justice, et d’accroître l’efficacité de ressources judiciaires limitées, les législatures ont mis en place de nouveaux moyens procéduraux destinés à modifier l’action en justice traditionnelle ou à offrir des voies alternatives à celle-ci. Ces nouvelles voies incluent les recours collectifs et l’arbitrage, tous deux approuvés par notre Cour. Les consommateurs en Colombie‑Britannique peuvent déjà s’adresser à un arbitre ou à un tribunal judiciaire pour régler leurs différends, selon les stipulations du contrat intervenu. Dans ce dossier, le contrat de consommation prévoit, en cas de litige, le recours exclusif à l’arbitrage, un mécanisme d’accès à la justice dont l’efficacité est reconnue depuis longtemps par les tribunaux canadiens. Par conséquent, il s’agit plutôt dans la présente affaire de déterminer si l’accès à la justice signifie et exige l’accès à un juge.
2. En l’espèce, notre Cour doit déterminer si une clause d’un contrat de consommation type relatif à des services de téléphonie cellulaire, qui impose le recours à l’arbitrage de tout différend avec le fournisseur de service, empêche l’exercice d’un recours collectif dans la province de la Colombie‑Britannique. À notre avis, la législature de la Colombie‑Britannique, dans sa législation interne portant sur l’arbitrage, a fait un choix clair en incorporant la *Convention pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3 (la « Convention de New York »), et la *Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985), ann. I (« Loi type »). En l’absence d’une déclaration claire, dans laquelle la législature manifeste une intention contraire, tout litige de consommation susceptible de faire l’objet d’un arbitrage ou d’un recours collectif doit d’abord être soumis à l’arbitrage.
3. Au Canada, le concept d’accès à la justice ne comprend plus seulement l’accès au système judiciaire public. Dans le passé, les juges se montraient réticents à abandonner leur mainmise sur la résolution des litiges. Ils estimaient même que le règlement alternatif des différends ne respectait pas les impératifs de la protection des droits des parties. Cette ère est révolue. Il appartient à la législature, et non aux tribunaux, de limiter l’accès aux mécanismes alternatifs de résolution des différends. Contrairement à plusieurs autres provinces, la Colombie‑Britannique n’a pas assujetti la résolution des litiges de consommation à un régime procédural unique. Au contraire, elle a maintenu la possibilité de recourir à l’arbitrage et a permis aux arbitres d’exercer de vastes pouvoirs de réparation, sous réserve de la convention des parties à un litige. Vu la structure actuelle de la législation de la Colombie‑Britannique en matière de protection des consommateurs, le renvoi à l’arbitrage d’un différend entre un consommateur et son fournisseur de services de téléphonie cellulaire respecte en tout point les importants objectifs d’ordre public de protection des consommateurs, de défense de leurs droits et de facilitation de l’accès à la justice.
4. Notre collègue le juge Binnie conçoit la présente affaire d’une manière assez différente de l’approche adoptée par les parties. Il ne cherche pas d’abord à déterminer si la clause d’arbitrage convenue par les parties au présent litige est inopérante, le point sur lequel les tribunaux de la Colombie‑Britannique ont fondé leurs décisions et à l’égard duquel l’autorisation d’appel a été accordée; il s’attache plutôt à l’interprétation des art. 3 et 172 de la *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2 (« *BPCPA* »). Selon le juge Binnie, l’art. 172 découle de la décision du législateur d’accorder à la Cour suprême de la Colombie‑Britannique le pouvoir exclusif de rendre des jugements déclaratoires, des injonctions et d’autres ordonnances en equitydont la renonciation est interdite par l’art. 3. À notre avis, une telle interprétation constitue un retour en arrière inexplicable à un temps où les tribunaux exerçaient un monopole sur la prise des décisions et où les arbitres étaient traités comme des décideurs de deuxième ordre. Cette interprétation fait complètement abstraction de l’état actuel du droit en Colombie‑Britannique, où les arbitres disposent de pouvoirs étendus, analogues à ceux des tribunaux, de connaître des actions intentées par des représentants et de rendre des ordonnances en equity.
5. Nous ne saurions admettre que, dans la *BPCPA*, le législateur exprime explicitement l’intention d’écarter en Colombie‑Britannique le recours à l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends fondés sur cette loi. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer ainsi la suspension de l’instance pour laisser la procédure d’arbitrage convenue par contrat entre les parties suivre son cours.

# I. Faits

1. En 2000, l’appelante, Michelle Seidel, est devenue une cliente des services de téléphonie cellulaire de l’intimée TELUS Communications Inc. Les parties n’ont pas retrouvé le contrat initial entre Mme Seidel et TELUS, si de fait elle en a signé un. On ne peut donc établir de façon concluante si le contrat initial contenait une clause d’arbitrage.
2. Toutefois, lorsque Mme Seidel a renouvelé son entente de service avec TELUS en 2003, elle a signé un contrat qui renfermait la clause d’arbitrage suivante :

[traduction]

15. ARBITRAGE : Tout différend, toute controverse ou toute réclamation (de nature contractuelle ou délictuelle, en vertu de la loi ou d’un règlement, ou autrement, passé, présent ou futur — sauf en ce qui concerne la perception par TELUS Mobilité de toute somme auprès de vous) qu’il découle des causes suivantes ou qu’il y soit lié : a) la présente entente; b) un téléphone ou le service; c) des déclarations verbales ou écrites, ou des publicités ou promotions concernant la présente entente ou un produit ou un service; d) les relations qui découlent de la présente entente (y compris les relations avec les tiers qui ne sont pas parties), (chacune étant, individuellement, une « réclamation ») feront l’objet d’une médiation privée et confidentielle devant un seul médiateur choisi par les parties à leurs frais conjoints. Si les parties n’arrivent pas à un règlement après une médiation de bonne foi, le litige sera alors soumis à l’arbitrage privé, confidentiel et final de la même personne qui a été choisie à l’origine comme médiateur. L’une ou l’autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. En acceptant ce qui précède, vous renoncez à tout droit que vous pouvez avoir d’intenter un recours collectif, ou d’y participer, à l’encontre de TELUS Mobilité, en ce qui concerne toute réclamation et, le cas échéant, vous convenez, par les présentes, de vous retirer de tout recours collectif autrement intenté contre TELUS Mobilité. . . [d.a., p. 83]

En 2004, Mme Seidel a une fois de plus renouvelé son contrat avec TELUS. Le formulaire de renouvellement précisait que les modalités du contrat de renouvellement de 2004 complétaient les stipulations du contrat existant, qui continuaient à s’appliquer.

1. Le 21 janvier 2005, Mme Seidel a intenté un recours collectif contre TELUS, alléguant qu’il y avait eu rupture de contrat et que TELUS s’était livrée à des pratiques trompeuses et abusives, en contravention de la *BPCPA*. Pour l’essentiel, Mme Seidel prétend que TELUS facture illégalement du temps à ses clients pour les appels entrants à partir du moment où le demandeur communique avec le réseau de TELUS, mais avant que le client réponde à l’appel. On affirme que le temps de connexion et le temps de sonnerie sont aussi facturés. Selon Mme Seidel, TELUS ne peut facturer légalement que des frais de [traduction] « temps d’antenne », aussi désigné « temps d’émission ». Aucune demande d’autorisation de recours collectif n’a été entendue jusqu’à présent.
2. Mme Seidel sollicite les réparations suivantes : un jugement déclarant que TELUS s’est livrée à des pratiques de commerce trompeuses et abusives, des dommages‑intérêts, y compris des dommages‑intérêts punitifs et exemplaires, une ordonnance prévoyant la restitution des sommes d’argent que TELUS a obtenues en contravention de la *BPCPA*, une reddition de compte au sujet des sommes dues, ainsi qu’une injonction provisoire et une injonction permanente interdisant à TELUS de se livrer aux pratiques prétendument trompeuses et abusives. Toutes ces mesures de réparation se fondent sur la *BPCPA*.

# II. Historique judiciaire

1. Pour situer en contexte les décisions des tribunaux d’instance inférieure, il importe d’abord de décrire sommairement le régime juridique en place lorsqu’elles ont été rendues. Les tribunaux ont statué à plusieurs reprises sur la question de savoir si la procédure d’autorisation d’un recours collectif devrait primer une convention d’arbitrage.

# A. *MacKinnon c. National Money Mart Co., 2004 BCCA 473, 50 B.L.R. (3d) 291 (« MacKinnon 2004 »)*

1. Dans *MacKinnon 2004*, une formation de cinq juges de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a dû décider si une clause d’arbitrage dans un contrat de consommation devenait « inopérante » lorsqu’un recours pour rupture de contrat est intenté dans le but d’obtenir sa certification comme recours collectif.
2. L’auteure de l’arrêt unanime de la Cour d’appel, la juge Levine, a conclu à l’existence d’un conflit d’application entre la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« *CPA* »), et la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (« *CAA »*). En effet, selon la *CPA*, le tribunal doit autoriser un recours collectif lorsque toutes les conditions prévues à la loi sont réunies, mais il est aussi tenu de renvoyer l’affaire à l’arbitrage en vertu de la *CAA*, sauf en cas de nullité ou d’inopérabilité de la convention d’arbitrage. Autrement dit, les dispositions impératives des deux lois [traduction] « signifient que l’arbitrage et le recours collectif ne peuvent suivre leur cours simultanément à l’égard du même litige » (par. 53).
3. La juge Levine a rejeté la méthode d’interprétation en plusieurs étapes défendue par Money Mart suivant laquelle la demande de suspension fondée sur la *CAA* devait être examinée avant la demande d’autorisation présentée sous le régime de la *CPA.*  En raison notamment des questions de politique juridique relatives à l’emploi des contrats d’adhésion type et au recours à l’arbitrage pour résoudre les litiges de consommation, la juge Levine a élaboré une approche reconnaissant l’importance des deux régimes législatifs. Elle a ensuite conclu que, lorsqu’un tribunal estime que le recours collectif est la [traduction] « meilleure procédure » pour résoudre le litige, la convention d’arbitrage devient inopérante (al. 4(1)d) *CPA*).

# B. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801*

1. En juillet 2007, notre Cour a rendu les arrêts *Dell* et *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35, [2007] 2 R.C.S. 921, qui concernent les rapports entre les clauses d’arbitrage et les recours collectifs sous le régime du *Code civil du Québec,* L.Q. 1991, ch. 64 (« *CcQ* »), et du *Code de procédure civile*,L.R.Q., ch. C-25 (« *Cpc* »). Selon TELUS, ces arrêts jettent un doute sur la validité de *MacKinnon 2004*. En conséquence, le 23 juillet 2007, TELUS a présenté une demande de suspension en application de l’art. 15 de la *CAA*, soutenant que la clause d’arbitrage devrait primer le recours collectif projeté. À l’appui de cette demande, TELUS a déposé l’affidavit d’un avocat québécois, selon lequel il n’existe aucune différence substantielle entre les lois du Québec et celles de la Colombie‑Britannique en matière d’arbitrage et de recours collectifs.
2. Rendu dans le contexte d’une demande d’autorisation d’un recours collectif, *Dell* traite de la question de la priorité entre l’arbitre et le tribunal judiciaire : lequel d’entre eux devrait en premier lieu statuer sur la validité et l’applicabilité d’une convention d’arbitrage? Après un examen approfondi de la doctrine internationale et québécoise, les juges majoritaires ont confirmé la primauté du principe de compétence‑compétence et énoncé le critère général applicable :

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 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. [par. 84‑85]

Un tribunal judiciaire ne devrait donc statuer sur une contestation portant sur la compétence de l’arbitre que dans les cas où le débat porte sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit qui n’implique qu’un examen superficiel de la preuve au dossier et qui peut être tranchée de façon expéditive.

1. Dans le cas de l’interaction entre une clause d’arbitrage et un recours collectif, les juges majoritaires dans *Dell* ont concentré leur attention sur la nature procédurale du recours collectif. La possibilité de recourir à un mécanisme procédural particulier ne saurait modifier les droits substantiels dont ont convenu les parties à un contrat. Par conséquent, lorsque des parties contractantes conviennent de renvoyer à l’arbitrage leurs éventuels différends relatifs au contrat, elles créent un droit substantiel. S’appuyant sur l’arrêt *Bisaillon c. Université Concordia*,2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, la majorité a conclu que la décision d’intenter un recours collectif ne saurait conférer à un tribunal le pouvoir de connaître d’un litige lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le lui permettraient pas. Il en est ainsi parce qu’en choisissant par contrat de renvoyer ces réclamations à l’arbitrage, les parties ont créé un droit substantiel qui écarte la compétence du tribunal judiciaire.
2. Les juges minoritaires dans *Dell* étaient dissidents pour d’autres motifs. Ils ont convenu, au sujet du principe de compétence-compétence, qu’« il s’agit d’une règle qui établit une priorité chronologique selon laquelle les arbitres doivent les premiers pouvoir statuer sur leur compétence » (par. 163). Ils ont également accepté « qu’une méthode discrétionnaire préconisant le recours à l’arbitre dans la plupart des cas servirait mieux l’intention claire du législateur de favoriser le processus arbitral et son efficacité, tout en préservant le pouvoir fondamental de surveillance de la Cour supérieure » (par. 176). Ils ont aussi admis que, si un tribunal judiciaire n’a pas au départ compétence pour statuer sur un différend, dans les cas par exemple où les parties ont choisi de soumettre leur différend à l’arbitrage, ce tribunal n’acquiert pas compétence parce qu’il est saisi d’une demande d’autorisation d’un recours collectif (par. 150).
3. En plaidoirie, on a mis l’accent en l’espèce sur le fait que *Dell* repose sur l’interprétation des dispositions du *CcQ* et du *Cpc* relatives à l’arbitrage et au recours collectif. On a soutenu, pour ce motif, que le raisonnement de la Cour dans cet arrêt ne s’applique pas à l’extérieur de la province de Québec. Bien qu’il soit vrai que *Dell* porte sur l’interprétation de la législation québécoise, cette dernière régissait les arbitrages commerciaux internes. La question clé alors débattue demeurait celle des rapports entre l’arbitrage et les recours judiciaires individuels. Les lois québécoises en matière d’arbitrage ne reflétaient pas seulement la tradition civiliste : elles ont plutôt pris pour modèle des instruments internationaux en matière d’arbitrage, la Loi type et la Convention de New York. Le critère général adopté dans *Dell* à propos des contestations de la compétence arbitrale dans ce contexte tient compte de ces documents internationaux et de leur interprétation. L’approche retenue dans cet arrêt pour déterminer si un arbitre a la compétence requise, et plus particulièrement l’adoption du principe de compétence‑compétence, n’est pas propre au Québec.

# C. *La Cour suprême de la Colombie‑Britannique (2008 BCSC 933, 85 B.C.L.R. (4th) 372; le juge Masuhara)*

1. Revenons sur le présent pourvoi. La demande de suspension de TELUS a été débattue devant le juge Masuhara, chargé de la gestion de l’instance. La principale question qu’il devait régler était celle de savoir si, au Québec et en Colombie‑Britannique, les critères juridiques portant sur l’autorisation des recours collectifs et l’établissement de la compétence des arbitres étaient à toutes fins utiles identiques. La réponse à cette question dicte ultimement la portée des arrêts *Dell* et *Rogers* en Colombie‑Britannique. Selon le juge Masuhara, d’après l’arrêt *Dell*, l’arbitre doit décider si la clause d’arbitrage est valide avant que le tribunal ne considère la question de savoir s’il y a lieu d’autoriser un recours collectif. Il était en outre d’avis que, si ce raisonnement s’applique aux provinces de common law, la valeur de l’arrêt *MacKinnon 2004* comme précédent serait sujette à caution.
2. Le juge Masuhara a conclu qu’il n’existait aucune différence substantielle entre les approches respectives des deux provinces en matière de recours collectif. Il a toutefois relevé trois différences principales dans les régimes d’arbitrage qui, selon lui, au par. 75, interdisaient de conclure que le « critère québécois » énoncé dans *Dell*, s’appliquait également en Colombie‑Britannique. Premièrement, le renvoi automatique à l’arbitrage souffre de plus larges exceptions sous le régime du par. 15(2) de la *CAA* que sous celui de l’art. 940.1 du *Cpc* du Québec. Deuxièmement, la *CAA* n’accorde pas expressément aux arbitres le pouvoir de trancher des questions touchant leur compétence. Suivant les termes clairs de l’art. 15 de la *CAA*, ces questions ressortent exclusivement à la cour. Troisièmement, la *CAA* ne prend pas modèle sur la Convention de New York et la Loi type, et elle ne contient pas de dispositions, comme celles relevées dans la législation québécoise, qui écartent en termes exprès la compétence des tribunaux judiciaires.
3. Au cas où il se serait trompé, et que *Dell* s’appliquerait en Colombie‑Britannique, le juge Masuhara a examiné son effet sur la demande de suspension de TELUS. Le juge Masuhara n’était pas convaincu que l’arrêt *Dell* écartait l’arrêt *MacKinnon 2004*. D’abord, le « critère québécois » énoncé dans *Dell* n’avait pas d’incidence sur la question soulevée par la demande de TELUS : la question de savoir si la cour avait le pouvoir d’ordonner la suspension des procédures sous le régime de la *CAA*. Ensuite, *Dell* établit deux exceptions au principe de compétence‑compétence : lorsque la contestation de la compétence de l’arbitre repose sur une question de droit, ou encore sur des questions mixtes de fait et de droit nécessitant seulement un examen superficiel de la preuve. La question de déterminer si une action devrait être certifiée en tant que recours collectif constitue une question de droit relevant de la compétence exclusive de la cour. Le juge Masuhara a donc rejeté la demande de suspension présentée par TELUS.

# D. *La Cour d’appel de la Colombie‑Britannique*

(1) *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2009 BCCA 103, 89 B.C.L.R. (4th) 1 (« *MacKinnon 2009* »)

1. La Cour d’appel a rendu son arrêt en l’espèce (2009 BCCA 104, 88 B.C.L.R. (4th) 212, le juge Tysoe, avec l’accord du juge en chef Finch et des juges Rowles, Newbury et Neilson) concurremment avec *MacKinnon 2009*. Puisque le juge Tysoe a simplement appliqué le raisonnement de *MacKinnon 2009* aux faits de l’affaire *Seidel*, on peut examiner ensemble les motifs des deux arrêts.
2. Dans *MacKinnon 2009* et en l’espèce, une formation de cinq juges a entendu les appels parce qu’on avait expressément demandé à la Cour d’appel d’infirmer sa décision dans *MacKinnon 2004* au motif qu’elle avait été supplantée par l’arrêt *Dell*. Dans un jugement unanime, la juge Newbury a conclu que le raisonnement dans *Dell* s’appliquait tout autant en Colombie‑Britannique et que, par conséquent, *MacKinnon 2004* ne devait plus être appliqué. Toutefois, son analyse ne reposait pas tant sur le prétendu conflit — en raison de leur objet respectif — entre le régime législatif relatif à l’arbitrage commercial et le régime législatif relatif aux recours collectifs, que sur le statut juridique du recours collectif en tant que tel.
3. Après un examen de la jurisprudence récente de notre Cour en matière de recours collectif, la juge Newbury a d’abord fait remarquer que le dépôt d’un recours collectif ne saurait influer sur les droits substantiels des parties. Le recours collectif demeure un mécanisme procédural : lorsque les parties se dotent par contrat du droit substantiel de soumettre leurs différends à l’arbitrage, le recours collectif ne peut être autorisé, et [traduction] « le tribunal doit en général respecter le choix des parties de recourir à l’arbitrage plutôt qu’à une action en justice » (par. 66). Le recours collectif ne peut en conséquence être utilisé soit pour contourner la compétence exclusive de l’arbitre, soit pour modifier les droits substantiels des parties à une convention d’arbitrage (par. 70).
4. La juge Newbury a en outre statué que les différences relevées par le juge Masuhara dans les textes législatifs n’avaient pas d’incidence sur la question de savoir si le raisonnement de l’arrêt *Dell* s’appliquait en Colombie‑Britannique. Les régimes d’arbitrage des deux provinces prévoient essentiellement la même règle. De plus, la question soulevée en appel était, sur le plan de la logique, semblable à celle que notre Cour avait examinée dans *Dell* :

[traduction] [S]i M. MacKinnon avait intenté son action uniquement à titre individuel, il n’aurait pu s’opposer à ce que le tribunal judiciaire de l’une ou l’autre province suspende l’action et la renvoie à l’arbitrage. [par. 69]

1. La juge Newbury a donc statué que l’approche exposée dans *Dell* s’appliquait également en Colombie‑Britannique. Toutefois, ayant conclu qu’il n’y avait aucune raison de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la gestion de l’instance dans *MacKinnon 2009* de refuser d’ordonner la suspension des procédures parce qu’il y avait préclusion découlant d’une question déjà tranchée, elle a rejeté l’appel (par. 84). L’affaire n’a pas été renvoyée à l’arbitrage pour cette raison.

(2) *Seidel c. TELUS Communications Inc.*

1. Le juge Tysoe, s’exprimant au nom de la Cour d’appel en l’espèce, a appliqué le raisonnement adopté par sa collègue dans *MacKinnon 2009* pour déterminer s’il y avait lieu de suspendre la procédure sur le fondement de *Dell*. Toutefois, il a ensuite examiné trois questions résiduelles propres à la présente affaire sur lesquelles ni la juge Newbury, dans *MacKinnon 2009*, ni le juge Masuhara, en l’espèce ne s’étaient prononcés : (1) celle de l’inopérabilité de la convention d’arbitrage par application de l’art. 3 de la *BPCPA* (qui frappe de nullité toute renonciation aux droits, avantages ou protections conférés par cette loi); (2) celle de la possibilité d’invoquer la préclusion découlant d’une question déjà tranchée; et (3) celle de savoir si la clause d’arbitrage visait les demandes de Mme Seidel antérieures à février 2003, car on n’a pas pu trouver de contrat conclu auparavant par les parties.
2. Le juge Tysoe a rejeté l’argument voulant que la *BPCPA* confère des droits aux membres du groupe éventuel et que ces droits ne puissent faire l’objet d’une renonciation en raison de l’art. 3. Plus précisément, à son avis, le par. 10(2) confère des droits, avantages ou protections uniquement à l’égard des prêts hypothécaires, et le par. 172(1) dispose simplement que les réparations prévues par cette disposition doivent être sollicitées à la Cour suprême de la Colombie‑Britannique. Le paragraphe 172(1) n’écarte pas explicitement la compétence de l’arbitre et il ne peut donc rendre inopérante la convention d’arbitrage intervenue entre Mme Seidel et TELUS.
3. En ce qui concerne la possibilité d’invoquer la préclusion, le juge Tysoe a fait remarquer que rien ne démontrait que TELUS avait à quelque moment que ce soit promis de ne pas demander la suspension des procédures. À ce jour, elle n’a pas non plus, dans le cadre de la procédure, [traduction] « agi dans l’instance » au sens du par. 15(1) de la *CAA*,ce qui l’aurait empêché de présenter une demande de suspension. De plus, ce n’est qu’après le prononcé des arrêts *Dell* et *Rogers* — qui jettent tous deux un doute sur le bien‑fondé de *MacKinnon 2004* — que TELUS a présenté sa demande de suspension. Et elle l’a fait avec célérité.
4. Enfin, le juge Tysoe a souligné, au moment de déterminer si la convention d’arbitrage visait les demandes antérieures à février 2003, que ce point soulève un certain nombre de questions factuelles. Par conséquent, il ne tombe pas sous le coup de l’une ou l’autre des exceptions à l’applicabilité du principe de compétence‑compétence exposées dans *Dell*, et il s’agit ainsi d’une question devant d’abord être tranchée par l’arbitre. Le juge Tysoe a donc accueilli l’appel de TELUS et suspendu le recours collectif projeté de Mme Seidel dans sa totalité.

# III. Analyse

# A. *Questions en litige*

1. Devant les juridictions inférieures, les parties ont concentré leurs arguments respectifs d’abord et avant tout sur une question importante :

(1) le principe de compétence‑compétence a‑t‑il été incorporé au droit de la Colombie‑Britannique en raison de la disposition de l’art. 15 de la *CAA* portant suspension de l’instance et, dans l’affirmative, y a-t-il lieu de suspendre les actions en justice, notamment les recours collectifs, lorsque les parties ont signé une convention d’arbitrage, à moins que les exceptions restreintes établies dans *Dell* ne s’appliquent?

On a soulevé de manière presque incidente une deuxième question :

(2) une clause d’arbitrage figurant dans un contrat de services de téléphonie cellulaire constitue‑t‑elle une renonciation interdite aux droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*?

C’est la deuxième question qui est au centre des débats devant notre Cour. Il s’agit d’une question de droit qui, selon l’exception établie dans *Dell*, doit d’abord être tranchée par un tribunal plutôt que par un arbitre. Il faut donc trancher ces deux questions dans les présents motifs.

# B. *Positions des parties*

# (1) L’appelante Mme Seidel

1. Mme Seidel prétend que la *CAA* n’a jamais été conçue pour s’appliquer aux litiges de consommation. Elle a plutôt visé à réglementer les relations commerciales établies dans la province entre gens d’affaires sans lien de dépendance. Par contre, la *CPA* vise à permettre l’exercice de recours collectifs dans des cas où les poursuivants agissent habituellement sur une base individuelle. Il est clair que son objet avoué est de favoriser l’accès à la justice.
2. Mme Seidel soutient que l’approche de la Cour d’appel dans *MacKinnon 2004* établit la voie à suivre, puisqu’elle permet l’application des deux lois et la réalisation de leurs objectifs. Si la législature de la Colombie‑Britannique avait voulu exclure l’arbitrage de l’analyse relative au critère de la [traduction] « meilleure procédure » prévu à l’al. 4(1)d) de la *CPA*, elle l’aurait sans doute fait explicitement. Contrairement aux provinces qui ont expressément interdit l’insertion de clauses d’arbitrage et de clauses visant à interdire les recours collectifs dans les contrats de consommation, la Colombie‑Britannique a simplement adopté une approche différente. Toutefois, la décision de la Cour d’appel dans *MacKinnon 2009* a exclu d’emblée la possibilité d’autoriser en tant que recours collectif une instance portant sur un litige visé par une convention d’arbitrage. Elle fait également fi de certaines considérations de principe importantes, qui mettaient en doute l’efficacité de l’arbitrage pour résoudre des litiges de consommation, particulièrement lorsqu’ils concernent un grand nombre de demandes pécuniaires peu élevées ou minimes.
3. De plus, Mme Seidel prétend que la Cour d’appel s’est appuyée sur deux prémisses erronées pour conclure que *Dell* s’applique en Colombie‑Britannique : tout d’abord, les lois du Québec et de la Colombie‑Britannique régissant l’arbitrage et les recours collectifs sont suffisamment semblables; puis, une loi relative à des droits procéduraux est subordonnée à une loi relative à des droits substantiels. Enfin, quant à la question de la renonciation à des droits accordés par la *BPCPA*, Mme Seidel soutient que cette loi confère notamment à toute personne le droit substantiel d’intenter, devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique, une action en vertu de l’art. 172 en vue d’obtenir un jugement déclaratoire et une injonction. Il s’agit de mesures de réparation que seul un tribunal judiciaire peut accorder. Toute approche exigeant que le consommateur visé par une convention d’arbitrage demande en premier lieu à un arbitre de déterminer s’il y a eu infraction à la *BPCPA*, avant d’être autorisé à se pourvoir devant un tribunal judiciaire pour obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, priverait la loi de son effet et empêcherait la réalisation de ses objectifs.

# (2) L’intimée TELUS

1. TELUS demande à notre Cour de reconnaître que le raisonnement adopté dans *MacKinnon 2009* exprime exactement l’état du droit en Colombie‑Britannique. Le principe général posé dans *Dell*, selon lequel un tribunal judiciaire ne se prononce le premier sur la compétence de l’arbitre que si une question de droit pure ou une question mixte de fait et de droit pouvant être tranchée de façon expéditive à la lumière d’un dossier de preuve limité est en jeu, s’applique également en Colombie‑Britannique. En présence d’une convention d’arbitrage, les tribunaux judiciaires ne peuvent examiner une demande d’autorisation d’un recours collectif et ils sont tenus d’ordonner la suspension des procédures en application de l’art. 15 de la *CAA* si l’exception stricte établie dans *Dell* ne s’applique pas. À moins que notre Cour ne conclue qu’un contrat type ne peut donner naissance au droit substantiel de recourir à l’arbitrage, ou que les clauses d’arbitrage sont intrinsèquement inéquitables pour les consommateurs, une convention d’arbitrage ne peut être écartée par le droit procédural d’intenter un recours collectif. Il vaut mieux laisser à la législature, mieux placée pour concilier les politiques et les objectifs contradictoires, le soin de prendre les mesures qui s’imposent et celui d’apprécier les considérations de principe que soulève Mme Seidel à propos de l’emploi de clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation.
2. TELUS ajoute que la convention d’arbitrage ne constitue pas une renonciation à des droits, avantages ou protections conférés par la *BPCPA*, et qu’elle ne viole donc pas l’art. 3 de cette loi. La clause prévoit simplement qu’il revient à un arbitre, et non à un tribunal judiciaire, de déterminer le premier si la *BPCPA* a été respectée. De plus, l’arbitre possède le pouvoir d’accorder les mesures de réparation qu’accorderait un tribunal judiciaire. Mme Seidel ne perd donc aucun des droits, avantages ou protections substantiels prévus à la *BPCPA* en soumettant à l’arbitrage le différend qui l’oppose à TELUS. Si la législature souhaite exclure l’arbitrage des mécanismes de règlement des différends dans des cas particuliers, elle doit le faire explicitement.
3. Avant de traiter de l’argument qui précède, il faut régler la question qui a été au cœur du débat devant les juridictions inférieures, celle de savoir si le principe de compétence‑compétence s’applique en droit de la Colombie‑Britannique.

C. *Évolution de l’arbitrage en Colombie‑Britannique et du principe de compétence‑compétence*

1. Les tribunaux canadiens, au Québec comme dans les provinces de common law, ont admis le recours à l’arbitrage en tant que mécanisme de règlement des différends. Aujourd’hui, ils encouragent même son utilisation (*Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, [2003] 1 R.C.S. 178, par. 38). Toutefois, il n’en a pas toujours été ainsi. En effet, les tribunaux canadiens, dans un premier temps, s’étaient montrés ouvertement hostiles à l’arbitrage, qu’ils considéraient comme un mécanisme de résolution des différends de deuxième ordre. Comme J. B. Casey et J. Mills l’ont fait remarquer dans l’ouvrage intitulé *Arbitration Law of Canada : Practice and Procedure* (2005) :

[traduction] L’hostilité judiciaire à l’égard des tribunaux « inférieurs » et l’absence de cadre législatif moderne a freiné l’évolution de l’arbitrage au Canada, surtout en comparaison des pays européens. Au Canada, jusqu’en 1990, l’arbitrage commercial n’a pas été considéré comme une véritable solution de rechange aux tribunaux judiciaires, et les provinces ont mis du temps à établir des distinctions entre l’arbitrage interne et l’arbitrage international. [p. 2-3]

Cette hostilité à l’égard de l’arbitrage provient de l’ancienne common law anglaise (voir à titre d’exemple *Horton c. Sayer* (1859), 4 H. & N. 643, 157 E.R. 993; *Lee c. Page* (1861), 30 L.J. Ch. (N.S.) 857; *Edwards c. Aberayron Mutual Ship Insurance Society Ltd.* (1876), 1 Q.B.D. 563; *Doleman & Sons c. Ossett Corp*., [1912] 3 K.B. 257).

1. Dans la jurisprudence plus ancienne en matière d’arbitrage, les tribunaux judiciaires expriment ouvertement l’opinion voulant que les conventions d’arbitrage, destinées à écarter leur compétence, soient frappées de nullité pour des motifs liés à l’ordre public. Toutefois, une convention stipulant simplement que l’arbitrage était une condition préalable à l’introduction d’une action en justice — ce que l’on a subséquemment appelé la clause *Scott c. Avery* — signifiait que le tribunal judiciaire n’était pas privé de sa compétence et que la convention d’arbitrage restait valide (*Scott c. Avery* (1856), 5 H.L.C. 811, 10 E.R. 1121; voir à titre d’exemple *Johnston c. Western Assurance Co.* (1879), 4 O.A.R. 281; *Nolan c. Ocean, Accident and Guarantee Corp.*(1903), 5 O.L.R. 544 (C. div.); *Cayzer,* *Irvine and Co. c. Board of Trade*, [1927] 1 K.B. 269, p. 293; *Brand c. National Life Assurance Co.* (1918), 44 D.L.R. 412 (B.R. Man.); *Altwasser c. Home Insurance Co. of New York*, [1933] 2 W.W.R. 46 (C.A. Sask.); *Re Rootes Motors (Canada) Ltd. and Wm. Halliday Contracting Co.*, [1952] 4 D.L.R. 300 (H.C.J. Ont.); *Deuterium of Canada Ltd. c. Burns & Roe of Canada Ltd.* (1970), 15 D.L.R. (3d) 568 (C.S.N.‑É.), inf. par (1971), 21 D.L.R. (3d) 568 (C.S.N.-É. (Div. app.)), conf. par [1975] 2 R.C.S. 124; *Procon (Great Britain) Ltd. c. Golden Eagle Co.*, [1976] C.A. 565, p. 567).
2. L’extrait suivant, tiré de l’arrêt *Brand*, illustre le plus clairement les motifs pour lesquels les tribunaux tenaient les conventions d’arbitrage pour contraires à l’ordre public :

[traduction] De tout temps, tant les tribunaux de common law que les tribunaux d’equity ont reconnu et donné effet au principe que les parties ne peuvent par contrat priver les cours de justice de leur compétence, et qu’une clause prévoyant le renvoi d’un éventuel différend, non pas aux tribunaux de droit commun, mais à un organisme de leur choix, ne peut être invoqué pour contrer une action fondée sur le contrat. . .

À une certaine époque, on a cru que le principe sur lequel reposaient ces décisions voulait qu’une convention visant à empêcher une partie de faire valoir une cause d’action devant les tribunaux de droit commun du pays était nulle parce que contraire à l’ordre public, et d’ailleurs de nombreuses décisions relativement récentes expriment cette opinion . . .

. . .

Le véritable motif qui sous‑tend l’idée que les tribunaux ne peuvent être privés de compétence par une entente tient au fait qu’ils tirent leur compétence d’une loi ou de la common law, et qu’un simple contrat *inter partes* ne saurait annihiler un pouvoir légal. [p. 414‑415]

1. Cette hostilité envers l’arbitrage a influé sur la façon dont les cours de justice ont abordé les demandes de suspension de procédures fondées sur l’existence d’une convention d’arbitrage :

[traduction] Bien que les tribunaux judiciaires prennent en compte le principe suivant lequel les personnes qui conviennent de recourir à l’arbitrage devraient être tenues de respecter l’entente intervenue, ils ne perdent pas de vue le principe selon lequel la compétence des cours de justice ne peut être écartée par entente entre les parties, et dans les cas où il semble préférable que le litige soit tranché par les tribunaux judiciaires plutôt que dans le cadre d’un arbitrage, l’action suit son cours et la demande de suspension est rejetée.

(*Altwasser*,p. 50)

1. Les tribunaux ne se sont pas seulement montrés ouvertement hostiles à tout mécanisme qui écartait leur compétence d’instruire et de trancher les litiges : ils ont aussi exprimé leur scepticisme au sujet de l’efficacité réelle de l’arbitrage par rapport à l’action en justice traditionnelle :

[traduction] On ne peut que douter de l’efficacité de l’arbitrage pour résoudre des différends de cette nature. Le conseil arbitral et les deux cours ont consacré beaucoup de temps à la présente affaire. Le processus a nécessairement été coûteux. Il semble que l’*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 16, prévoit, au lieu d’un mécanisme de règlement rapide, simple et peu coûteux, un mécanisme plus long, plus difficile et plus onéreux pour résoudre des affaires de cette nature.

(*Vancouver c. Brandram‑Henderson of B.C. Ltd.* (1959), 18 D.L.R. (2d) 700 (C.A.C.‑B.), p. 705, le juge Sidney Smith)

Bref, dans la jurisprudence plus ancienne en matière d’arbitrage, les tribunaux judiciaires se montraient [traduction] « très jaloux de leur compétence » et n’accueillaient pas « favorablement les efforts des parties visant à l’écarter par contrat » (*Re* *Rootes*,p. 304).

1. L’arrêt de notre Cour *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.*, [1964] R.C.S. 144, illustre peut‑être le mieux cette hostilité. Dans une entente signée à New York, National Gypsum s’était engagée à ce que son navire se rende à Montréal pour prendre une cargaison de blé, ce qui n’a pas été fait. Northern Sales a allégué qu’elle n’avait donc pas été en mesure d’expédier le blé comme elle l’avait promis. Elle a intenté une action pour rupture de contrat. L’entente prévoyait que tout différend serait soumis à l’arbitrage à New York. La question qui se posait devant notre Cour était celle de savoir s’il était possible de soumettre, conformément à l’entente, l’affaire à l’arbitrage en vertu de la législation québécoise.
2. Les dispositions actuelles du *Cpc* n’étaient pas en vigueur à l’époque, et les règles relatives à la compétence des tribunaux en matière d’arbitrage n’avaient pas été codifiées. En cas de contestation de la compétence des tribunaux, celle‑ci était déterminée sur la base de l’art. 13 du *Code civil du Bas Canada*, qui prévoyait qu’« [o]n ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l’ordre public ou les bonnes mœurs », ainsi de ce qui était alors l’art. 94 du *Cpc*, qui déterminait la juridiction compétente pour instruire un recours pécuniaire. La Cour a alors approuvé la jurisprudence québécoise dans ce domaine qui avait été confirmée dans *Vinette Construction Ltée. c. Dobrinsky*, [1962] B.R. 62, et *Gordon and Gotch (Australasia) Ltd. c. Montreal Australia New Zealand Line Ltd.* (1940), 68 B.R. 428, et jugé que la clause compromissoire était contraire à l’ordre public.
3. Selon ces décisions, seuls les tribunaux judiciaires peuvent prononcer les ordonnances requises pour régler des litiges d’ordre juridique. En conséquence, toute tentative des parties à un litige d’écarter dans leur contrat la compétence des tribunaux judiciaires violait l’ordre public de ce seul fait, sans égard à la nature des questions de droit substantiel alors en jeu.
4. Dans *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People’s Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529, par la voix du juge Chouinard, notre Cour s’est éloignée de l’approche retenue dans *National Gypsum* et *Vinette*. Elle a ainsi adopté une attitude plus favorable à l’arbitrage. Plutôt que de considérer l’arbitrage comme une menace potentielle à l’administration de la justice et, donc, contraire à l’ordre public, elle a commencé à percevoir les avantages que cette procédure pourrait présenter.
5. Après le prononcé de l’arrêt *National Gypsum*, la législature québécoise est intervenue en adoptant l’art. 951 du *Cpc*:

**951.** La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l’une d’elles s’y refuse, et ne nomme pas d’arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle‑même n’en ait décidé autrement.

Selon le juge Chouinard, dans *Zodiak*, l’art. 951 avait eu pour effet d’écarter les arrêts *Vinette* et *National Gypsum*:

L’opinion prépondérante qui a cours depuis l’entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*, est à l’effet que l’adoption de l’art. 951 dans sa forme actuelle suffit à consacrer la validité de la clause compromissoire parfaite. L’ancien *Code de procédure* était muet en ce qui concerne la clause compromissoire. Aucune mention n’en était faite. La situation est ainsi bien différente de celle qui prévalait au moment où ont été rendus les arrêts *Vinette Construction* (précité) et *National Gypsum* (précité) qui, a‑t‑il été écrit, sont devenus caducs. [p. 538]

Citant avec approbation les propos tenus par le juge Gagnon dans *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, [1973] C.A. 971, le juge Chouinard a conclu qu’en édictant l’art. 951, le législateur a dit vouloir « faire un pas en avant » et que « c’est le législateur, lorsqu’il prend position, qui est le juge ultime en la matière » (p. 542).

1. Toujours consciente des risques pour le développement et l’arrivée à maturité — dans un contexte contemporain — de l’arbitrage en droit canadien, notre Cour a de nouveau souligné la valeur de l’arbitrage commercial comme mécanisme de résolution des conflits dans *Sport Maska Inc. c. Zittrer*, [1988] 1 R.C.S. 564 :

Ce peu d’intérêt de notre jurisprudence et notre doctrine s’expliquent possiblement par la grande place occupée à l’époque par le débat portant sur la validité de la clause compromissoire, débat réglé par cette Cour dans l’arrêt *Zodiak*, précité. Cette longue incertitude juridique n’était certes pas de nature à favoriser le recours à ce mode de règlement des différends. [p. 598]

Plus récemment, notre Cour a encore une fois reconnu « la légitimité et [. . .] la présence de la justice privée », à savoir l’arbitrage, dans *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc*., 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401, par. 38.

1. Les tribunaux d’instance inférieure du pays n’ont pas tardé à suivre l’exemple de notre Cour. Ils ont accepté et reconnu la légitimité de l’arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Ce changement d’attitude a manifestement pris racine. Le passage suivant tiré des motifs du juge Campbell dans *Boart Sweden AB c. NYA Stromnes AB* (1988), 41 B.L.R. 295 (H.C.J. Ont.), est fréquemment cité pour illustrer ce changement d’attitude :

[traduction] L’intérêt public m’amène à une considération que j’estime primordiale au vu des faits de l’espèce, à savoir l’importance de cette compétence du point de vue de l’ordre public tenant au fait que, lorsque les parties ont convenu par contrat que leurs différends seraient soumis à un arbitre plutôt qu’à une cour de justice, elles devraient être tenues de respecter leur contrat. [p. 302‑303]

Voir également *Automatic Systems Inc. c. Bracknell* *Corp.*(1994), 12 B.L.R. (2d) 132 (C.A. Ont.), le juge Austin (arbitrage international); *BWV Investments Ltd. c. Saskferco Products Inc*. (1994), 125 Sask. R. 286 (C.A.), le juge Gerwing (arbitrage international); *Quintette Coal Ltd. c. Nippon Steel Corp.*, [1991] 1 W.W.R. 219 (C.A.C.‑B.), le juge Hutcheon, motifs concordants (arbitrage international); *Burlington Northern Railroad Co. c. Canadian National Railway Co.* (1995), 59 B.C.A.C. 97, le juge Cumming, dont l’opinion dissidente a été confirmée par [1997] 1 R.C.S. 5 (arbitrage national); *Condominiums Mont St‑Sauveur Inc. c. Constructions Serge Sauvé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), le juge Monet (arbitrage national).

1. Dans ses motifs en l’espèce, notre collègue semble se joindre au courant d’hostilité vis‑à‑vis l’arbitrage qui précédait l’arrêt *Zodiak*. Le juge Binniene s’inscrit pas en faux contre notre point de vue sur le principe de compétence‑compétence, mais il exprime, dans son interprétation des dispositions pertinentes de la *BPCPA*, la même réticence à accepter sans réserve l’arbitrage comme mécanisme légitime de règlement des différends que celle imprégnant l’ancienne jurisprudence. Son hostilité envers l’arbitrage s’exprime par son interprétation de la *BPCPA*. Bien que, dans *Zodiak*, le juge Chouinard ait souligné que les interprétations de la loi retenues dans *Vinette* et *National Gypsum* étaient malavisées, l’opinion de notre collègue semble redonner vie à ce point de vue désuet illustré par le commentaire ci‑dessousdu juge Casey, de la Cour d’appel du Québec, dans *Vinette* :

[traduction] Le droit de demander réparation aux tribunaux est une des pierres angulaires de notre système de justice. On ne saurait surestimer l’importance de ce droit, ni tolérer une menace à son existence [. . .] Si l’on permet que cela se produise, les personnes qui acceptent la clause aujourd’hui se la verront imposer demain. Le recours à cette clause est donc contraire à l’ordre public, et c’est pourquoi elle va à l’encontre de l’art. 13 du C.C. [p. 68‑69]

Avec égards, l’interprétation donnée par le juge Binnie à la *BPCPA* fait abstraction du contexte plus général dans lequel les législatures et les tribunaux judiciaires en sont venus graduellement à encourager le recours aux modes amiables de règlement des litiges, y compris l’arbitrage.

1. Depuis l’arrêt *Zodiak*, une tendance constante et unidirectionnelle s’est établie : [traduction] « . . . les tribunaux judiciaires canadiens se sont montrés disposés à ordonner la suspension d’instance jusqu’à l’issue d’un arbitrage lorsque la législation interne ou internationale s’applique, et ils ne s’attachent plus à “empêcher jalousement tout empiétement des tribunaux d’arbitrage” » (Casey et Mills, p. 228‑229). Voir également les observations de L. Yves Fortier dans « Delimiting the Spheres of Judicial and Arbitral Power : “Beware, My Lord, of Jealousy” » (2001), 80 *R. du B. can.* 143, p. 143‑145. Plus important encore, les cours de justice, qui cherchaient jadis à éviter un arbitrage qu’elles considéraient contraire à l’ordre public et à la bonne administration de la justice, le voient aujourd’hui comme un moyen légitime de favoriser l’accès à la justice.
2. Il est maintenant établi que, si une législature souhaite exclure la possibilité de recourir à l’arbitrage pour régler une catégorie donnée de litiges d’ordre juridique, elle doit le faire de manière explicite (*Desputeaux*,par. 42). On a cessé de considérer l’arbitrage, en tant que tel, comme contraire à l’ordre public. Les cours de justice doivent se garder de l’écarter lorsque la législature n’en a pas prescrit clairement l’exclusion. Mais l’approche du juge Binnie entraîne exactement cet effet.
3. L’approche qui prévaut maintenant en Colombie-Britannique remonte à l’adoption en 1986 de la *Commercial Arbitration Act*, S.B.C. 1986, ch. 3 (« *CAA* de 1986 »). La *CAA* de 1986 a remplacé l’*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 18, qui était pour l’essentiel demeurée inchangée depuis 1893. La nouvelle loi s’inspirait principalement des recommandations du *Report on Arbitration* de la Law Reform Commission of British Columbia (« Rapport LRC ») daté de 1982. En édictant cette loi, la Colombie-Britannique a assumé un [traduction] « rôle de chef de file », puisqu’elle était la première province de common law à moderniser ses règles en matière d’arbitrage (J. K. McEwan et L. B. Herbst, *Commercial Arbitration in Canada : A Guide to Domestic and International Arbitrations* (feuilles mobiles), p. 1-10). Toutefois, le législateur s’est abstenu, dans la *CAA* de 1986, d’adopter l’orientation qui sous‑tend la Convention de New York et la Loi type au sujet de la reconnaissance et de l’exécution des sentences arbitrales. Cette approche, tout particulièrement illustrée par la liste des motifs pour lesquels un tribunal pouvait refuser de reconnaître et d’exécuter les sentences arbitrales, occupait déjà une place grandissante sur la scène internationale.
4. De fait, dans sa version de 1986, l’art. 15 de la *CAA* qui concerne la suspension d’instance exprimait le choix, arrêté dans le Rapport LRC, d’attribuer aux cours de justice un large pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension d’instance. L’article 15 disposait que la procédure judiciaire et non la procédure arbitrale devait suivre son cours si le tribunal judiciaire était convaincu qu’un [traduction] « motif valable » justifiait qu’il en soit ainsi. Le terme « motif valable » a reçu une interprétation étendue, puisque le tribunal pouvait examiner la complexité, le cas échéant, des litiges sur le plan factuel ou juridique; le coût et les délais associés aux deux procédures; le fait que d’autres parties soient touchées ou non par le litige; ou « toute autre question que la cour estime pertinente ».
5. Même si le Rapport LRC découlait de vastes consultations publiques, [traduction] « l’art. 15 a effectué un atterrissage brutal » selon C. J. Mingie, *British Columbia Commercial Arbitration — An Annotated Guide* (2004), p. 37. Les tribunaux ont rendu des décisions relatives à la suspension d’instance fondée sur l’art. 15 contradictoires, sinon incompatibles avec la Loielle‑même (p. 37). Bien que notre Cour ait déjà commencé à manifester son appui aux lois relatives à l’arbitrage, les tribunaux judiciaires de la Colombie‑Britannique n’ont pas toujours emprunté une approche similaire dans l’examen de la *CAA* de 1986.
6. Par conséquent, la législature a modifié la *CAA* de 1986 deux ans seulement après son édiction initiale pour limiter le pouvoir d’intervention des cours de justice dans les cas où les parties avaient convenu de soumettre un litige à l’arbitrage (*Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 2),* *1988*, S.B.C. 1988, ch. 46, art. 11). Plus particulièrement, la législature de la Colombie‑Britannique a modifié l’art. 15 de façon à rapprocher son libellé de celui de la Convention de New York et de l’art. 8 de la Loi type. Elle a ainsi restreint les motifs justifiant le refus par un tribunal judiciaire de suspendre une instance (voir Mingie, p. 37; *Gulf Canada Resources Ltd. c. Arochem International Ltd.* (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 113 (C.A.), le juge Hinkson).
7. Le juge Masuhara, de la Cour suprême de la C.-B., a accepté l’argument selon lequel, à la différence de l’*International Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 233, la *CAA* ne s’est pas inspirée de la Convention de New York et de la Loi type. Il a conclu, en partie pour cette raison, que le principe de compétence‑compétence, suivant lequel il revient à l’arbitre de se prononcer le premier sur l’existence, la validité et la portée de la convention d’arbitrage, ne faisait pas partie du droit interne de l’arbitrage de la Colombie‑Britannique. Dans *MacKinnon 2009* et en l’espèce, la Cour d’appel a rejeté cet argument, mais Mme Seidel espère lui insuffler une nouvelle vie devant notre Cour.
8. Cependant, un examen de la *CAA* en vigueur à l’heure actuelle démontre clairement qu’en fait, la législation plus récente de la Colombie‑Britannique sur l’arbitrage commercial [traduction] « s’inspire en partie de la Loi type » (McEwan et Herbst, p. 1‑10, citant *Lawyers’ Arbitration Letters : 1980‑1989* (1990), p. 218‑219). Il ressort de cet examen que la législature a voulu incorporer le principe de compétence‑compétence dans sa législation interne relative à l’arbitrage.
9. En effet, l’art. 15 de la *CAA*, modifié en 1996, prévoit que, si les parties ont convenu de soumettre un litige à l’arbitrage, une cour de justice doit ordonner la suspension de toute procédure intéressant ce litige :

[traduction]

**15** (1) Si une partie à une convention d’arbitrage intente contre une autre partie à la convention une action relative à une question qui, suivant cette convention, devait être soumise à l’arbitrage, une partie à l’instance peut, avant ou après avoir comparu et avant d’avoir déposé des actes de procédure ou autrement agi dans l’instance, demander au tribunal de suspendre l’instance.

(2) Le tribunal saisi de la demande visée au paragraphe (1) suspend l’instance à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée.

Les termes employés à l’art. 15 sont pratiquement identiques à ceux de l’art. 8 de la Loi type :

Article 8. . .

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

2. Lorsque le tribunal est saisi d’une action visée au paragraphe 1 du présent article, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue en attendant que le tribunal ait statué.

Nous ne relevons aucune différence marquante entre dire que le tribunal est tenu de renvoyer les parties à l’arbitrage et dire qu’il doit ordonner la suspension d’une instance.

1. Il est vrai qu’aucune disposition écartant la compétence des tribunaux judiciaires ne se retrouve dans la *CAA* elle-même. Toutefois, les *Domestic Commercial Arbitration Rules of Procedure* (1998) du British Columbia International Commercial Arbitration Centre (« règles du BCICAC ») s’appliquent en raison de leur incorporation par renvoi (*R. c. Collins*, 2000 BCCA 437, 140 B.C.A.C. 311; *R. c. St. Lawrence Cement Inc*. (2002), 60 O.R. (3d) 712 (C.A.); *British Columbia Government and Service Employees’ Union c. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379, 245 B.C.A.C. 39; P.‑A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), par. 286 et suiv.; voir aussi l’al. 44*h*) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I‑21). En effet, le par. 22(1) de la *CAA* est rédigé en ces termes :

[traduction]

**22** (1) Sauf entente contraire des parties à l’arbitrage, les règles du British Columbia International Commercial Arbitration Centre relatives à la conduite des arbitrages commerciaux internes s’appliquent à l’arbitrage.

L’article 20 des règles du BCICAC traite de la compétence de l’arbitre :

[traduction]

**20.** **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.

(2) La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n’entraîne pas la nullité de la clause compromissoire, mais celle‑ci peut faire l’objet d’une déclaration expresse de nullité.

(3) Toute objection visant à contester la compétence du tribunal arbitral à l’égard d’une action ou d’une demande reconventionnelle doit être soulevée dans la défense initiale ou la défense produite en réponse à la demande reconventionnelle. . .

(4) Le fait pour une partie d’avoir désigné un arbitre ou d’avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de contester la compétence du tribunal arbitral.

1. Nous constatons que les termes employés à l’art. 20 sont pratiquement identiques à ceux des art. 943, 943.1 et 943.2 du *Cpc* — en litige dans *Dell* — ainsi qu’à ceux de l’art. 16 de la Loi type :

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. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d’un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n’entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

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 demeure libre de poursuivre la procédure arbitrale et de rendre une sentence.

1. Un tribunal judiciaire de la Colombie‑Britannique doit surseoir à l’instance, à moins qu’il ne constate que la convention d’arbitrage est [traduction] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». Toutefois, même si un tribunal judiciaire détient le pouvoir de statuer sur sa compétence, il n’est pas tenu impérativement de l’exercer. Le moyen selon lequel une convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée constitue une contestation directe du pouvoir de l’arbitre d’instruire et de régler le litige. Dans *Dell*, les juges majoritaires comme les juges minoritaires ont dû décider qui de l’arbitre ou du tribunal judiciaire devait se prononcer en premier lieu sur la validité et l’applicabilité de la convention. Ils ont aussi analysé, par voie de conséquence, le type d’examen que devrait mener le tribunal judiciaire pour déterminer si la convention est [traduction] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ».
2. Les juges majoritaires ont reconnu que deux courants s’opposent à cet égard — l’un exigeant que le tribunal judiciaire statue d’abord sur la question, l’autre voulant qu’il appartienne plutôt à l’arbitre de se prononcer en premier lieu — et que ni la Convention de New York, ni la Loi type n’avaient réglé ce débat de manière définitive. Toutefois, à l’échelle internationale, on tend à convenir qu’un tribunal doit s’en tenir à une analyse sommaire et n’intervenir que s’il conclut que le critère de la nullité manifeste a été satisfait (*Dell*, par. 75‑76). Une règle générale a été formulée à partir de ces observations. Toute contestation de la compétence de l’arbitre — au motif que la convention d’arbitrage est nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée — devrait d’abord être tranchée par l’arbitre. Un tribunal judiciaire ne devrait déroger à cette règle générale que si la contestation de la compétence repose sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit dont l’examen n’exige qu’une étude superficielle de la preuve documentaire au dossier, et qu’elle ne constitue pas simplement une tactique dilatoire (voir *Dell*, par. 84‑86).
3. Cette approche générale respecte celle qu’avait formulée la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique dans *Gulf Canada* en 1992 et qu’avaient adoptée un grand nombre de cours d’appel provinciales canadiennes avant *Dell*.D’après le test établi dans *Gulf Canada*, le tribunal judiciaire doit surseoir à l’instance à moins qu’il ne soit [traduction] « clair » que le litige n’est pas visé par la convention d’arbitrage. S’il était possible de « soutenir » que la convention s’appliquait au litige, il revenait à l’arbitre de se prononcer :

[traduction] Si l’on examine le par. 8(1), en tenant compte de l’art. 16 et de la compétence accordée au tribunal d’arbitrage, il ne revient pas selon moi au tribunal judiciaire appelé à statuer sur une demande de suspension d’instance de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention d’arbitrage ou sur la question de savoir si une partie à la procédure est aussi partie à la convention d’arbitrage étant donné que ces questions sont du ressort du tribunal d’arbitrage. Le tribunal judiciaire ne devrait se prononcer de façon définitive sur de telles questions dans le cadre d’une demande de suspension d’instance que s’il est clair que la convention d’arbitrage ne s’applique pas au litige, si une partie à l’instance n’est pas l’une des parties à la convention ou si la demande n’a pas été présentée dans le délai prescrit.

Lorsqu’il est possible de soutenir que le litige est visé par la convention d’arbitrage ou qu’une partie à la procédure est également partie à cette convention, alors, selon moi, la suspension de l’instance devrait être accordée et ces questions devraient être laissées au tribunal d’arbitrage. [par. 39‑40]

1. Dans *Dalimpex Ltd. c. Janicki* (2003), 64 O.R. (3d) 737,sous la plume de la juge Charron (maintenant juge de notre Cour), la Cour d’appel de l’Ontario a accepté l’approche adoptée dans *Gulf Canada*. La Cour d’appel a conclu que, s’[traduction] « il est au moins possible de soutenir que les litiges [. . .] sont visés par la convention d’arbitrage », il est « préférable de laisser le soin au tribunal d’arbitrage, en tant que tribunal de première instance, de se prononcer de façon définitive sur la portée de la convention » (par. 3) (voir aussi *Dawson (City)* *c. TSL Contractors Ltd.*, 2003 YKCA 3, 180 B.C.A.C. 205, par. 14). Dans *Dancap Productions Inc. c. Key Brand Entertainment Inc*., 2009 ONCA 135, 246 O.A.C. 226, rédigé par le juge Sharpe, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’[traduction] « [i]l est maintenant bien établi en Ontario » qu’un tribunal judiciaire devrait surseoir à l’instance dans les cas où il est « “possible de soutenir” que le litige est visé par la convention d’arbitrage » (par. 32), et que le juge des requêtes avait donc commis une erreur en statuant sur la portée de la convention d’arbitrage. Voir également *Jean Estate c. Wires Jolley LLP*, 2009 ONCA 339, 96 O.R. (3d) 171, le juge Weiler; *No. 363* *Dynamic Endeavours* *Inc. c. 34718 B.C. Ltd.* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 359 (C.A.), le juge Hollinrake.
2. Cette obligation de déférence envers la compétence de l’arbitre se rattache directement au rôle du tribunal judiciaire appelé à décider, dans l’examen d’une demande de suspension d’instance, si la convention est [traduction] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée ». En effet, puisque, selon la règle générale, les arbitres devraient se prononcer en premier sur les contestations de leur compétence, les termes « nulle », « inopérante » et « non susceptible d’être exécutée » devraient être interprétés de façon restrictive. Cette approche semble d’ailleurs faire consensus dans la jurisprudence et la doctrine traitant de ces critères. Voir à titre d’exemple *Kaverit Steel and Crane Ltd. c. Kone Corp.*(1992), 87 D.L.R. (4th) 129 (C.A. Alb.), le juge Kerans, où la cour a conclu, à la p. 138, que le fait qu’un renvoi à l’arbitrage puisse être [traduction] « inopportun » ne rendait pas la convention d’arbitrage « inopérante »; *Mind Star Toys Inc. c. Samsung Co.* (1992), 9 O.R. (3d) 374 (Div. gén.), où la cour a jugé qu’une poursuite pour rupture fondamentale ne rend pas en soi une convention d’arbitrage nulle; *Scherk c. Alberto‑Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974), le juge Stewart, où la cour a conclu que l’application du critère du *forum conveniens* en matière de compétence pour apprécier la validité de la convention d’arbitrage écarterait presque toujours l’arbitrage; M. J. Mustill et S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (2e éd. 1989), p. 465, où les auteurs écrivent que l’expression [traduction] « “non susceptible d’être exécutée” implique plus que de simples difficultés, problèmes ou retards liés à la tenue de l’arbitrage »; McEwan et Herbst, p. 3‑63 et suiv.). Même la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique semble avoir adopté ce point de vue dans *MacKinnon 2004* (par. 36).
3. De toute évidence, on ne saurait donner une portée si large à la fonction du tribunal judiciaire chargé de déterminer si la convention est [traduction] « nulle, inopérante ou non susceptible d’être exécutée » qu’il lui serait permis d’examiner si un recours collectif pourrait constituer une « meilleure procédure ». Non seulement une telle approche exigerait-elle un examen judiciaire incompatible avec le principe de compétence‑compétence et avec l’analyse sommaire permettant de déterminer s’il y a lieu de surseoir à l’instance, mais les conventions d’arbitrage seraient ainsi à la merci de la partie qui souhaite éviter leur application. Plus précisément, le terme « inopérant » ne peut recevoir une interprétation si large qu’elle fasse dépendre l’application de la convention d’arbitrage de la simple décision — de nature procédurale — d’une partie de demander l’autorisation d’exercer un recours collectif.
4. Dans *Dell*, notre Cour a conclu que la directive législative explicite, selon laquelle les arbitres devaient se prononcer sur l’étendue de leur propre compétence, une directive formulée en des termes semblables à ceux qui figurent dans la Convention de New York et la Loi type, constituait une incorporation par renvoi du principe de compétence‑compétence dans la législation québécoise. Comme la Cour l’a conclu dans *Dell*, au par. 83, le libellé même de la disposition importe moins que le constat qu’elle s’inspire des termes de la Convention de New York et de la Loi type :

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.

Les tribunaux judiciaires devraient donc se garder de recourir à une interprétation qui permet d’écarter le principe de compétence‑compétence et de transformer l’exception fondée sur le caractère « inopérant » de la Convention en un moyen détourné dont disposerait une partie qui souhaite échapper à son application.

1. Appelée à examiner une disposition légale qui reprenait le langage des textes en cause dans l’arrêt *Dell* et qui s’inspirait de ceux de la Convention de New York et de la Loi type, la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a accepté et fait sienne l’approche moderne reconnaissant la légitimité de l’arbitrage des différends commerciaux. Elle a reconnu que la législation britanno‑colombienne incorpore le principe de compétence‑compétence. Elle n’a pas commis d’erreur en se prononçant en ce sens.
2. Ainsi, en l’absence de contestation de la compétence de l’arbitre fondée exclusivement sur une question de droit ou une question mixte de fait et de droit n’impliquant qu’un examen superficiel de la preuve au dossier, il revient à l’arbitre d’être le premier à examiner la validité ou l’existence d’une convention d’arbitrage régie par la *CAA*. Le tribunal judiciaire devrait donc suspendre l’instance.

# D. *La Business Practices and Consumer Protection Act de la Colombie‑Britannique*

1. Par ailleurs, Mme Seidel fait notamment valoir que la clause d’arbitrage a pour effet de l’empêcher d’exercer les droits que lui confère la *BPCPA*. Il importe alors d’examiner en détail les droits et la procédure prévus par cette loi.
2. Les lois sur la protection du consommateur, comme la *BPCPA*, visent à protéger les consommateurs contre les dommages résultant de l’achat de biens ou de services qui ne respectent pas les normes prescrites. La *BPCPA* s’applique donc à un [traduction] « consommateur » — un particulier, se trouvant en Colombie‑Britannique ou ailleurs — qui participe à une « opération commerciale ». Le terme « opération commerciale » est défini comme suit :

[traduction]

**1.** (1) . . .

**« opération commerciale »**

a) la fourniture, par un fournisseur à un consommateur, de marchandises, de services ou de biens réels, principalement à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) la sollicitation, l’offre, la publicité ou la promotion effectuée, par un fournisseur auprès d’un consommateur concernant une opération visée à l’alinéa a).

Un [traduction] « fournisseur » est « une personne, se trouvant en Colombie‑Britannique ou ailleurs qui, dans le cours de ses affaires, prend part à une opération commerciale » soit en fournissant des biens ou des services, soit en sollicitant, en offrant ou en annonçant la fourniture de biens ou services ou en se livrant à des activités promotionnelles à cet égard. La définition de « fournisseur » s’applique qu’il y ait ou non un lien contractuel entre le fournisseur et le consommateur. Voir de façon générale le par. 1(1) de la *BPCPA*.

1. La définition d’[traduction] « opération commerciale » vise de toute évidence la fourniture de services de téléphone cellulaire à des fins personnelles. De plus, il ne fait pas de doute que Mme Seidel et TELUS répondent respectivement aux définitions de « consommateur » et de « fournisseur ».
2. Mme Seidel allègue qu’en facturant illégalement du temps à ses clients après qu’un téléphone cellulaire soit connecté à son réseau, mais avant que le destinataire ne réponde à l’appel, TELUS a manqué aux obligations que lui impose la *BPCPA*. Plus particulièrement, Mme Seidel affirme que le contrat a été violé et que TELUS a employé des pratiques trompeuses ou abusives. La *BPCPA* définit [traduction] « pratique ou acte trompeur » dans le contexte d’une opération commerciale comme étant « des déclarations verbales, écrites, visuelles, descriptives ou autres, faites par un fournisseur » ou « des agissements d’un fournisseur » « susceptibles de tromper ou tendant à tromper un consommateur ou un garant, ou ayant cet effet » (par. 4(1)). Sans restreindre la généralité du par. 4(1), le par. 4(3) donne des exemples précis de pratiques ou d’actes trompeurs, ceux‑ci [traduction] « pouvant avoir cours avant, pendant ou après l’opération commerciale » (par. 4(2)).
3. L’article 8 de la *BPCPA* prévoit également qu’une [traduction] « pratique ou un acte abusif d’un fournisseur peut avoir cours avant, pendant ou après une opération commerciale » (par. 8(1)). Il dispose que, pour déterminer si une pratique ou un acte est abusif, la cour de justice doit tenir compte de « toutes les circonstances dont le fournisseur avait ou était censé avoir connaissance » (par. 8(2)). Là encore, sans restreindre la généralité du par. 8(2), le par. 8(3) établit une liste de circonstances précises qui doivent être prises en considération à cet égard.
4. Lorsqu’un fournisseur contrevient à la *BPCPA*, plusieurs mesures de réparation s’offrent aux consommateurs. Premièrement, l’art. 189 crée une infraction pénale et prévoit que l’auteur d’une violation des dispositions qu’il énonce est passible de poursuite. Toute personne reconnue coupable par application de cette disposition s’expose à une amende maximale de 10 000 $ et à un emprisonnement d’au plus 12 mois. Une personne morale déclarée coupable en vertu de l’art. 189 est passible d’une amende d’au plus 100 000 $. Voir de façon générale les peines prévues à l’art. 190.
5. Deuxièmement, en cas d’infraction, la Loipermet aux consommateurs d’intenter une action en dommages‑intérêts :

[traduction]

**Dommages‑intérêts**

**171** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne, autre qu’une personne visée aux alinéas a) à e), qui a subi un préjudice ou une perte en raison d’une infraction à la présente loi ou à ses règlements, peut intenter une action contre :

a) le fournisseur,

. . .

qui a commis l’infraction ayant causé le préjudice ou la perte ou qui y a acquiescé.

(2) Une personne doit s’abstenir d’intenter une action en vertu du présent article si une demande a été présentée à la cour en son nom aux termes de l’article 192 à l’égard du même défendeur et de la même opération . . .

(3) La Cour provinciale est compétente pour l’application du présent article même si une infraction à la présente loi ou à ses règlements peut aussi constituer un libelle ou de la diffamation.

Toutefois, parce qu’une personne déclarée coupable d’une infraction peut être déjà tenue d’indemniser un consommateur lésé de ses pertes pécuniaires, par application de l’art. 192, nous soulignons que le par. 171(2) entre en jeu pour interdire la double indemnisation du préjudice.

1. La *BPCPA* permet en outre d’obtenir un jugement déclaratoire et une injonction :

[traduction]

**Recours judiciaires relatifs à des opérations commerciales**

**172** (1) Le directeur ou une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d’obtenir :

a) un jugement déclarant qu’un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l’être, ou une pratique qu’il utilise, ou est sur le point d’utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

(2) Le directeur peut intenter une action en vertu du paragraphe (1) en son nom propre, au nom des consommateurs en général ou au nom d’un groupe désigné de consommateurs.

Il convient de préciser que le par. 172(1) ne vise pas uniquement les consommateurs directement touchés par une opération commerciale donnée.

1. Si la réparation demandée est accordée en vertu du par. 172(1), le par. 172(3) permet à la cour d’ordonner :

[traduction]

a) que le fournisseur restitue à une personne les sommes ou autres biens ou choses, à l’égard desquels cette personne a un intérêt, et qui peuvent avoir été obtenus par suite d’une contravention à la présente loi ou à ses règlements;

b) si l’action est intentée par le directeur, que le fournisseur lui rembourse la totalité ou une partie raisonnable des frais engagés pour soumettre le fournisseur à une inspection sous le régime de la présente loi;

c) que le fournisseur informe le public, d’une manière efficace et rapide et suivant les modalités que la cour estime raisonnables, du contenu de tout jugement, jugement déclaratoire, ordonnance ou injonction prononcé contre le fournisseur sous le régime du présent article.

1. En outre, l’art. 3 interdit toute renonciation aux droits prévus à la Loiainsi qu’aux réparations pour la violation de ces droits, que ce soit par convention d’arbitrage ou par tout autre moyen :

[traduction]

**3** Sauf dans la mesure où elle est expressément permise par la présente loi, la renonciation aux droits, avantages ou protections qui y sont prévus est nulle.

1. Un dernier aspect de la *BPCPA* commande notre attention : la nature du droit d’action prévu au par. 172(1). En plus d’autoriser le directeur à intenter une action en vue d’obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, le par. 172(1) permet aussi à toute autre personne qu’un fournisseur de le faire. En ce sens, le par. 172(1) crée un recours susceptible d’être exercé par le représentant d’un groupe. Le paragraphe 172(2) dissipe toute ambiguïté à cet égard dans le cas du directeur. Dans le cas d’une action intentée par toute autre personne, l’absence de toute obligation que cette personne soit touchée elle-même par l’opération commerciale en cause confirme tout aussi clairement son pouvoir d’agir en qualité de représentante. On peut aussi obtenir, en qualité de représentant, les réparations susmentionnées, soit le jugement déclaratoire et l’injonction.
2. Le directeur doit être informé — par signification d’une copie du bref d’assignation ou de l’avis de demande — de toute action intentée sur le fondement de l’un ou l’autre des art. 171 ou 172 (par. 173(1)). Par la suite, sur demande, la cour peut l’autoriser à intervenir aux conditions qu’elle estime équitables (par. 173(2)). Comme les juridictions inférieures n’ont pas analysé la portée de l’art. 172 et les conditions de son application, le dossier ne révèle pas si le directeur a effectivement reçu signification d’un avis de demande.
3. Après avoir exposé les régimes législatifs en matière d’arbitrage et de protection des consommateurs établis en Colombie‑Britannique, nous aborderons maintenant l’examen de la nature des recours en cause dans le présent pourvoi.

# E. *Nature du recours collectif*

1. Notre Cour a reconnu que les recours collectifs constituent un moyen de faciliter l’accès à la justice, d’améliorer l’efficacité des recours civils, de réduire les coûts associés à ceux‑ci, et de prévenir ou de modifier les pratiques nuisibles ou suscitant des risques (voir à titre d’exemple *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 28; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Bisaillon*, par. 16). Le recours collectif joue donc « un rôle social et juridique considérable » en droit canadien (*Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 43).
2. Toutefois, étant donné qu’un recours collectif n’est qu’un moyen de regrouper des réclamations individuelles, il concerne la procédure utilisée pour introduire une action. Comme l’a affirmé notre Cour, l’autorisation d’un recours collectif confère un droit procédural. Cette autorisation ne modifie ni le droit substantiel applicable, ni les droits substantiels des parties elles‑mêmes. Un recours collectif projeté « ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas » (*Bisaillon*, par. 17). Les juges majoritaires dans *Bisaillon* ont expliqué l’incidence de la nature procédurale des recours collectifs sur la compétence des tribunaux judiciaires :

En bref, la procédure de recours collectif ne saurait avoir pour effet de conférer à la Cour supérieure compétence sur un ensemble de litiges qui, autrement, relèveraient de la compétence *ratione materiae* d’un autre tribunal. Sauf dans la mesure prévue par la loi, cette procédure ne modifie pas la compétence des tribunaux. Elle ne crée pas non plus de nouveaux droits substantiels. [par. 22]

Voir également les motifs majoritaires et les motifs dissidents de notre Cour dans *Dell* (par. 105‑106, 108 et 224), ainsi que les motifs dissidents dans *Marcotte*, par. 125, citant *Bisaillon* et *Dell*.

1. Il convient de réitérer qu’on a de tout temps jugé que les clauses d’arbitrage touchaient à la compétence des tribunaux judiciaires d’instruire un recours. Comme il ressort de notre analyse de l’évolution historique de l’arbitrage, les conventions d’arbitrage ont été autrefois jugées contraires à l’ordre public parce qu’elles auraient visé à priver injustement les tribunaux judiciaires de leur compétence. On ne considère plus aujourd’hui les clauses d’arbitrage comme contraires à l’ordre public, mais il demeure qu’elles représentent un choix juridictionnel des parties à la convention. En effet, dans *Dell*, tant les juges majoritaires que les juges minoritaires ont conclu qu’une convention d’arbitrage représentait un tel choix. Selon les juges minoritaires, cette option en faveur de l’arbitrage confère un droit contractuel substantiel (par. 160). Voir également *Jedfro Investments (U.S.A.) Ltd. c. Jacyk Estate* (2005), 2 B.L.R. (4th) 151 (C.S.J. Ont.), par. 9, conf. tant par la Cour d’appel ((2006), 80 O.R. (3d) 533) que par notre Cour (2007 CSC 55, [2007] 3 R.C.S. 679, la juge en chef McLachlin), mais ni la Cour d’appel ni notre Cour n’a traité du principe de droit susmentionné.
2. Les juges dissidents dans *Dell* ont souligné « 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 ». Toujours selon eux, il « ne fait [. . .] 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 » (par. 150). Le droit substantiel de recourir à l’arbitrage, créé par contrat, dessaisit effectivement la cour supérieure de sa compétence de connaître du litige entant qu’action en justice. Par conséquent, le simple fait d’introduire un recours collectif ne peut conférer à un tribunal judiciaire une compétence qu’il ne posséderait pas par ailleurs sur les réclamations individuelles des membres du groupe proposé.

F. *L’effet de la CAA sur le droit procédural revendiqué et la validité de la renonciation*

1. Comme nous l’avons conclu plus haut, le principe de compétence‑compétence appartient au droit interne de l’arbitrage de la Colombie‑Britannique. En l’absence de contestation de la compétence de l’arbitre fondée sur une question de droit ou une question mixte de droit et de fait nécessitant seulement un examen superficiel de la preuve au dossier, l’arbitre est compétent pour connaître, en première instance, d’une contestation portant sur l’existence, la validité et la portée d’une convention d’arbitrage.
2. Comme nous l’avons également affirmé, l’introduction d’un recours collectif ne peut attribuer à un tribunal judiciaire compétence sur un litige dont il ne pouvait pas se saisir en raison d’une convention d’arbitrage. Notre Cour a clairement indiqué que l’arbitrage, en tant que mécanisme légitime de règlement des différends à caractère privé, s’applique à toutes sortes de litiges, sauf si la législature a explicitement manifesté son intention de soustraire l’objet du litige à la législation en matière d’arbitrage. En Colombie‑Britannique, la législature n’a pas explicitement légiféré en ce sens, et les litiges de consommation peuvent être soumis à l’arbitrage.
3. Mme Seidel soutient néanmoins que l’arbitre n’a pas compétence pour accorder l’une ou l’autre des mesures de réparation prévues à l’art. 172 de la *BPCPA*: un jugement déclaratoire (al. 172(1)a)), ou une injonction provisoire ou permanente (al. 172(1)b)). Selon Mme Seidel, seule la Cour suprême de la Colombie‑Britannique peut le faire, de sorte que le par. 172(1) lui‑même crée un droit substantiel de demander à l’appareil judiciaire public de trancher un litige. L’entente visant à soumettre le présent litige à l’arbitrage constituerait donc une renonciation — contraire à l’art. 3 de la *BPCPA* — au droit substantiel de solliciter les réparations susmentionnées. En fait, Mme Seidel soutient que l’arbitre potentiel n’a pas compétence pour accorder les réparations demandées, et donc sur l’objet de sa demande (voir à titre d’exemple *Bisaillon*, par. 29). Cet argument soulève une question de droit qui, selon l’exception prescrite dans *Dell*, doit être tranchée d’abord par un tribunal judiciaire plutôt que par un arbitre. Compte tenu des art. 171 et 172 de la *BPCPA* ainsi que des pouvoirs conférés aux arbitres en Colombie‑Britannique, nous estimons que la législature n’a pas exclu le renvoi à l’arbitrage de ces demandes.
4. L’argument de Mme Seidel repose sur l’art. 3 de la *BPCPA*, qui prévoit la nullité de toute renonciation aux droits, avantages ou protections prévus par cette loi. En réalité, il faut décider à cette étape si la désignation, au par. 172(1), de la Cour suprême comme instance où une action peut être intentée constitue un droit, un avantage ou une protection auquel l’art. 3 interdit de renoncer. Pour répondre à cette question, on doit déterminer, sur le plan juridique, la nature des droits, avantages et protections qu’énonce l’art. 172. Autrement dit, lorsque l’art. 3 s’applique de manière à empêcher une renonciation à des droits, avantages ou protections, vise‑t‑il seulement la réparation sollicitée par le demandeur ou aussi le choix de l’instance susceptible de l’accorder? À notre avis, la réponse à cette question est que les moyens constituent simplement une façon d’arriver à une fin. La réparation est la fin, et le recours à l’arbitrage permet d’obtenir les mêmes réparations, et peut‑être d’autres encore, que le recours au système judiciaire public. Le demandeur qui se fonde sur l’art. 172 cherche à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction. Tant l’arbitre que les tribunaux peuvent trancher une demande pécuniaire fondée sur l’art. 171. L’important en l’espèce, c’est que le décideur possède le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire ou une injonction, les réparations mêmes qu’envisage l’art. 172.
5. Les remarques précédentes laissent présager notre opinion sur la question de savoir si les arbitres sont dépourvus de la compétence nécessaire pour accorder les jugements déclaratoires et les injonctions provisoires ou permanentes prévus aux al. 172(1)a) et b) ainsi que les mesures de réparation accessoires prévues au par. 172(3). S’ils ne possèdent pas ce pouvoir, il faut, dans la mesure où Mme Seidel cherche à obtenir un jugement déclaratoire et des injonctions, conclure que la convention d’arbitrage constitue une renonciation interdite par l’art. 3 de la *BPCPA*. En effet, le recours à l’arbitrage la priverait d’un droit, un avantage ou une protection au sens de l’art. 3 de la *BPCPA*.
6. Pour trancher les litiges qui leur sont soumis, les arbitres doivent appliquer la loi, comme le prévoit l’art. 23 de la *CAA* :

[traduction]

**23** L’arbitre statue sur l’affaire dont il est saisi en tenant compte des lois applicables à moins que les parties, suivant une convention visée à l’article 35, n’aient convenu qu’il peut se fonder sur des motifs d’equity, des raisons de conscience ou d’autres motifs.

Dans la même veine, l’art. 33 des règles du BCICAC prévoit ce qui suit :

[traduction]

**33.** . . .

Le tribunal d’arbitrage statue sur le litige conformément à la loi à moins que les parties ne conviennent par écrit aux termes de l’article 23 de la *Commercial Arbitration Act* qu’il peut se fonder sur des motifs d’equity, des raisons de conscience ou d’autres motifs.

1. De façon générale, on reconnaît que, dans l’exercice de leur compétence sous le régime des lois en matière d’arbitrage, et pourvu que la convention d’arbitrage en cause soit rédigée en termes généraux, les arbitres possèdent le [traduction] « pouvoir de rendre les ordonnances que pourraient rendre les tribunaux judiciaires, que ce soit sur le fondement du droit des contrats, la responsabilité délictuelle ou l’equity, ou en vertu de la loi » (Casey et Mills, p. 151).
2. Mais la législation de la Colombie‑Britannique va plus loin, en accordant explicitement aux arbitres de larges pouvoirs de réparation. Comme nous l’avons souligné précédemment, l’art. 22 de la *CAA* dispose que, sauf entente contraire des parties, les règles du BCICAC s’appliquent à tous les arbitrages tenus sous le régime de la Loi. Par ailleurs, l’art. 29 des règles du BCICAC accorde à l’arbitre les pouvoirs de réparation suivants :

[traduction]

**29.** **Pouvoirs généraux du tribunal d’arbitrage**

(1) Sans restreindre la généralité de l’article 19 des présentes règles ou de toute autre disposition y figurant et conférant compétence ou des pouvoirs au tribunal d’arbitrage, et sauf entente contraire des parties, le tribunal d’arbitrage peut :

a) ordonner un ajournement de l’instance;

b) rendre une ordonnance partielle;

c) rendre une ordonnance provisoire ou se prononcer sur toute question pouvant faire l’objet d’une sentence définitive, notamment en matière de dépens, ou rendre une ordonnance visant à protéger ou à préserver les biens visés par le litige;

d) ordonner l’examen de documents, pièces ou autres biens, notamment une inspection matérielle;

e) ordonner que l’audience soit enregistrée;

f) en tout temps, proroger ou abréger un délai qu’il a lui‑même fixé ou tout délai prescrit par les présentes règles;

g) permettre à un membre du tribunal d’arbitrage de rendre des ordonnances provisoires ou autres, notamment en vue de régler des questions soulevées lors d’une rencontre préalable à l’audience et qui ne concernent pas le fond du litige;

h) ordonner à une partie de fournir un cautionnement pour les frais juridiques ou autres d’une partie en déposant une somme ou en présentant une garantie bancaire ou de toute autre façon que le tribunal d’arbitrage estime appropriée;

i) ordonner à toute partie de fournir une garantie à l’égard de tout ou partie du montant en litige;

j) ordonner qu’une partie ou un témoin soit interrogé sous serment ou sous affirmation solennelle et, à cette fin, faire prêter serment ou recevoir une affirmation solennelle;

k) ordonner des exécutions en nature, ordonner la rectification, prononcer des injonctions et ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity.

1. Dans les arrêts *Automatic Systems Inc.* et *Wires Jolley*, la Cour d’appel de l’Ontario a établi une distinction utile entre la désignation, sur le plan procédural, de l’instance pouvant être saisie d’une affaire et les mesures de protection substantielles mises en place par un régime législatif donné. Dès lors que le choix d’une juridiction particulière n’élimine pas le droit substantiel d’obtenir une réparation prévue par la législation, l’instance désignée peut à juste titre connaître du litige.
2. L’arbitre qui tire sa compétence de la *CAA*, et de ce fait des règles du BCICAC, possède lui aussi de larges pouvoirs de réparation. L’alinéa 29(1)k) des règles l’autorise explicitement à prononcer [traduction] « des injonctions et ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity ». L’arbitre peut donc, sauf en cas d’entente contraire des parties, prononcer le jugement déclaratoire et l’injonction sollicités par Mme Seidel sur le fondement des al. 172(1)a) et b) de la *BPCPA*.
3. Notre collègue affirme que, dans le contexte de la protection des consommateurs, les principes de l’accès à la justice exigent une mesure de réparation publique qui ne saurait viser uniquement les parties à l’opération commerciale en litige, et que les recours eux‑mêmes doivent être instruits par une seule instance publique : le tribunal judiciaire. En réponse à cet argument, nous faisons remarquer que l’accès à la justice est protégé tant par les vastes pouvoirs dévolus aux arbitres que par la possibilité, pour le représentant, d’exercer un recours sous le régime de la *BPCPA*.
4. Les consommateurs tiers qui tirent profit d’un jugement déclaratoire ou d’une injonction prononcé par un arbitre à l’encontre de TELUS ne seraient pas liés par l’ordonnance de l’arbitre, mais TELUS le serait. Puisqu’on n’a pas demandé à d’autres consommateurs de prendre des engagements, il n’y aurait aucun inconvénient à rendre une ordonnance ne liant pas ces tiers. L’arbitre détient le pouvoir d’accorder les réparations sollicitées dans la mesure où elles concernent le litige entre Mme Seidel et TELUS. Mme Seidel et TELUS sont toutes deux parties à la convention d’arbitrage.
5. Notre collègue met l’accent sur le fait que les procédures d’arbitrage en tant que telles se déroulent en privé de façon confidentielle, mais ce que Mme Seidel cherche à obtenir, c’est une décision. Il n’existe aucune obligation de garder confidentielle la décision arbitrale elle-même, dans laquelle serait prévue la réparation sollicitée par Mme Seidel si cette dernière a gain de cause. D’abord, une partie conserve toujours la possibilité de demander l’exécution de la sentence arbitrale devant la cour de justice en vertu de l’art. 29 de la *CAA* :

[traduction]

**29** Avec l’autorisation de la cour, une sentence peut être exécutée de la même manière qu’un jugement ou une ordonnance de la cour au même effet, et le jugement peut être incorporé à la sentence.

Puis, la clause d’arbitrage convenue par les parties au présent litige prévoit les modalités d’exécution de la décision. Nous citons l’extrait pertinent de cette clause : [traduction] « L’une ou l’autre des parties peut intenter une action en justice en vue de faire respecter et exécuter la sentence arbitrale rendue, après un délai de trente (30) jours à compter de la date de cette sentence. »

1. Ensuite, rappelons que les arbitres qui tirent leur compétence de la *CAA* disposent de vastes pouvoirs de réparation, notamment celui de prononcer [traduction] « des injonctions et [d’]ordonner d’autres mesures de réparation reconnues en equity » (al. 29(1)k), règles du BCICAC). Ils doivent en outre appliquer les lois (art. 23, *CAA*; art. 33, règles du BCICAC). Rien dans le dossier ne laisse croire que les arbitres ne pourraient pas rendre le même genre d’injonction que celle envisagée par l’al. 172(1)b) de la *BPCPA*. Ainsi, un arbitre pourrait ordonner à un fournisseur, en l’espèce TELUS, d’informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle (al. 172(3)c)). Une ordonnance de cette nature remplirait l’objectif d’ordre public qui, selon notre collègue, est nécessaire pour atteindre les objectifs plus généraux de la *BPCPA*. Les vastes pouvoirs de réparation dévolus aux arbitres leur permettent d’accorder cette réparation publique.
2. Cela nous amène à un autre aspect de la question : celui de déterminer si la désignation, à l’art. 172, de la Cour suprême de la Colombie‑Britannique comme instance où des demandes *peuvent* être introduites confirme l’intention de la législature de conférer à cette cour la compétence exclusive de trancher ces demandes en vertu de la *BPCPA*. À notre avis, le contexte général, le libellé de cette disposition, la doctrine et la jurisprudence permettent de répondre à cette question par la négative.
3. Comme nous l’avons vu, l’art. 171 de la *BPCPA* porte principalement sur les demandes de dommages‑intérêts. Notre collègue le juge Binnie convient que les règles générales en matière de compétence s’appliquent, et qu’un arbitre peut valablement trancher les demandes susmentionnées en première instance. L’art. 171 est pertinent parce qu’il prévoit expressément que la Cour provinciale est compétente même si une infraction à la *BPCPA* peut aussi constituer un libelle ou de la diffamation, des délits sur lesquels elle n’aurait par ailleurs pas compétence (pour ce qui est des règles générales, voir : *Supreme Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 443, art. 15; *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 379; *Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 430, art. 3). Ces éléments sont comparables à la désignation, à l’art. 172, de la Cour suprême de la Colombie‑Britannique. Cette disposition ne déroge pas aux règles générales et vise à préciser que c’est la Cour suprême, et non la Cour provinciale, qui peut rendre des jugements déclaratoires et accorder des injonctions. Cette seule mention de la Cour suprême ne suffit pas par elle‑même pour confirmer l’attribution à cette Cour d’une compétence exclusive sur les réparations prévues à l’art. 172. L’usage du mot [traduction] « peut » dans cet article révèle encore plus clairement l’intention de ne pas attribuer seulement à la Cour suprême le pouvoir d’attribuer les réparations en question. Nous reproduisons encore une fois ci‑dessous le texte du par. 172(1) :

[traduction]

**172** (1) Le directeur ou une personne autre qu’un fournisseur — que cette personne ait ou non un intérêt, particulier ou autre, à faire valoir sous le régime de la présente loi ou qu’elle soit ou non touchée par l’opération commerciale à l’origine du litige — peut intenter une action devant la Cour suprême en vue d’obtenir :

a) un jugement déclarant qu’un acte commis par un fournisseur, ou sur le point de l’être, ou une pratique qu’il utilise, ou est sur le point d’utiliser, en ce qui concerne une opération commerciale contrevient à la présente loi ou à ses règlements;

b) une injonction provisoire ou permanente interdisant au fournisseur de contrevenir à la présente loi ou à ses règlements.

1. La jurisprudence applicable aux autres mentions analogues des cours supérieures ou des cours d’origine législative dans le cas des clauses d’arbitrage confirme également cette interprétation en matière de compétence. En fait, l’argument de Mme Seidel a été avancé dans *Desputeaux*. Dans cette affaire, on a demandé à notre Cour de déterminer notamment si une convention visant à assujettir à l’arbitrage un litige en matière de droit d’auteur était exécutoire compte tenu de l’art. 37 de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C‑42, qui est rédigé en ces termes :

**37.** La Cour fédérale, concurremment avec les tribunaux provinciaux, connaît de toute procédure liée à l’application de la présente loi, à l’exclusion des poursuites visées aux articles 42 et 43.

On a soutenu que l’art. 37 empêcherait toute instance autre qu’un tribunal judiciaire — la Cour fédérale et la Cour supérieure du Québec dans cette affaire — d’instruire et de régler les litiges visés par la *Loi sur le droit d’auteur*.

1. Notre Cour n’a pas accepté cette thèse, concluant que l’art. 37 ne visait qu’à identifier une instance susceptible de connaître de certains litiges :

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

1. Dans *Wires Jolley*, la Cour d’appel de l’Ontario a appliqué l’arrêt *Desputeaux* et poussé plus loin l’analyse qui y est faite. Dans *Wires Jolley*, il fallait décider si l’art. 23 de la *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15, conférait à la Cour supérieure de justice une compétence exclusive. L’article 23 prévoyait ce qui suit :

**23** Nulle action ne doit être intentée à l’égard de l’entente mais, à l’exception de la Cour des petites créances, le tribunal qui a été saisi de l’affaire ou d’une partie de celle‑ci ou un juge de ce tribunal ou, si l’affaire n’a pas été soumise à un tribunal, la Cour supérieure de justice, peut étudier et trancher toute question relative à la validité ou à l’effet de l’entente, en ordonner l’exécution ou la résiliation sur requête d’une partie à l’entente ou de quiconque est tenu ou prétend être tenu de payer ou a le droit d’exiger ou prétend avoir le droit d’exiger les dépens, honoraires, frais ou débours visés par l’entente.

Appliquant l’arrêt *Desputeaux*, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que la seule fonction de l’art. 23 consistait à identifier une instance compétente :

[traduction] . . . l’arbitrage des litiges entre avocat et client n’est pas écarté du simple fait que la *Loi sur les procureurs* indique qu’un juge de la Cour supérieure de justice a le pouvoir de protéger les droits des clients. La Loi ne fait que déterminer quelle personne au sein du système judiciaire a le pouvoir de rendre une décision. Le droit de soumettre le litige à un décideur indépendant, qui peut interpréter l’entente et rendre une décision quant à des honoraires conditionnels, est préservé par l’arbitrage, de sorte que le principe d’intérêt public qui sous‑tend la Loi, à savoir veiller à ce qu’une instance soit légitimement en mesure de régler un différend, n’est pas entaché. [par. 73]

Convaincue que les droits prévus par la loi ayant une incidence sur le fond du litige ne seraient pas compromis par l’application de la clause d’arbitrage, la Cour d’appel a jugé que le litige pouvait à juste titre être soumis à l’arbitrage.

1. Nous constatons que, même avant l’arrêt *Desputeaux*, l’approche susmentionnée semble avoir été utilisée en vue de confirmer la possibilité d’un recours à l’arbitrage et de nier la nécessité d’une action en justice. À titre d’exemple, dans *Automatic Systems Inc.*, la Cour d’appel de l’Ontario a été appelée à déterminer si un recours fondé sur un privilège de construction pouvait être soumis à l’arbitrage aux termes d’une convention régie par la législation en matière d’arbitrage international.  Le juge Austin s’est demandé si le recours à l’arbitrage mettrait en péril des droits appartenant au créancier privilégié. Selon lui, il n’était pas évident que la partie s’opposant à l’arbitrage [traduction] « perdrait des droits qu’elle possède déjà » (par. 17).
2. En l’espèce, le par. 172(1) de la *BPCPA* prévoit qu’une action *peut* être intentée devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique. Son libellé n’est pas suffisamment précis pour permettre de conclure que la législature a voulu exclure l’arbitrage des mécanismes de règlement des différends susceptibles d’être utilisés pour trancher des demandes fondées sur la *BPCPA*.  La conclusion tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Wires Jolley* à propos de l’art. 23 de la *Loi sur les procureurs* — selon laquelle cet article identifie la personne qui, au sein du système judiciaire, est investie du pouvoir décisionnel —vaut aussi en l’espèce pour le par. 172(1) de la *BPCPA*. Ce paragraphe désigne l’instance qui, au sein du système judiciaire, peut être saisie du litige mais il ne vise pas à écarter la compétence d’autres instances comme les tribunaux d’arbitrage.
3. Nous partageons l’opinion selon laquelle une déclaration claire de l’intention du législateur est nécessaire pour soustraire une catégorie particulière de litiges à l’arbitrage. Le point de vue contraire implique un retour à l’attitude hostile à l’arbitrage que manifestaient jadis les tribunaux judiciaires, et à l’approche utilisée avant l’arrêt *Zodiak* qui niait la possibilité de renoncer au droit d’intenter une action devant le système judiciaire public. Bien qu’il précise qu’« [e]n l’absence d’intervention de la législature, les tribunaux donnent généralement effet aux clauses d’un contrat commercial librement conclu dans lequel figure une clause d’arbitrage, et ce, même s’il s’agit d’un contrat d’adhésion » (par. 2), à notre avis, le propos de notre collègue le juge Binnie constitue un tel retour en arrière.
4. Le fait que la *BPCPA* serve une fin d’intérêt public et désigne à cet égard la Cour suprême comme instance habilitée à prononcer un jugement déclaratoire ou à accorder une injonction est loin d’être suffisamment explicite pour nous permettre de conclure que l’art. 172 « constitue une dérogation législative à la liberté des parties de choisir l’arbitrage » (motifs du juge Binnie, par. 40). Nous convenons avec notre collègue qu’il est loisible à la législature de se fier aux initiatives de parties privées pour atteindre l’objectif d’intérêt public de remédier aux infractions à la *BPCPA* et qu’en cette période de compressions budgétaires, elle n’a peut‑être pas vraiment le choix. Toutefois, en édictant l’art. 172, la législature a permis non seulement au directeur et à toute autre personne qui sollicitent des ordonnances au nom de l’ensemble des consommateurs de poursuivre les demandes, mais elle a aussi autorisé le traitement de ces demandes en vertu des règles d’arbitrage. La législature a ainsi fourni un moyen d’obtenir le même jugement déclaratoire ou la même injonction à l’encontre d’un fournisseur par le recours au régime privé de règlement des différends que par l’exercice d’un recours collectif. Cette façon de faire ne peut qu’être bénéfique pour l’accès à la justice.
5. Enfin, nous faisons remarquer que l’approche prônée par notre collègue donnerait lieu à une bifurcation des procédures. Il conclut que la clause d’arbitrage vise le recours de Mme Seidel en dommages‑intérêts en vertu de la common law ou de l’art. 171 de la *BPCPA*, mais que ses demandes en vue d’obtenir des jugements déclaratoires et des injonctions sur le fondement du par. 172(1) ressortissent à la Cour suprême de la Colombie‑Britannique. On peut se demander si les délais et les coûts additionnels inhérents à une bifurcation des recours — surtout entre deux juridictions différentes — favorisent l’accès à la justice dans le présent contexte.
6. Même s’il subsistait encore un doute quant à savoir si la convention d’arbitrage a écarté la compétence de la Cour suprême de la Colombie‑Britannique, une demande visant à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction et d’autres réparations accessoires fondées sur les par. 172(1) et (3) de la *BPCPA* pourrait difficilement constituer la [traduction] « meilleure procédure » de l’al. 4(1)d) de la *CPA* et donc être autorisée comme recours collectif. Dans *Marcotte*, les juges majoritaires ont conclu qu’il serait inutile d’autoriser une action en nullité en tant que recours collectif parce qu’« [u]ne action individuelle en nullité aurait permis l’annulation à l’égard de tous les citoyens et contribuables de la municipalité » (par. 27). Autrement dit, une déclaration de nullité a un effet *in rem*. Cet argument vaut tout autant lorsqu’il s’agit des effets d’un jugement déclaratoire ou d’une injonction rendus en vertu de la *BPCPA*. Puisque le directeur ou toute autre personne peut agir comme demandeur, un recours collectif visant à obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction ne pourrait en aucun cas répondre à l’exigence de la *CPA* de constituer la « meilleure procédure ». En effet, une action individuelle visant le même résultat pourrait être intentée contre un fournisseur et aurait le même effet qu’une action *in rem* à l’égard de tous les consommateurs de la province susceptibles d’exercer le même recours. De plus, l’art. 41 de la *CPA* ferait obstacle à l’autorisation d’un tel recours collectif. Tout argument fondé sur la thèse voulant que le principe d’accès à la justice exige que les actions fondées sur l’art. 172 de la *BPCPA* prennent la forme d’un recours collectif est donc sans fondement. L’accès à la justice est préservé par l’arbitrage sans qu’il soit nécessaire de procéder par voie de recours collectif.
7. L’arbitre peut accorder, à l’encontre de TELUS, les réparations prévues à l’art. 172 de la *BPCPA*. La convention d’arbitrage entre Mme Seidel et TELUS ne constitue donc pas une renonciation irrégulière aux droits, avantages ou protections que l’art. 3 de la *BPCPA* confère à Mme Seidel. Ainsi, dans sa forme actuelle, la *BPCPA* ne fournit aucun motif à un tribunal judiciaire de rejeter une demande de suspension d’instance fondée sur l’art. 15 de la *CAA*. L’article 3 de la *BPCPA* n’interdit pas les conventions visant à assujettir les litiges de consommation à l’arbitrage ou à limiter autrement l’accès au recours collectif parce que l’art. 172 de la *BPCPA* désigne simplement l’instance appelée à statuer, dans le système judiciaire public, sur les droits, avantages et protections qu’offre l’art. 3.  Cependant, l’art. 172 n’exclut pas explicitement la possibilité pour d’autres tribunaux, comme les tribunaux d’arbitrage, d’avoir compétence en la matière.
8. Mme Seidel soulève néanmoins plusieurs considérations de principe qui, selon elle, empêchent de conclure que les conventions d’arbitrage peuvent s’appliquer à des litiges de consommation. Parmi ces considérations, signalons les suivantes : (1) les clauses d’arbitrage insérées dans les contrats de consommation constituent un moyen de priver les consommateurs de l’accès à la justice; (2) certains tribunaux judiciaires, surtout américains, ont conclu que les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation étaient abusives, particulièrement lorsque s’y ajoute une renonciation aux droits en matière de recours collectifs; (3) les conventions d’arbitrage dans les contrats de consommation freinent l’évolution de la common law dans ce domaine; et (4) les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation contrecarrent la modification du comportement, un des objectifs des recours collectifs (voir m.a., par. 88).
9. Certains auteurs ont aussi exprimé les mêmes préoccupations. Voir à titre d’exemple H. Bromfield, « The Denial of Relief : The Enforcement of Class Action Waivers in Arbitration Agreements » (2009), 43 *U.C. Davis L. Rev.* 315; J. R. Sternlight et E. J. Jensen, « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions : Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? » (2004), 67 *Law & Contemp. Probs.* 75; J. M. Glover, « Beyond Unconscionability : Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements » (2006), 59 *Vand. L. Rev.* 1735; G. Saumier, « Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape » (2009), 113 *Penn. St. L. Rev.* 1203.
10. Toutefois, la croyance que les clauses d’arbitrage dans les contrats de consommation nient l’accès à la justice ne fait pas l’unanimité. Voir à titre d’exemple A. D. Little, « Canadian Arbitration Law After *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs* » (2007), 45 *Rev. can. dr. comm.* 356, p. 378‑379. De plus, aucun de ces auteurs n’a analysé la question de la compétence dans des situations où l’arbitre dispose de pouvoirs aussi vastes que ceux en Colombie‑Britannique.
11. Nous ne pouvons souscrire à l’argument de Mme Seidel voulant que l’arbitrage empêche la réalisation de l’un des objectifs du recours collectif — celui d’obtenir une modification des comportements. Nous tenons à rappeler que les parties ont convenu par contrat qu’un tribunal judiciaire peut donner force exécutoire à toute sentence arbitrale qui comporterait une ordonnance déclaratoire ou une injonction. L’article 15 de la *CAA* habilite le tribunal judiciaire à rendre une telle ordonnance sur autorisation. De plus, comme nous l’avons fait remarquer, il est loisible à l’arbitre d’accorder la réparation accessoire prévue à l’al. 172(3)c) consistant à obliger TELUS à informer le public en général du contenu de tout jugement ou ordonnance prononcé contre elle. La possibilité de contraindre TELUS à modifier son comportement n’est donc pas écartée par le règlement du présent litige en arbitrage.
12. Notre Cour a statué que les contrats types ou contrats d’adhésion constituent des conventions valides et exécutoires. Nous reconnaissons que les conventions d’arbitrage qui régissent les litiges de consommation et qui se trouvent dans des contrats types peuvent être plus problématiques du point de vue de l’ordre public. Toutefois, elles ne sont pas considérées comme intrinsèquement invalides en raison de leur incompatibilité avec l’ordre public (voir à titre d’exemple *Dell*, par. 228). Elles ne sont pas non plus foncièrement inéquitables envers les consommateurs. Si nous devions accepter cet argument, comme notre collègue le juge Binnie semble le faire implicitement, il en résulterait un retour à l’ancienne attitude suivant laquelle l’arbitrage en soi était jugé contraire à l’ordre public. De plus, on dérogerait ainsi au raisonnement qui sous‑tend l’arrêt *Dell*.
13. Comme nous l’avons affirmé précédemment, cette hostilité vis‑à‑vis l’arbitrage n’est plus la norme et ce changement découle en grande partie de l’intervention du législateur. Comme l’a déclaré notre Cour dans l’arrêt *Desputeaux*, par exemple, la décision de cerner davantage la notion d’« ordre public » dans le contexte de l’arbitrage « visait clairement à écarter un courant jurisprudentiel antérieur qui soustrayait à la compétence arbitrale toute question relevant de l’ordre public » (par. 53).
14. Les tribunaux judiciaires ont accepté l’opinion selon laquelle la présence du facteur « ordre public », lorsqu’il s’agit de déterminer s’il est possible de soumettre une catégorie particulière de litiges à l’arbitrage, n’implique pas le recours à une instance différente, pour autant que l’arbitrage respecte le régime législatif applicable. À titre d’exemple, dans *Wires Jolley*, où la législature n’avait pas explicitement exclu l’arbitrage, la Cour d’appel de l’Ontario a rejeté la conclusion du juge des requêtes selon laquelle il revient aux tribunaux judiciaires, pour des raisons d’ordre public, de statuer sur la question de la relation entre les membres de la profession juridique — qui jouissent d’un monopole sur le plan professionnel — et une population vulnérable.
15. Par ailleurs, il faut toujours examiner au cas par cas, en tenant compte des faits pertinents, la question de savoir si une convention d’arbitrage se trouvant dans un contrat de consommation est inéquitable ou abusive. Notre Cour a reconnu qu’« il pourrait en fait être approprié ou préférable, dans certaines circonstances, de recourir à l’arbitrage pour régler les litiges de consommation » (*Dell*, par. 223, les juges Bastarache et LeBel, dissidents, mais non sur ce point). Mme Seidel presse néanmoins la Cour d’appliquer les décisions rendues par un certain nombre de tribunaux judiciaires américains, qui ont statué que les conventions d’arbitrage préalables au litige, particulièrement lorsqu’elles s’ajoutent à une clause de renonciation au recours collectif, sont nulles par application de la théorie de l’iniquité propre au droit des contrats (voir à titre d’exemple *Ting c. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003); *Szetela c. Discover Bank*, 118 Cal.Rptr.2d 862 (Ct. App. 2002)). Toutefois, les tribunaux canadiens n’ont pas adopté la doctrine de l’iniquité et notre Cour a accepté l’utilisation des contrats types dans le domaine de la consommation. Les tribunaux judiciaires ont plutôt laissé à la discrétion des législatures le soin de déterminer s’il convient ou non de soumettre une catégorie particulière de différends à l’arbitrage.
16. Il importe de se rappeler que la législature de la Colombie‑Britannique demeure libre de remédier à toute injustice ou difficulté qui paraîtrait résulter de l’insertion de clauses d’arbitrage dans des contrats de consommation. D’ailleurs, l’arrêt *Dell* de notre Cour n’a plus de pertinence dans le contexte du droit de la consommation québécois. La législature du Québec avait en effet modifié la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P‑40.1, et cette loi avait été adoptée avant que l’affaire *Dell* ne soit débattue devant notre Cour (voir par exemple la *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). Ces modifications étaient sur le point d’entrer en vigueur lorsque la Cour a rendu l’arrêt *Dell*.
17. L’Ontario et l’Alberta ont aussi jugé bon de modifier leur législation en matière de protection du consommateur et choisi d’interdire la renonciation au recours collectif et l’insertion de clauses d’arbitrage dans les contrats régis par leurs lois sur la protection du consommateur (voir à titre d’exemple la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, ch. 30, ann. A, par. 7(1), 7(5), 8(1) et 8(4); la *Fair Trading Act*, R.S.A. 2000, ch. F‑2, art. 16 : une action ne peut être intentée ou poursuivie si le consommateur a accepté par écrit de soumettre le litige à l’arbitrage et le ministre a approuvé la convention d’arbitrage). Plus important encore, ces choix législatifs ont été faits bien avant que les affaires *Dell* et *Rogers* ne soient débattues devant notre Cour et tranchées par celle-ci.
18. Ainsi, même avant *Dell* se manifestait dans certaines provinces la tendance d’interdire les clauses d’arbitrage et les renonciations aux recours collectifs dans le cas des litiges de consommation. Il appartient aux législateurs et non aux tribunaux judiciaires de faire de tels choix. La législature de la Colombie‑Britannique a fait son choix en incorporant la Convention de New York et la Loi type dans sa législation interne et en omettant d’adopter des dispositions limitant expressément les clauses d’arbitrage et les renonciations aux recours collectifs en matière de consommation. Elle a fait un autre choix, celui d’investir les arbitres de vastes pouvoirs de réparation. Notre Cour doit respecter ces choix. Aucune des considérations de principe invoquées par Mme Seidel ne saurait modifier cette situation.

# IV. Dispositif

1. Pour ces motifs, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Les parties devraient supporter leurs propres dépens.

*Pourvoi accueilli en partie, avec dépens dans toutes les cours, les juges* LeBel*,* Deschamps*,* Abella *et* Charron *sont dissidents.*

Procureurs de l’appelante : Grant Kovacs Norell, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l’intervenant le Barreau du Québec : B C F, Montréal.

Procureurs de l’intervenant le Congrès d’arbitrage canadien : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l’intervenante ADR Chambers Inc. : Perley‑Robertson, Hill & McDougall, Ottawa.