

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

Majdi CHAKROUN

Volume 104, numéro 2, septembre 2002

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1046006ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1046006ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

CHAKROUN, M. (2002). LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC. *Revue du notariat*, 104(2), 231–275. <https://doi.org/10.7202/1046006ar>

**LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN
VALEURS MOBILIÈRES DE L'ARBITRAGE
INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC***

Majdi CHAKROUN**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

**CHAPITRE I LE CHAMP D'APPLICATION FORMEL DE
LA PROCÉDURE**

SECTION 1 LES CONDITIONS PRÉLIMINAIRES

1. LES CONDITIONS RELATIVES AUX PARTIES

- 1.1 Les professionnels de l'industrie des valeurs mobilières
- 1.2 Le consommateur québécois

2. LES CONDITIONS RELATIVES AUX FAITS GÉNÉRATEURS

- 2.1 Les faits sont survenus après le 1^{er} janvier 1996
- 2.2 Les faits sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996 : article 2.b de la Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal et leurs clients

SECTION 2 LES CONDITIONS SUPPLÉMENTAIRES

1. LE CONSENTEMENT DU CLIENT

- 1.1 La constitutionnalité de la seule initiative du client
- 1.2 L'utilité de la seule initiative du client

* Le texte qui suit est un extrait remanié du mémoire de maîtrise présenté par l'auteur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur remercie monsieur le professeur Nabil N. ANTAKI et madame le professeur Charlaïne BOUCHARD dont les conseils et suggestions ont servi à peaufiner le présent article.

** L'auteur est titulaire du grade de maître en droit (LL.M.) de la Faculté de droit de l'Université Laval.

2. L'EXIGENCE DU CONSENTEMENT DES DEUX PARTIES

- 2.1 Pour l'application des procédures spécialisées
- 2.2 Pour l'application du Règlement général d'arbitrage commercial : article 3 de la Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal et leurs clients

CHAPITRE II LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARBITRAGE

SECTION 1 LA CONVENTION D'ARBITRAGE

- 1. LA NOTION DE CONVENTION D'ARBITRAGE**
- 2. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE**

SECTION 2 LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

- 1. LE PROCESSUS NORMAL DE DÉSIGNATION DES ARBITRES**
 - 1.1 L'arbitre
 - 1.2 Le tribunal arbitral
 - A. Le nombre d'arbitres
 - B. Le choix « d'un commun accord »
- 2. LE RÈGLEMENT DES PROBLÈMES LIÉS À LA CONSTITUTION**
 - 2.1 L'intervention du CACNIQ¹ pour la désignation du tribunal
 - 2.2 La remise en question de la composition du tribunal
 - A. La révocation ou la récusation de l'arbitre par les parties
 - B. La démission de l'arbitre

CONCLUSION

INTRODUCTION

L'arbitrage est devenu le mode préféré de règlement des litiges du commerce international, mais aussi dans beaucoup de pays, un mode apprécié de règlement de tous les litiges d'affaires de droit interne.

L'arbitrage constitue une renonciation, au moins partielle, au droit à la justice presque gratuite ainsi qu'à une partie de ses normes et de ses garanties. C'est la raison pour laquelle certains litiges sont soustraits à l'arbitrage et demeurent de la compétence des tribunaux publics alors que d'autres sont soumis à des normes de protection particulières qui visent à atténuer certains risques. C'est notamment le cas lorsque le législateur estime qu'un partenaire faible doit être protégé.

Il est admis que la protection s'impose dans le cas où un litige oppose un consommateur à une entreprise ou à un commerçant. Il est aussi admis que le « client » du commerçant ou du professionnel doit être protégé, non pas à cause de sa qualité, mais à cause de l'importance relativement peu élevée du montant en jeu qui constitue une limite à l'accessibilité à la justice.

L'arbitrage de consommation se particularise par le fait qu'on présume que les parties ne sont pas en mesure de négocier leur convention sur une base d'égalité et de définir ensemble le processus. À cet égard, la protection du plus faible devient impérative, et les procédures d'arbitrage doivent chercher à établir un équilibre entre les deux cocontractants.

L'arbitrage de consommation est encore mal connu et mal défini. Mais on peut avancer qu'il s'agit d'une procédure visant à faire résoudre, par un arbitre exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par des parties, un conflit surgissant à la suite d'un rapport contractuel qui implique un consommateur.

Il est fondamental que toutes les parties à un litige aient un accès raisonnable à la justice privée ou publique. Ceci est déterminé par le montant en litige et le coût de la procédure.

À cette fin, le législateur offre à certaines personnes, dans certains cas, la possibilité de recourir aux petites créances, et les centres d'arbitrage proposent une procédure allégée pour les litiges dont l'enjeu monétaire est peu élevé.

La procédure d'arbitrage proposée par l'Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (ACCOVAM¹) aux clients des courtiers sous l'égide du Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (CACNIQ²), lorsque le montant est inférieur à cent mille dollars (100 000 \$) canadiens, illustre bien ces deux préoccupations. Elle a été instaurée grâce à l'incitation de la Commission des valeurs mobilières du Québec (CVMQ³), soucieuse d'encourager les petits épargnants à investir sur le marché des valeurs québécoises.

L'arbitrage dans le domaine des valeurs mobilières est ancien et est très utilisé aux États-Unis où, contrairement au Canada, aucun plafond n'est déterminé. Le processus pratiqué au Canada a été introduit en Colombie-Britannique avant d'être importé au Québec en 1996. Le client du courtier américain se voit ainsi offrir le choix entre plusieurs systèmes d'arbitrage pour régler les conflits qui peuvent survenir à l'occasion des transactions⁴. D'ailleurs, une étude a indiqué que plus de dix millions de contrats comportaient des clauses compromissaires⁵ depuis que la Cour suprême s'était prononcée clairement, vers la fin des années 1980, en faveur de la clause compromissoire dans les contrats de valeurs mobilières⁶.

1 Association canadienne des courtiers en valeurs mobilières (ci-après citée ACCOVAM).

2 Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (ci-après cité CACNIQ).

3 Commission des valeurs mobilières (ci-après citée CVMQ).

4 John-P. CLEARY, « Filling Mastrobuono's order: the NASD arbitration policy task force ensures the enforceability of punitive damages awards in securities arbitration », (1996) 52 *Bus. Law* 199.

5 Hans Van HOUTE, « Arbitration involving securities », (1996) 12 *Arb. Intl.* 408, 417.

6 John-P. CLEARY, « Filling Mastrobuono's order: the NASD arbitration policy task force ensures the enforceability of punitive damages awards in securities arbitration », (1996) 52 *Bus. Law* 199.

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 235
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

La mise en place d'un système d'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières — assurant l'équilibre recherché et la protection du client — exige l'élaboration d'un programme de procédures spécialisées, car la loi sur l'arbitrage ne contient aucune disposition particulière sur ce point. En outre, ce domaine doit être géré par une institution d'arbitrage indépendante.

L'ACCOVAM et la Bourse de Montréal, avec l'aide du CACNIQ, ont pris l'initiative d'offrir aux justiciables des procédures spécialisées en valeurs mobilières⁷. Cette procédure spécialisée sera étudiée en deux parties : d'abord, le champ d'application formel de la procédure (chapitre I), ensuite la mise en œuvre de l'arbitrage⁸ (chapitre II).

7 Le CACNIQ est une personne morale sans but lucratif de droit québécois qui a pour objet de promouvoir des techniques alternatives et de gérer des dossiers de médiation et d'arbitrage commercial. Selon le Bulletin de liaison du CACNIQ, les réclamations traitées depuis le début de la corporation totalisent 200 552 564 \$ et ont été distribuées chaque année comme suit : en 1997, le Centre a géré 28 dossiers dont le total des réclamations atteignait 9 180 786 \$; en 1998, il y a eu 24 dossiers et 6 340 246 \$ de réclamations; enfin, en 1999 (du 1^{er} janvier au 1^{er} août), 22 dossiers ont été gérés pour 15 488 577 \$. En ce qui concerne les dossiers d'arbitrage des valeurs mobilières, les statistiques du Centre montrent qu'il y avait huit dossiers en valeurs mobilières et 324 361 \$ de réclamations en 1997 et deux dossiers en valeurs mobilières et 58 396 \$ de réclamations en 1998, ce qui représente une baisse notable en 1998 par rapport à l'année précédente; mais l'année 1999 (du 1^{er} janvier au 1^{er} août) a été excellente, puisque 11 dossiers ont été traités et les réclamations ont atteint pour la première fois en valeurs mobilières un total de 467 571 \$. Le Centre a aussi géré des dossiers d'arbitrage sur les excédents d'actifs des régimes complémentaires de retraite. Dans ce domaine, il y a eu cinq dossiers aussi bien en 1997 qu'en 1998, et cette stabilité a eu un impact sur les réclamations, du fait que leur total en 1997 a été de 3 407 210 \$ et, en 1998, de 3 270 759 \$. L'année 1999 (jusqu'au 1^{er} août) a été marquée par un déséquilibre entre le nombre des dossiers et le total des réclamations : il n'y a eu que quatre dossiers, et le total des réclamations a atteint 13 596 614 \$. (Bulletin de liaison du CACNIQ jusqu'au 1^{er} août 1999).

8 Le lecteur remarquera sans doute que les réformes sont limitées. En effet, l'essentiel des sources sont américaines. Au Canada, le sujet n'a été abordé que par une étude de la Commission des valeurs mobilières du Québec en 1993. Celle-ci à son tour est fondamentalement basée sur une étude commandée, que propose Nabil N. ANTAKI et résumée par lui, dans « L'arbitrage des différends dans le secteur des valeurs mobilières aux États-Unis », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en valeurs mobilières*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 131-174. Les sentences rendues sous l'égide du CACNIQ étant confidentielles, il ne nous a pas été possible de les consulter.

CHAPITRE I LE CHAMP D'APPLICATION FORMEL DE LA PROCÉDURE

Il faut signaler que le règlement d'arbitrage⁹ dans le domaine des valeurs mobilières n'est pas un règlement complet en soi ni un règlement indépendant. Il complète le règlement général et modifie ses dispositions lorsque celles-ci contredisent les procédures spécialisées.

À la différence du règlement général, les procédures spécialisées¹⁰ ne sont pas ouvertes à tous les épargnants. En effet, l'accès à l'arbitrage spécialisé dépend de la vérification de deux sortes de conditions : les conditions préliminaires (section 1), et les conditions supplémentaires (section 2).

SECTION 1 LES CONDITIONS PRÉLIMINAIRES

L'article 1^{er} de la Procédure d'arbitrage spécialisée, siège de la matière, se lit comme suit :

« Est admissible à l'arbitrage toute réclamation relative à une transaction de valeurs mobilières survenue entre un membre de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal ayant adhéré à ce programme et un de ses clients du Québec, lorsque tous les faits ont pris naissance après le 1^{er} janvier 1996 ».

Cet article retient l'attention sur deux points essentiels : les conditions relatives aux parties (1) et les conditions relatives aux faits générateurs (2).

1. LES CONDITIONS RELATIVES AUX PARTIES

Les parties visées par les procédures sont les professionnels de l'industrie des valeurs mobilières (1.1) et le consommateur québécois (1.2).

9 Règlement général d'arbitrage commercial, adopté par le CACNIQ, disponible sur le site <http://www.cacniq.org>.

10 *Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal et leurs clients*, (ci-après citée procédures spécialisées), document adopté par le CACNIQ, disponible sur le site <http://www.cacniq.org>.

1.1 Les professionnels de l'industrie des valeurs mobilières

Selon l'article 1^{er}¹¹, les membres de l'ACCOVAM et les membres de la Bourse de Montréal¹² doivent, sous réserve du plafond de la réclamation, accepter l'arbitrage du différend qui les oppose à leur client, si celui-ci le demande. Cet article précise d'une manière positive et expresse que ce programme est imposé aux professionnels de l'industrie des valeurs mobilières.

L'ACCOVAM¹³ « est l'organisme national d'autoréglementation du commerce des valeurs mobilières au Canada. Son rôle consiste à favoriser des marchés de capitaux efficaces en encourageant une participation au processus d'épargne et de placement et en s'assurant de l'intégrité du marché »¹⁴.

11 Procédure d'arbitrage spécialisée, art. 1.

12 La Bourse de Montréal, initialement membre à l'entente avec le CAC-NIQ n'a pas adopté un règlement imposant l'arbitrage à ses membres.

13 En vertu de son acte constitutif, l'ACCOVAM a pour objet :

- « – de créer et d'entretenir un climat favorable à l'épargne et au placement, afin de stimuler l'accumulation des capitaux nécessaires à une croissance économique soutenue, à l'amélioration du niveau de vie et à l'emploi productif d'une population croissante;
- d'encourager l'observation de pratiques professionnelles loyales entre ses membres, par le biais de l'autoréglementation et de l'auto-discipline, ainsi que d'adopter et de voir à l'application, au besoin de pratiques et d'exigences pour la protection de ces derniers, de leurs clients respectifs et du public en général.
- d'instituer et de voir à l'application d'exigences relatives au capital et aux assurances et d'autres exigences pour la protection de ses membres, de leurs clients respectifs et du public;
- de fournir à ses membres un moyen de concerter sur des questions d'intérêt commun, d'avoir des consultations et de coopérer avec les gouvernements, les institutions financières et d'autres associations;
- de collaborer avec les gouvernements et de les appuyer dans leurs démarches visant à mettre au point toute législation financière qui soit dans l'intérêt du public, et de s'y opposer lorsque jugée contraire à celui-ci; et
- de fournir des services éducatifs propres à améliorer la compétence professionnelle des employés de ses membres et à instruire le public sur l'épargne et le placement ». *Acte constitutif*, ASSOCIATION CANADIENNE DES COURTIER EN VALEURS MOBILIÈRES, disponible sur le site <http://www.ida.ca>. ASSOCIATION CANADIENNE DES COURTIER EN VALEURS MOBILIÈRES, *Cours sur le commerce des valeurs mobilières au Canada*, 1992, N-1.

14 *Id.*, N-2.

Les membres de l'ACCOVAM ont un rôle très important dans les transactions des valeurs mobilières et ils participent au développement du secteur.

Il est pertinent de signaler que le CACNIQ ne prévoit pas le règlement des différends entre professionnels de l'industrie des valeurs mobilières. Cette situation n'est pas le fait d'une négligence. Elle s'explique en partie par les objectifs de l'arbitrage des valeurs mobilières qui visent d'une manière primordiale les litiges entre les professionnels et leurs clients. En outre, le règlement des litiges entre ces professionnels demeure de la compétence de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal. Les quelques courtiers qui ne sont membres d'aucun organisme d'auto-réglementation¹⁵ peuvent échapper à l'obligation de régler leurs différends avec leurs clients par des procédures d'arbitrage. La protection du client risque donc d'être affectée. Pour assurer le bon fonctionnement du marché financier et la protection de l'épargnant, un programme d'arbitrage devrait être imposé à ceux qui ne sont pas membres d'un organisme d'autoréglementation.

1.2 Le consommateur québécois

L'arbitrage s'impose à un membre de l'ACCOVAM ou à un membre de la Bourse de Montréal « et à un de ses clients du Québec ».

Contrairement aux petites créances qui limitent la procédure aux personnes physiques, le client peut être une personne morale. Cette solution est appuyée par le travail du Groupe-conseil¹⁶ qui a recommandé à la Commission des valeurs mobilières que les initiatives s'adressent aux personnes physiques et aux personnes morales¹⁷.

15 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, 20.

Le Groupe-conseil ajoute qu'« il faudrait compter avec le fait que plusieurs catégories de professionnels du marché ne seraient toujours membres d'aucun organisme d'auto-réglementation ».

16 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, p. 20.

17 *Id.*

Il faut, par ailleurs, s'interroger pour savoir si l'expression « du Québec » désigne un client qui réside au Québec ou simplement un client qui fait des transactions au Québec ? Les deux interprétations auraient pu être possibles. Or, c'est la première qui a été retenue. À cet égard, il ne suffit pas que le client fasse des transactions avec la Bourse de Montréal ou avec les membres de l'ACCOVAM pour qu'il soit considéré comme « un client du Québec ». Il doit résider au Québec¹⁸. Par conséquent, tous les clients qui résident dans d'autres provinces sont exclus des procédures.

2. LES CONDITIONS RELATIVES AUX FAITS GÉNÉRATEURS

Selon le règlement, il y a deux critères distinctifs quant aux faits générateurs : celui des faits qui ont pris naissance totalement après l'entrée en vigueur des procédures spécialisées (2.1), et celui des faits qui ont donné naissance au litige et qui sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996 (2.2). La question est de savoir si cette distinction est utile.

2.1 Les faits sont survenus après le 1^{er} janvier 1996

Le règlement aurait pu retenir pour l'admissibilité à l'arbitrage la date du contrat avec le courtier. Cela n'a pas été fait. Il a semblé préférable de retenir la date du fait générateur. Il faut que tous les faits soient postérieurs à la date d'entrée en vigueur du règlement,¹⁹ soit le 1^{er} janvier 1996. Ainsi, l'article 1^{er} des procédures spécialisées a prévu qu'il faut que « [...] tous les faits [aient] pris naissance après le 1^{er} janvier 1996 ». Cette disposition est une application du principe de non-rétroactivité de la règle de droit. Le courtier doit accepter de se plier à la procédure à partir du moment où il a adhéré au programme d'arbitrage, car le règlement ne peut pas être rétroactif.

Cette solution était valable en 1996 au moment de l'entrée en vigueur des procédures et elle constituait alors une mesure transitoire. Actuellement, elle a perdu sa raison d'être à cause de la prescription extinctive de l'article 1^{er} des procédures

18 En principe, on doit prouver cette idée par des sentences du Centre, sauf que cela est impossible pour des raisons de confidentialité.

19 Article 18 des procédures spécialisées.

spécialisées, sauf dans des cas éventuels d'interruption de la prescription à des fins de négociation, par exemple. Il est aussi possible de se demander si le critère « du moment de la conclusion du contrat » aurait été plus approprié, car les faits générateurs du litige peuvent prendre naissance avant l'entrée en vigueur des procédures. De plus, ce critère restreint davantage le champ d'application des procédures; il semble même plus limitatif que l'expression de l'article 1^{er} des procédures spécialisées qui prévoit que « tous les faits ont pris naissance après le 1^{er} janvier 1996 ». Il exclut donc de l'adhésion au programme d'arbitrage spécialisé toutes les parties qui ont conclu des contrats avant le 1^{er} janvier 1996.

La situation est davantage compliquée si l'on cherche la cohérence entre le critère « tous les faits ont pris naissance après le 1^{er} janvier 1996 » et celui des « faits donnant naissance au litige qui sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996 », prévu à l'article 2.b des procédures spécialisées.

2.2 Les faits sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996 : article 2.b de la Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal et leurs clients

L'article 2.b des procédures spécialisées a adopté une solution différente de celle de l'article 1^{er}. En effet, si ce dernier a énoncé la condition de la naissance de tous les faits après le 1^{er} janvier 1996, l'article 2.b a prévu une nouvelle solution fondée sur la naissance des faits en partie, avant ou après le 1^{er} janvier 1996 : « La procédure spécialisée s'applique aux litiges admissibles définis à l'article 1^{er} aux conditions suivantes : [...] si les faits donnant naissance au litige sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996 ».

Cette disposition permet d'appliquer les procédures d'arbitrage sur les faits litigieux survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996, c'est-à-dire que les faits qui sont survenus avant l'entrée en vigueur des procédures spécialisées et qui ont continué d'exister dans le temps après cette date sont admis à l'arbitrage. Ainsi, la règle de l'article 2.b englobe la situation de l'article 1^{er}. Que reste-t-il, alors de la règle de l'article 1^{er}, si la solution de l'article 2.b porte sur son domaine ?

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 241 DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

L'article 1^{er} constitue un ajout, car l'application des procédures spécialisées sur les faits litigieux qui sont survenus après le 1^{er} janvier 1996 ne pose aucun problème et ne mérite aucune disposition expresse, à moins d'avoir un rôle limitatif. Or, si l'article 2.b élargit le champ d'application de l'article 1^{er}, ce dernier perd toute utilité et il est privé de son domaine par l'intervention de la disposition.

Bien que l'article 2.b élargisse le champ d'application des procédures spécialisées, il reste encore limité puisqu'il n'englobe pas toutes les situations possibles, notamment l'hypothèse des faits qui auraient vu le jour avant l'entrée en vigueur des procédures. Par conséquent, un grand nombre de litiges sont encore exclus.

L'accès à l'arbitrage n'est pas seulement lié à l'admission des membres de l'ACCOVAM et de la Bourse de Montréal, mais il dépend aussi de conditions supplémentaires.

SECTION 2 LES CONDITIONS SUPPLÉMENTAIRES

L'arbitrage, contrairement à la procédure judiciaire, est basé sur l'autonomie de la volonté des parties. Le règlement laisse l'initiative au client qui a le choix entre le recours judiciaire et l'arbitrage (1). Cette solution est conforme au droit de la consommation. La question se pose cependant en termes différents en ce qui concerne le consentement du courtier (2).

1. LE CONSENTEMENT DU CLIENT

L'adhésion à l'arbitrage dépend de la seule initiative du client. Il suffit que ce dernier déclare son consentement pour que le courtier soit poussé à l'arbitrage. Il nous reviendra d'expliquer d'abord la constitutionnalité (1.1) de cette solution avant de présenter son utilité (1.2).

1.1 La constitutionnalité de la seule initiative du client

L'option unilatérale du consommateur oblige le courtier à l'arbitrage, elle prive ce dernier du recours aux tribunaux de droit commun. Or, ce droit peut *a priori* apparaître comme un droit constitutionnel et fondamental protégé

par les chartes²⁰ qui ne peut être écarté par la simple volonté unilatérale du client. Toutefois, l'examen des articles 23 et 56 de la Charte québécoise²¹ et des articles 7 et 24 de la Charte canadienne²² « démontre que tout en consacrant le droit d'accès à un tribunal impartial et indépendant, elles [les Chartes] ne consacrent aucun droit d'accès aux tribunaux dits judiciaires ou de droit commun »²³. En outre, la jurisprudence a défendu l'idée « qu'un tribunal arbitral est bel et bien un tribunal au sens des Chartes »²⁴.

Un auteur a confirmé ce point de vue²⁵. Il a expliqué que :

« Notre intérêt se porte sur les tribunaux administratifs, une notion qu'il n'est certes pas aisé de définir. Pour les fins de notre propos, nous entendons par là, généralement, toutes ces autorités publiques, organismes ou individus, autres que les cours de justice proprement dites, qui ont la compétence législative de rendre des décisions qui affectent les droits des justiciables, ce qui peut inclure un tribunal, une commission, un commissaire, une régie, un office, un conseil, un arbitre²⁶ et même un ministre ».

Il est possible de considérer que le tribunal arbitral tire sa juridiction du *Code de procédure civile*²⁷. De son côté, le Groupe-conseil²⁸ a remarqué qu'il y a de nombreux domaines

20 COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES DU QUÉBEC, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, p. 24.

21 *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 23 et 56.

22 *Charte canadienne des droits et libertés*, L.R.C. (1985) App. II, n° 44, art. 7 et 24.

23 *Id.*

24 *Id.* Voir aussi *Sport Maska Inc. c. Zittre et al.*, [1988] 1 R.C.S. 564; *Zodiac International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] R.C.S. 529; *Condominiums Mont Saint-Sauveur Inc. c. Les constructions Serge Sawé Ltée*, [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.).

25 Jean-François JOBIN, « Les tribunaux administratifs peuvent-ils se prononcer sur des questions soulevant l'application des Chartes des droits et libertés », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Tribunaux administratifs à la lumière des chartes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 1.

26 Nos soulignés.

27 C.p.c., art. 382 et suiv.

28 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, p. 20.

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 243
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

où une compétence exclusive a été attribuée à une instance inférieure autre que les tribunaux judiciaires; « C'est notamment le cas en matière de relation de travail, de contestation d'honoraires d'avocats, d'exploitation forestière, de concessions de la Couronne par des parties privées, de prêts et subventions de l'État à des parties privées cocontractantes, et plus récemment en matière de surplus des régimes complémentaires de retraite à prestations déterminées. »²⁹ D'après le Groupe-conseil, les principaux attributs d'une clause privative peuvent être exprimés comme suit :

- « – la matière sur laquelle elle porte doit relever du champ de la compétence constitutionnelle du législateur qui l'adopte;
- l'instance à laquelle une compétence est attribuée doit répondre aux critères d'indépendance et d'impartialité élaborés par la jurisprudence (en particulier, la jurisprudence relative aux chartes);
- la compétence attribuée ne doit pas être une compétence exclusive protégée par l'article 96 de l'Acte constitutionnel de 1867. »³⁰

Il serait possible d'ajouter une justification tirée du règlement de l'ACCOVAM qui impose l'arbitrage aux courtiers dans les litiges qui les opposent à leurs clients. De la sorte, le consentement du courtier serait acquis par son adhésion à l'Association, car le règlement le stipulerait³¹.

29 *Loi modifiant la Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.Q. 1992, c. 60, Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1994, p. 25 et 26.

30 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict. R. 21 c. 11.

31 Le statut 37 du Règlement de l'ACCOVAM prévoit que : « Chaque membre doit adhérer à une organisation ou participer à un programme relatif au règlement amiable des litiges que le conseil d'administration approuve et qui oblige le membre à soumettre tout conflit, toute réclamation ou controverse entre un membre et un client, à la demande du client, au mode amiable de règlement des litiges (qui comprend l'arbitrage exécutoire). Le membre doit respecter les règles, les procédures, les décisions et les ordonnances de ce programme ou de cette organisation ou celles découlant d'un tel programme ou d'une telle organisation, et est lié par de telles règles, procédures, décisions et ordonnances. »

1.2 L'utilité de la seule initiative du client

Le seul consentement du client répond aux exigences de l'équilibre recherché et est ainsi en harmonie avec le règlement de l'ACCOVAM. Cette tendance présente un net avantage pour le client d'ici par rapport à celui des États-Unis, où ce sont les courtiers qui imposent la clause compromissaire sous peine d'être exclus du marché³². Cette pratique a posé un problème d'efficacité au système d'arbitrage en encourageant davantage le déséquilibre et l'inégalité entre le courtier et son client. Mais la *Securities and Exchange Commission* (SEC) et les Commissions des différents États sont intervenues pour réglementer la clause compromissaire imposée par les courtiers³³. La réglementation a introduit trois idées principales : celle de l'interdiction aux courtiers de refuser d'ouvrir un compte à un client qui refuse d'adhérer au programme d'arbitrage; celle des conséquences de la clause compromissaire qui doivent être expliquées en gros caractères, et ce, avant même l'énoncé de la clause; et enfin, celle selon laquelle le client doit avoir le choix d'un forum arbitral indépendant de l'industrie des valeurs mobilières³⁴.

Le Québec a tiré profit de cette expérience et a voulu circonscrire les inconvénients de ce système en élaborant un mécanisme en faveur de l'équilibre recherché. À cet égard, il a préféré que l'initiative provienne du client. Toutefois, la réussite de ce droit accordé au client dépend de son information, car le programme d'arbitrage ne peut pas accomplir sa mission si l'épargnant ignore ses droits. Par conséquent, pour favoriser l'atteinte de ces objectifs, un système d'information a été élaboré au profit du client afin qu'il prenne conscience de l'existence et des avantages du programme d'arbitrage et qu'il puisse prendre une décision éclairée. Ce système met à la disposition du client, au moment de la conclusion du contrat, un document explicatif sur le mécanisme de l'arbitrage dans les valeurs mobilières.

32 Nabil ANTAKI, « L'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières », rapport présenté à la Commission des valeurs mobilières du Québec 1991, p. 63.

33 *Id.*, 63 et 70.

34 *Id.*, 65.

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 245
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

Mais cette option n'est possible que lorsque « le litige implique une réclamation, dont le montant incluant la demande reconventionnelle est supérieur à 3 000 \$, mais égal ou inférieur à 100 000 \$, intérêts et frais d'arbitrage exclus »³⁵. Cette solution constitue une limite à l'option unilatérale du consentement du client et une réduction de son utilité. En ce qui concerne la disposition qui limite la procédure spécialisée entre deux montants, celui de 100 000 \$ est le plafond et aucun litige n'est admissible en vertu du règlement spécialisé s'il implique un montant supérieur, ce qui constitue une véritable limite pour l'accès au programme de l'arbitrage spécialisé. Or, que signifie ce montant ? Est-ce qu'il désigne un « petit investisseur » ? Répondre à cette question est loin d'être une tâche facile, car de surcroît elle dépend de la définition de petit investisseur.

Cette définition est problématique, d'autant plus que le législateur québécois est quasi muet sur la question. Il s'est contenté d'exprimer ce que n'est pas un petit investisseur, comme le cas de l'acquéreur averti mentionné à l'article 44 de la *Loi sur les valeurs mobilières*³⁶, ou encore il a utilisé des critères non précis, notamment dans le cas du souscripteur à un placement fait en vertu de l'article 51 LVM³⁷, qui peut très bien être un « petit investisseur », au sens commun du terme. Quant à la doctrine québécoise, elle semble n'offrir aucune définition. La seule détermination de la notion est faite par le Groupe-conseil³⁸ dans son rapport à la Commission des valeurs mobilières qui considère que :

« [...] la notion de petit investisseur [qui] est généralement opposée en pratique à celle d'investisseur institutionnel ou averti, paraît à première vue antithétique avec la notion fondamentale d'égalité de traitement. Elle devrait par surcroît, nécessairement dépendre d'une foule de facteurs tels [que] :

le niveau de la formation financière de l'investisseur;

ses objectifs d'investissement;

35 *Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal*, art. 2.a.

36 *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-11, art. 44.

37 *Id.*, art. 51.

38 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, 20.

le marché ou le produit par rapport auxquels on mesure l'investisseur (une personne avertie en matière de titres de participation d'un secteur industriel donné ne l'est pas nécessairement eu égard à un petit dérivé comme l'option sur indice). »

Il est donc possible de déduire que ce montant signifie simplement un plafonnement pécuniaire qui tient compte de la notion de « petit investisseur ». Il faut préciser que ce plafond de 100 000 \$ ne pose aucune difficulté constitutionnelle, puisque la juridiction des cours énumérées à l'article 96 de l'Acte constitutionnel de 1867³⁹ a démontré dans une analyse, qu'il n'y aurait pas d'obstacle à ce que le plafond pécuniaire des différends arbitraux puisse dépasser 15 000 \$⁴⁰. Le Groupe-conseil avait alors proposé un montant de 50 000 \$⁴¹ en se fondant sur un relevé empirique des plaintes déposées à la Bourse de Montréal en 1992, qui suggérait que 93 % de celles-ci ne dépassaient pas un montant en litige de 50 000 \$ ou moins⁴². Mais avec l'évolution que connaît le secteur, l'ACCOVAM et le CACNIQ ont prévu l'augmentation du montant à 100 000 \$⁴³.

Il faut signaler que ce montant plafond doit inclure la demande reconventionnelle prévue à l'article 13 des procédures spécialisées. Cette demande pose un véritable problème dans la pratique, puisque le courtier peut l'utiliser d'une manière dilatoire pour bloquer l'arbitrage. Par exemple, si un client réclame 90 000 \$ et que le courtier fait une demande reconventionnelle de 15 000 \$, l'arbitrage sera impossible. Les procédures spécialisées du CACNIQ n'ont prévu aucune solution. Il est prévu à l'al. 3 de l'article 13 que « advenant son inapplicabilité [la procédure spécialisée], il [l'arbitre] réfère le dossier à la procédure générale du RGAC⁴⁴ pour le futur en demeurant l'arbitre compétent ». En revanche, le règlement de la Chambre d'arbitrage de l'Ontario a permis aux parties de choisir le règlement général d'arbitrage en cas d'inapplicabilité des procédures spécialisées.

39 *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict. R.U., c. 3, art. 96.

40 C.p.c., art. 31 et 34.

41 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, 31.

42 *Id.*

43 Le Règlement de l'Association des courtiers en valeurs mobilières.

44 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 247 DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

En effet, l'article 12 des procédures spécialisées de la Chambre de l'Ontario dispose que « in the event of the procedure's inapplicability, and if the parties so agree, he or she shall then refer the file to the general procedure of ADRC [...] ».

Bien que la solution adoptée par la Chambre d'arbitrage de l'Ontario permette aux parties de continuer les procédures d'arbitrage, elle ne garantit pas d'atteindre complètement les objectifs de la protection du client, car ce dernier doit obtenir le consentement du courtier. Cette solution prive l'article 2.a des procédures spécialisées de tout sens, puisqu'il y est écrit que le seul consentement du client oblige le courtier à l'arbitrage :

« [...] if the client consents and the dispute relates to a claim for an amount equal to or less than \$100,000, including a cross-claim but excluding interest and arbitration fees. »

Le seul consentement du client, qui consacre l'idée de la protection, peut être bafoué, car le courtier peut faire une demande reconventionnelle dilatoire pour obliger le client à prendre son consentement. Enfin, pour être compatible avec les objectifs de l'arbitrage spécialisé, la demande reconventionnelle devrait être exclue du plafond pécuniaire des différends arbitraux.

Si le montant de 100 000 \$ limite le plafond de l'admission à l'arbitrage, le montant de 3 000 \$ limite l'accès à l'arbitrage par la simple initiative unilatérale du client, puisque l'article 2.b des procédures spécialisées soumet ces litiges au consentement des deux parties. La limite inférieure de 3 000 \$ correspond au plafond d'admissibilité devant le tribunal des petites créances, et il est dans l'intérêt des parties que l'enjeu monétaire modeste les force à arriver à une entente négociée qui serait beaucoup plus efficiente puisqu'elles n'auraient pas à déboursier pour les honoraires du centre ni pour ceux de l'arbitre. Par ailleurs, le juge peut rendre une décision en équité, ce qui est interdit à l'arbitre en dehors du consentement des parties.

2. L'EXIGENCE DU CONSENTEMENT DES DEUX PARTIES

Dans les circonstances de l'article 2.b et de l'article 3, le consentement des deux parties est une condition exigée non

seulement pour l'application des procédures spécialisées (2.1), mais également pour l'application du RGAC⁴⁵ (2.2).

2.1 Pour l'application des procédures spécialisées

Le droit de l'investisseur de choisir l'arbitrage unilatéralement est un droit à portée limitée. Ce privilège prévu au paragraphe a de l'article 2 des procédures spécialisées a été réduit rapidement par le paragraphe b du même article, qui exige dans trois cas le consentement des deux parties. Il dispose donc :

« [...] que les deux parties y consentent :

si le litige implique une réclamation dont le montant incluant la demande reconventionnelle est égal ou inférieur à 3 000 \$, intérêts et frais d'arbitrage exclus

si le litige ne comporte aucun montant ou que celui-ci est indéterminé

si les faits donnant naissance au litige sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996 et que le montant en litige incluant la demande reconventionnelle est égal ou inférieur à 100 000 \$, intérêts et frais d'arbitrage exclus. »

Le 1^{er} cas : le litige impliquant une réclamation dont le montant est égal ou inférieur à 3 000 \$.

L'examen de ce premier cas, qui exige le consentement des deux parties lorsque le litige porte sur un montant égal ou inférieur à 3 000 \$, attire notre attention sur deux points essentiels : d'abord, sur l'arbitrabilité des litiges lorsque le montant est inférieur à 3 000 \$, ensuite sur l'intérêt de cette règle par rapport aux clients et aux objectifs de l'arbitrage.

La possibilité de l'arbitrage lorsque le montant du litige est inférieur à 3 000 \$ peut *a priori* sembler contraire au caractère impératif de la procédure de recouvrement d'une petite créance qui est considérée d'ordre public par la jurisprudence. Par exemple, dans l'affaire *Rémillard c. Drolet* en 1973⁴⁶, la Cour a indiqué que les dispositions du livre

45 *Id.*

46 *Rémillard c. Drolet*, [1973] R.P.269 (C.G.).

huitième du *Code de procédure civile* sont d'ordre public, et l'article 953 C.p.c comporte des dispositions prohibitives à l'encontre de toutes autres formes de procédure.

Il y a lieu de préciser que le caractère d'ordre public des procédures des petites créances n'interdit pas le recours à l'arbitrage. Le caractère impératif n'a d'effet que lorsque le créancier a choisi de résoudre le différend devant les tribunaux étatiques.

Il est pertinent de s'interroger sur l'intérêt de la distinction entre le seul consentement du client et le consentement des deux parties, lorsqu'il s'agit d'un conflit qui implique une réclamation dont le montant est égal ou inférieur à 3 000 \$.

Il y a un élément de réponse dans le *Code de procédure civile*. À l'alinéa 1^{er} de l'article 953 C.p.c, il est écrit que l'on entend par petite créance, la créance qui n'excède pas 3 000 \$. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser dans l'affaire *Canadian Air Line Pilots Association c. D'Orsonnens*⁴⁷ que les procédures visent principalement à « assurer aux justiciables une administration de la justice simplifiée, facilement accessible, plus expéditive et moins coûteuse ». L'épargnant est donc protégé par les procédures des petites créances, et il n'a nul besoin d'une règle lui permettant d'opter pour l'arbitrage unilatéralement. Toutefois, le Groupe-conseil⁴⁸ a considéré que cette justification n'était que partiellement juste, car les procédures des petites créances ne sont en réalité qu'une justice étatique. Ainsi, il a précisé que « les procédures de la petite créance ne [sont] pas à proprement parler un mode alternatif de règlement des différends, puisqu'il est adjugé sur les “ petites créances ” par un juge de la Cour du Québec »⁴⁹. Le Groupe-conseil a conclu qu'une telle mesure est sans intérêt pour les investisseurs qui opteront pour l'arbitrage, puisque l'option arbitrale vise à écarter le recours aux tribunaux judiciaires⁵⁰.

47 *Canadian Air Line Pilots Association c. D'Orsonnens*, [1987] R et F 134 (C.A.).

48 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, 18.

49 *Id.*

50 *Id.*

Le 2^e cas : le litige qui ne comporte aucun montant ou un montant indéterminé.

Il est possible ici d'émettre deux hypothèses : premièrement, le montant peut être inférieur à 100 000 \$ et le seul consentement du client suffit pour recourir à l'arbitrage (article 2.a des procédures spécialisées); deuxièmement, le montant peut être supérieur à 100 000 \$ et, cela étant, les procédures spécialisées ne sont pas compétentes quelle que soit la règle appliquée, celle du consentement du client seulement ou celle du consentement des deux parties.

Par conséquent, la distinction entre le seul consentement du client et le consentement des deux parties est en réalité sans aucune portée réelle. Il est plus conforme aux objectifs de l'arbitrage des valeurs mobilières que l'option soit accordée à l'initiative unilatérale du client, même lorsque le litige ne comporte aucun montant ou que celui-ci est indéterminé. Donc, si le montant est inférieur à 100 000 \$, le règlement est applicable. Dans le cas inverse, l'arbitre procède selon l'article 13 des procédures spécialisées.

Il est possible de conclure que le privilège qui est confié au consommateur d'opter unilatéralement pour l'arbitrage est retiré par le paragraphe b de l'article 2 des procédures spécialisées. Par conséquent, les deux parties doivent consentir dans plusieurs cas : d'abord, si le litige implique un montant égal ou inférieur à 3 000 \$; ensuite, si le litige ne comporte pas un montant ou que celui-ci est indéterminé; enfin, lorsque les faits donnant naissance au litige sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996.

Il est important de comprendre l'utilité de cette règle pour l'application du règlement général d'arbitrage commercial.

2.2 Pour l'application du Règlement général d'arbitrage commercial : article 3 de la Procédure d'arbitrage spécialisée pour les litiges entre les membres de l'ACCOVAM ou de la Bourse de Montréal et leurs clients

Les procédures spécialisées n'englobent pas tous les cas de litiges; plusieurs hypothèses échappent à leur champ d'application. Toutefois, l'article 3 des procédures spécialisées

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 251
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

dispose que : « Dans tous les cas non visés par l'article 2, le Règlement général d'arbitrage commercial s'applique à la condition d'obtenir le consentement des deux parties et sous réserve de sélectionner l'arbitre à partir de la liste des arbitres spécialisés en valeurs mobilières. »

L'accès au RGAC⁵¹ est possible soit par son article 1^{er}, soit par le biais de l'article 3 des procédures spécialisées. Cette solution peut constituer une source de confusion entre le champ d'application du RGAC⁵² et celui des procédures spécialisées. C'est pourquoi, il est utile, avant de délimiter les cas envisagés par l'article 3, de les distinguer.

Il est acquis que l'article 1^{er} du RGAC⁵³ et l'article 3 des procédures spécialisées découlent de deux procédures différentes; ils doivent donc avoir nécessairement deux sens différents. Le problème est que l'article 1^{er} du RGAC⁵⁴ ne délimite pas d'une manière précise son champ d'application : il prévoit d'une façon générale que « ce règlement s'applique à l'arbitrage d'un différend lorsque les parties y réfèrent explicitement », bien évidemment sous réserve de l'ordre public. Le seul critère retenu est donc celui du consentement des deux parties. De cette façon, tous les litiges que les parties choisissent de résoudre par l'arbitrage sont inclus dans le champ d'application de ce règlement. L'article 1^{er} ne fait pas de distinction entre le RGAC⁵⁵ et les procédures spécialisées.

Partant du principe que « le spécial déroge au général », les dispositions des procédures spécialisées l'emportent et leur préambule énonce : « En cas de conflit entre les dispositions du RGAC⁵⁶ et la procédure spécialisée, les dispositions de cette dernière prévalent. » Il est donc possible de déduire que le champ d'application de l'article 3 des procédures spécialisées est différent de celui de l'article 1^{er} du RGAC⁵⁷, ce qui conduit à chercher la délimitation du domaine de l'article 3, c'est-à-dire la signification de l'expression « dans tous les cas non visés par l'article 2 ».

51 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

52 *Id.*

53 *Id.*

54 *Id.*

55 *Id.*

56 *Id.*

57 *Id.*

Conformément à la disposition de l'article 1^{er} du RGAC⁵⁸, celui-ci s'applique à la seule condition que les parties y aient adhéré. En revanche, l'application du RGAC⁵⁹ par le biais de l'article 3 des procédures spécialisées exige d'abord la vérification des conditions des articles 1^{er} et 2^e des mêmes procédures et limite le choix de l'arbitre. Cette conclusion soulève une autre question : Quelle est la distinction entre le domaine des articles 1^{er} et 2^e des procédures spécialisées et celui de l'article 3 des mêmes procédures ?

Rappelons que l'article 1^{er} des procédures spécialisées s'applique dans toutes les hypothèses. Il est primordial à l'application des procédures, car si cet article était déclaré non applicable, le litige serait hors de la compétence de l'arbitrage spécialisé, et la procédure s'arrêterait là. Mais, même si les conditions de l'article 1^{er} sont accomplies, il faut en outre s'assurer que les conditions de l'article 2 des procédures spécialisées sont réalisées. C'est seulement dans le cas où l'article 2 n'est pas applicable qu'il est possible de recourir à l'article 3 des procédures spécialisées. Le champ d'application des procédures spécialisées est donc à trois vitesses. En effet, la détermination du domaine de l'article 3 dépend de la lecture *a contrario* de l'article 2.

Ainsi, l'article 2 est applicable :

- si le litige implique une réclamation dont le montant incluant la demande reconventionnelle est supérieur à 3 000 \$, mais égal ou inférieur à 100 000 \$;
- si le montant implique un litige dont le montant incluant la demande reconventionnelle est égal ou inférieur à 3 000 \$;
- si le litige ne comporte aucun montant ou que celui-ci est indéterminé;
- si les faits donnant naissance au litige sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996, et que le montant en litige incluant la demande reconventionnelle est égal ou inférieur à 100 000 \$, intérêts et frais d'arbitrage exclus.

Donc, le domaine de l'article 3 des procédures spécialisées porte *a contrario* sur les litiges qui impliquent une réclamation dont le montant est supérieur à 100 000 \$ ou lorsque

58 *Id.*

59 *Id.*

tous les faits donnant naissance aux litiges sont survenus après le 1^{er} janvier 1996. L'application de ces deux critères n'est pas cumulative, il suffit que l'un des deux critères soit présent.

De plus, l'article 3 des procédures spécialisées sous-tend deux conditions : celle d'obtenir le consentement des deux parties et celle de la réserve de sélectionner l'arbitre à partir de la liste des arbitres spécialisés en valeurs mobilières. Concernant la condition du consentement des deux parties, elle est cohérente avec l'article 1^{er} du RGAC⁶⁰, mais un problème demeure concernant la manière de déclarer le consentement. Les articles 2 et 3 des procédures spécialisées n'exigent aucune condition pour exprimer le consentement, mais l'article 1^{er} du RGAC a prévu que « [...] les parties [...] y réfèrent explicitement ». Le consentement est donc ici formel. Cette disposition est une application de la règle de l'article 2640 du *Code civil du Québec* qui a prévu que « la convention d'arbitrage doit être constatée par écrit [...] ».

Concernant l'exigence de la sélection de l'arbitre à partir de la liste des arbitres spécialisés en valeurs mobilières, cette particularité est cohérente avec l'esprit de l'arbitrage spécialisé. En fait, l'article 3 des procédures spécialisées a conservé l'idée de la spécialisation de l'arbitre.

L'article 3 des procédures spécialisées a le mérite d'englober les litiges qui ne sont pas sous le coup de l'article 2; il énonce une ouverture et une conscience de l'importance de l'arbitrage spécialisé. Toutefois, l'élargissement n'est pas toujours efficace, car le litige est soumis à la procédure du RGAC⁶¹ et non à la procédure spécialisée. En outre, l'article 3 exige le consentement des deux parties. En conséquence, ni la souplesse, ni la rapidité des procédures spécialisées, ni les besoins de l'équilibre recherché sont réalisés. Il semble que l'article 3 ait voulu élargir le domaine de l'article 2, qui est marqué par un esprit restrictif.

60 *Id.*

61 *Id.*

Bien que la procédure du champ d'application formel de l'arbitrage en valeurs mobilières présente plusieurs avantages en faveur de la protection du consommateur, elle doit être complétée par un mécanisme de mise en œuvre de l'arbitrage, afin de réaliser efficacement l'équilibre recherché. Il s'agit ainsi d'adapter le mécanisme de mise en œuvre d'arbitrage aux particularités des procédures spécialisées.

CHAPITRE II LA MISE EN ŒUVRE DE L'ARBITRAGE

La particularité de l'arbitrage en valeurs mobilières n'est pas limitée au champ d'application formel de la procédure; elle est étendue aussi à la mise en œuvre de l'arbitrage. Cette dernière doit être adaptée pour répondre au besoin de l'équilibre recherché entre le courtier et le consommateur. En effet, les procédures spécialisées présentent certaines originalités lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre de l'arbitrage. Ainsi, les notions de convention d'arbitrage et de clause compromissoire présentent une certaine particularité. Ceci s'explique par une tendance à favoriser les exigences de la protection du consommateur plutôt que le droit traditionnel de la convention d'arbitrage. Les procédures de la constitution du tribunal arbitral, quant à elles, reflètent la volonté du CACNIQ de garantir un procès équitable et d'écarter autant que possible les problèmes qui peuvent nuire à l'équilibre recherché. En effet, le rôle du Centre est accru, il est omniprésent tout au long des procédures. La mise en œuvre de l'arbitrage complète ainsi la procédure du champ d'application formel : ensemble, elles garantissent une protection bilatérale du consommateur.

Deux idées directrices seront étudiées dans ce chapitre : d'abord, la convention d'arbitrage (section 1), ensuite la constitution du tribunal arbitral (section 2).

SECTION 1 LA CONVENTION D'ARBITRAGE

La convention d'arbitrage en valeurs mobilières nécessite une adaptation aux procédures spécialisées. La notion traditionnelle issue d'un rapport contractuel classique n'est pas en harmonie avec une relation déséquilibrée entre un courtier et un consommateur en valeurs mobilières.

Cette section pose la question de la particularité de la notion de convention d'arbitrage en valeurs mobilières. Elle sera étudiée en deux parties : d'abord, la notion de convention d'arbitrage (1), ensuite la clause compromissoire (2).

1. LA NOTION DE CONVENTION D'ARBITRAGE

La convention d'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières nécessite-t-elle une définition ou même un mécanisme de preuve ? Une réflexion superficielle nous amène à répondre par la négative, car le client qui a l'option unilatérale de l'arbitrage n'a pas besoin d'une codification pour exprimer sa volonté. Cependant, cette explication est trompeuse pour deux raisons : la première découle de l'article 6.b al. 2 qui exige de joindre à l'avis d'arbitrage la convention d'arbitrage, sans faire aucune distinction entre l'option unilatérale et l'exigence du consentement des deux parties; la deuxième résulte du domaine limité de l'option unilatérale, car le client est obligé, dans plusieurs cas, de prouver sa volonté de choisir l'arbitrage aussi bien pour l'application des procédures spécialisées que pour l'application du RGAC.⁶² De plus, l'absence de centralisation des solutions dans le cadre des procédures spécialisées peut parfois susciter des problèmes.

Les procédures spécialisées sont muettes sur la définition et le mécanisme de preuve relatifs à la convention d'arbitrage. D'ailleurs, elles ne mentionnent la convention d'arbitrage qu'une seule fois, dans l'article 6. al. 3⁶³, lorsqu'elles traitent des documents à joindre à l'avis d'arbitrage. Cependant, il est possible de trouver une précision dans le RGAC⁶⁴ qui, en tant que règlement supplétif appliqué par le biais du préambule des procédures spécialisées, a prévu dans ses articles 3 et 5 une définition de la convention d'arbitrage et un mécanisme de preuve.

62 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

63 L'article 6. al. 3 des procédures spécialisées s'exprime comme suit : « [...] doivent aussi être joints à l'avis, la convention d'arbitrage, [...] »

64 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

En ce qui concerne l'expression de la convention d'arbitrage, l'article 3 prévoit qu'elle :

« [...] désigne une convention sous forme écrite par laquelle des parties décident de soumettre à l'arbitrage un différend, né ou éventuel, issu d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, ainsi qu'une disposition législative ou réglementaire au même effet ».

Cette disposition ne constitue pas une définition proprement dite. En effet, l'expression « désigne une convention sous forme écrite », mais ne précise pas ce que l'on entend exactement par une convention d'arbitrage; définir la « convention » par une « convention » ne présente en fait aucun intérêt. Toutefois, la solution se trouve dans l'article 2638 C.c.Q. qui considère la convention d'arbitrage comme « un contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux ». Par conséquent, la convention d'arbitrage est soumise aux conditions de la validité des contrats.

Il convient de préciser que la référence à plusieurs textes soulève la question d'harmonisation entre eux et met en cause la spécificité de l'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières. Il est donc possible de se demander si ces textes supplétifs aux procédures spécialisées sont compatibles avec l'arbitrage des valeurs mobilières ? En effet, l'emprunt de la définition de la convention d'arbitrage aux règles du *Code civil du Québec* ne peut combler les lacunes des procédures spécialisées, puisque le concept de contrat n'est pas en harmonie avec les dispositions de ces procédures. Selon l'article 2.a des procédures spécialisées, le seul consentement du client suffit pour adhérer à l'arbitrage; or, le rapport contractuel, qui est fondé sur l'offre et l'acceptation, fait défaut ici. Cette disposition présente la particularité de la convention d'arbitrage dans les procédures spécialisées : elle n'est ni une convention traditionnelle ni un contrat d'adhésion. Elle constitue une convention négociée par l'ACCOVAM. Par conséquent, si le courtier adhère au règlement de son association, il adhère en même temps aux procédures spécialisées.

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 257
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

S'agissant maintenant du mécanisme de preuve, l'article 5⁶⁵ du Règlement général d'arbitrage commercial offre un système libéral qui ne tient pas compte de la rigidité et de la rigueur de l'écrit. L'écrit au sens classique est celui qui consigne la volonté des parties dans un même document. Cet écrit est consacré par le Règlement comme premier moyen de preuve. L'article 3 du Règlement général d'arbitrage commercial témoigne ainsi d'une certaine rigidité et d'un certain formalisme en matière de preuve. Avec l'article 3 al. 2, le Règlement n'a pas innové. Il a reproduit l'article 2640 du *Code de procédure civile* qui exige l'écrit comme moyen de preuve. Le fondement d'une telle exigence est clair : l'écrit est un moyen de sécurité. Il élimine toute contestation ultérieure sur l'existence de la convention d'arbitrage. C'est aussi le moyen le plus sûr de la manifestation de la volonté des parties à se soumettre à la procédure d'arbitrage.

L'exigence de l'écrit, que ce soit par l'article 3. al. 2 ou l'article 5, n'est pas une condition de validité de la convention d'arbitrage. L'écrit n'est prévu que comme moyen de preuve. En effet, l'absence de l'écrit n'est pas sanctionnée par la nullité de la convention d'arbitrage.

Quant à la forme de l'écrit, le silence de l'article offre aux parties plusieurs possibilités. Elles peuvent passer une convention d'arbitrage soit par acte authentique ou sous seing privé, soit par procès d'audience ou procès verbal dressé auprès du tribunal arbitral choisi. Cependant, le Règlement a tempéré sa position dans l'article 5 où l'écrit n'est plus imposé en tant que document unique. Dans plusieurs cas, la convention d'arbitrage est prouvée parce qu'elle est réputée établie par écrit. En effet, elle est réputée écrite dans plusieurs

65 Selon l'article 5 du Règlement général d'arbitrage commercial : « Une convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en réponse, dans laquelle l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition qu'un tel contrat soit écrit et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat. »

cas : d'une part, lorsqu'il y a échange d'écrits; d'autre part, lorsque l'attitude des parties atteste de l'existence d'un accord sur l'arbitrage; enfin, lorsqu'il y a référence à un écrit.

2. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Les procédures spécialisées ne prévoient aucune proposition d'une clause compromissoire, ce qui peut constituer une source de complication pour le client. Il faut noter que le droit du client de choisir l'arbitrage de sa propre initiative ne le dispense de la clause compromissoire que si le courtier est membre de l'ACCOVAM. L'obligation d'accepter l'arbitrage par le courtier est incluse dans le règlement de son association. En revanche, les courtiers qui sont membres de la Bourse de Montréal ne sont pas contraints d'accepter l'arbitrage pour le règlement des conflits avec leurs clients, puisque leur règlement ne les y oblige pas. Le problème se pose essentiellement pour les courtiers qui sont membres de la Bourse, car ceux qui font partie à la fois de l'ACCOVAM et de la Bourse sont soumis à l'arbitrage en vertu du règlement de l'ACCOVAM.

Ceci n'empêche pas les parties de compléter d'un commun accord ce règlement par un compromis après la naissance du conflit. En effet, le compromis peut comporter une clause sur le choix de l'arbitre, ainsi que sur le déroulement des procédures ou sur toutes autres questions jugées utiles pour le règlement du différend. Cela étant, les parties peuvent s'inspirer de la clause compromissoire prévue dans le RGAC⁶⁶.

Le CACNIQ a prévu l'application du règlement en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Ce choix découle de la structure « conformément à son règlement général d'arbitrage commercial en vigueur au moment de la signature de ce contrat et auquel les parties déclarent adhérer⁶⁷ ».

66 La clause compromissoire du RGAC se lit comme suit :
« Tout différend ou litige qui viendrait à se produire à la suite ou à l'occasion du présent contrat sera tranché définitivement sous l'égide du Centre d'arbitrage commercial international du Québec, par voie d'arbitrage et à l'exclusion des tribunaux, conformément à son règlement général d'arbitrage commercial en vigueur au moment de la signature de ce contrat et auquel les parties déclarent adhérer. »

67 Nos soulignés. *Règlement général d'arbitrage commercial*, préambule, *supra* note 9.

Cette solution écarte ainsi les problèmes de droit transitoire⁶⁸ envisagé par certains centres⁶⁹ et résout la question de l'application immédiate du règlement modifié pour les arbitrages déjà en cours sous son égide, ou pour ceux qui résulteront de clauses déjà stipulées et qui visent le règlement tel qu'il existait avant sa modification⁷⁰. En fait, cette application immédiate suppose que les dispositions qui intéressent l'instance arbitrale soient des dispositions de procédure⁷¹. Or, les rapports entre les parties et le CACNIQ sont de nature contractuelle⁷², et la position de la jurisprudence est en ce sens⁷³.

La solution du CACNIQ est plus compatible avec la nature contractuelle du règlement d'arbitrage, car lorsqu'il s'agit d'une instance en cours, les modifications ne sont pas applicables. En effet, « le contrat est formé et son exécution est commencée. Il serait regrettable qu'une partie puisse unilatéralement modifier les termes du contrat, et même des contrats, devrait-on dire, puisque, outre le contrat qui lie le Centre aux parties litigantes, il existe aussi un autre contrat qui lie le Centre aux arbitres; et modifier les règles de l'instance reviendrait aussi à modifier les termes du contrat sur la base duquel les arbitres ont accepté leur mission »⁷⁴. Cette solution offre

68 La question a été abordée dans la modification du règlement de la Chambre de commerce internationale (CCI) par les commentateurs de cette réforme. J.J. ARNALDEZ et E. JAKANDE, « Les amendements apportés au règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). », (1988) 1 *Rev. Arb.* 67, 70.

69 C'est le cas du règlement de la Chambre arbitrale de Paris, modifié pour être conforme au décret du 14 mai 1980, commenté par J. PETIT (1981) 2 *Rev. Arb.* 336, p. 251.

70 Charles JARROSSON, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », (1990) 2 *Rev. Arb.* 381, 385.

71 *Id.*

72 « Le rapport contractuel résulte de l'offre des services du centre qui découle de la publication de son règlement. L'acceptation de l'offre consiste, pour les parties, à stipuler dans leur convention d'arbitrage que la résolution du litige sera soumise à ce règlement. » Charles JARROSSON, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », (1990) 2 *Rev. Arb.*, 381, 385.

73 Emmanuel Du PONTAVICE, « Un centre spécialisé : la Chambre arbitrale maritime de Paris », (1990) 2 *Rev. Arb.* 239, 239.

74 Charles JARROSSON, « Le rôle respectif de l'institution, de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », (1990) 2 *Rev. Arb.*, 381, 385.

une nette sécurité aux parties qui se sont engagées à résoudre leur litige sur la base du règlement en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Toute modification du règlement risque d'affecter le choix des parties, puisque celles-ci peuvent se voir appliquer une procédure qu'elles n'ont pas choisie.

Enfin, la mise en œuvre de la convention d'arbitrage suppose la constitution d'une juridiction arbitrale pour statuer sur le litige. Diverses questions qui se posent à ce sujet seront étudiées dans la section suivante.

SECTION 2 LA CONSTITUTION DU TRIBUNAL ARBITRAL

La constitution du tribunal arbitral est d'abord marquée par le caractère restreint qui se traduit par la place marginale laissée à la volonté des parties dans le processus normal de la désignation des arbitres (1), et ensuite, par la volonté du Centre d'intervenir, en cas d'incidents, pour protéger l'arbitrage (2).

1. LE PROCESSUS NORMAL DE DÉSIGNATION DES ARBITRES

Le siège de la matière est l'article 9 des procédures spécialisées, intitulé « Nomination de l'arbitre ». Cependant, d'autres dispositions figurent dans le RGAC.⁷⁵

Cette partie comporte deux idées essentielles : l'arbitre (1.1) et le tribunal arbitral (1.2).

1.1 L'arbitre

A priori, les qualités auxquelles on est en droit de s'attendre d'un arbitre sont, en principe, identiques dans l'arbitrage commercial et l'arbitrage des valeurs mobilières. Aussi n'est-il pas étonnant que la plupart des dispositions en la matière figurent dans le RGAC⁷⁶.

75 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

76 *Id.*

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 261
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

Le choix d'un arbitre par les parties est subordonné à la réalisation de certaines conditions. Il s'agit de sa disponibilité et de ses qualifications. Selon l'article 24 du RGAC⁷⁷, l'arbitre doit être disponible pour rassurer les parties sur la rapidité et l'efficacité des procédures, car en cas d'indisponibilité, l'arbitrage traîne en longueur. Par ailleurs, l'article 24 du Règlement général d'arbitrage commercial exige que l'arbitre doit non seulement être disponible, mais aussi être qualifié et compétent. Cette condition semble aller de soi, mais peut poser plus de difficultés qu'elle n'apporte de garanties. En effet, que faut-il entendre par la compétence d'un arbitre ? Est-ce une compétence générale le rendant apte à statuer ou bien une compétence particulière exigée pour juger le litige en question ? S'agit-il de compétence en matière juridique ? La réponse n'est pas évidente, et cela est d'autant plus dangereux qu'il existe une possibilité de révocation des arbitres en raison de leur absence de compétence. La mauvaise foi pourrait y trouver de quoi garnir son arsenal de manœuvres dilatoires.

Le Groupe-conseil a tenu compte de plusieurs considérations quant à la délimitation de cette notion, dont :

- « – la qualité de l'encadrement institutionnel du tribunal, s'il en est;
- l'absence, chez les arbitres, de tout conflit d'intérêt et de toute apparence de tel conflit;
- les connaissances des arbitres quant à la justice fondamentale, quant aux principes de la justice naturelle et aux principes de base du droit positif;
- l'expertise des arbitres en matière de valeurs mobilières;
- des listes d'arbitres publiques et un secrétariat engagé et efficace ».⁷⁸

L'exigence de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre est posée autant par l'arbitrage commercial que par l'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières, car ces qualités

⁷⁷ *Id.*, art. 24.

⁷⁸ Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, p. 27 et 29.

participent à l'essence même de l'arbitrage. Nous avons déjà vu leur constitutionnalité, mais la difficulté apparaît au moment de la délimitation de ces deux notions.

La jurisprudence québécoise s'est prononcée sur l'impartialité dans l'arrêt *Valente* et l'a définie comme suit :

« L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme " impartial " comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme " indépendant " (à l'al. 11 d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives. »⁷⁹

Il faut souligner que, pour mieux rassurer les parties autant sur l'intégrité des arbitres que sur l'impartialité du processus arbitral, les organismes ont pris l'habitude de soumettre les procédures à un code de déontologie. Par exemple, le code d'éthique des arbitres internationaux de l'International Bar Association (IBA) adopté en mai 1987⁸⁰, vise à assurer que les arbitres soient impartiaux, indépendants, compétents, diligents et discrets⁸¹. Il prévoit aussi expressément les situations dans lesquelles l'impartialité de l'arbitre peut être mise en cause⁸². En outre, il impose aux arbitres un devoir de diligence et de confidentialité⁸³. Cependant, le code de déontologie

79 *Valente c. La reine* (1985) 2 R.C.S. 673, citée dans *Régie des installations olympiques et al. C. Lavalin et al.*, C.S. Montréal, n° 500-05-011075-908, 27 septembre 1990, j. Claude Benoit. p. 9. Sur la question d'une conduite pouvant faire douter de l'impartialité voir *Kendrick c. Merling*, C.S. Montréal, n° 500-05-006550-923, 500-05-006718-926, 2 juin 1992, j. Marcelin.

80 Rules of Ethics for International Arbitrators (1987) *Intl. Bus. Law*, 336, 337. En ce qui concerne le CACNIQ, celui-ci n'a pas de code de déontologie, mais il demande à ses arbitres de signer le protocole d'entente.

81 *Id.*, note introductive du Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.

82 *Id.*, art. 4.

83 *Id.*, art. 7 et 9.

déclare qu'il n'a aucune autorité légale : « These guidelines are not intended to create grounds for the setting aside of awards by national courts. »⁸⁴

Par ailleurs, les procédures spécialisées sont silencieuses quant à la qualité de l'arbitre, personne morale ou physique, et muettes quant à sa nationalité. La question est de savoir si ce silence peut être interprété d'une manière libérale, en partant de l'idée que tout ce qui n'est pas spécialement interdit est autorisé, ou que les cas d'incapacité ou d'interdiction sont d'interprétation stricte, surtout lorsqu'il s'agit d'entraves aux libertés.

1.2 Le tribunal arbitral

Les procédures subissent deux sortes de contraintes : d'une part, la rapidité de la désignation du tribunal arbitral et sa stabilité, qui sont nécessaires pour l'efficacité de l'arbitrage spécialisé; d'autre part, les prérogatives des parties, le choix du tribunal et la confiance que les parties doivent avoir en lui sont évidemment des contraintes dignes de protection. L'équilibre entre ces intérêts est difficile à trouver, d'où l'importance et la difficulté des questions que suscitent sa mise en place.

Nous préciserons le nombre d'arbitres (A) avant de traiter comment les justiciables doivent choisir le tribunal d'un « commun accord » (B).

A. Le nombre d'arbitres

Le nombre d'arbitres dépend de la nature et de l'importance du litige, mais dans un petit litige, un seul arbitre permet d'économiser des frais et des honoraires. Toutefois, la collégialité constitue une garantie de sûreté de la décision, en raison du débat contradictoire qu'engendrent des personnalités diverses, notamment au moment du délibéré.

Les procédures spécialisées du CACNIQ ont choisi la solution d'un arbitre unique. À cet égard, l'article 9 dispose que « le litige est soumis à un arbitre unique sauf entente contraire des parties ». Cette solution du CACNIQ n'est pas

84 *Id.*, note introductive.

originale; elle rejoint la pratique exercée aux États-Unis et au Royaume-Uni. Par exemple, aux États-Unis, les litiges de moins de 10 000 \$ sont généralement arbitrés par un seul arbitre et seulement sur présentation écrite, tandis que les litiges de moins de 30 000 \$ sont entendus par une seule personne, mais avec représentation orale. Quant au Royaume-Uni, les différends portant sur un montant inférieur à 25 000 £ sont entendus par un seul arbitre, alors que les sentences portant sur un montant supérieur à 25 000 £ sont rendues par trois arbitres et selon une procédure plus élaborée⁸⁵.

La comparaison entre l'article 9 des procédures spécialisées et les articles 19 et 20 du RGAC⁸⁶ démontre que la liberté accordée aux parties de choisir plus d'un arbitre n'est prévue que par courtoisie. La structure de l'article 9 des procédures spécialisées est affirmative : le choix des parties n'est que secondaire. Cette tendance s'explique par deux éléments : d'abord, le champ d'application réservé au consommateur est généralement limité, et il serait excessif de le surcharger par les honoraires d'un tribunal collégial; ensuite, elle s'explique par la rapidité qui caractérise l'arbitrage des valeurs mobilières. À ce sujet, il faut noter que « les arbitres ont, de façon générale, une autre activité principale, et il n'est pas toujours facile de fixer des dates d'audiences qui leur conviennent et qui conviennent également aux parties et à leurs avocats »⁸⁷. À cette fin, le CACNIQ n'a accordé la liberté aux parties de choisir un tribunal collégial que d'une manière timide. Mais la question est celle de savoir si les procédures spécialisées permettent, le cas échéant, de s'adapter à un choix du tribunal collégial ?

Il convient de préciser que les procédures ne comportent aucune disposition se rapportant au choix d'un tribunal collégial. Par exemple, l'article 9 des procédures spécialisées

85 Commission des valeurs mobilières du Québec, *Rapport du Groupe-conseil sur les modes alternatifs de règlement des différends*, Québec, *Bulletin de la CVMQ*, Vol. 24, 1993, p. 30.

86 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

87 André MORISSET, « La composition pluripartite du tribunal d'arbitrage », dans *Les Journées Jean Robert, Cours de perfectionnement en arbitrage*, Montréal, Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, 27 août 1987, s. II, p. 7. Les conférences Jean Robert ont été organisées par le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec.

énonce simplement que « le litige est soumis à un arbitre unique sauf entente contraire des parties », mais ne prévoit aucune attention pour gérer un choix différent. Ainsi, est-ce que les parties sont libres de choisir un nombre pair d'arbitres ? Et si elles choisissent un nombre pair, comment le président sera-t-il nommé ? Ces questions ne trouvent aucune réponse dans les procédures spécialisées.

Toutefois, il est possible de trouver un élément de réponse dans le RGAC⁸⁸, précisément à l'article 19, qui prévoit que « les parties peuvent convenir de soumettre leur différend à un ou à trois arbitres ». Le CACNIQ a posé donc la règle de l'imparité du nombre des arbitres. Les arbitres constituant le tribunal arbitral doivent donc être en nombre impair. Effectivement, c'est à travers un nombre impair que peut se dessiner une majorité; un nombre pair pourrait être la source d'un blocage. Mais il convient de préciser que cette solution, si logique soit-elle, n'a pas un caractère universel. Il existe des législations où l'on admet que les arbitres puissent être en nombre pair, mais cela correspond à une autre approche, à une philosophie différente de l'arbitrage qui va de l'avant avec l'idée de conciliation.

Le CACNIQ exige que les arbitres constituant le tribunal arbitral soient en nombre impair. Nous pourrions penser que le non-respect de cette règle soit de nature à invalider la procédure de l'arbitrage, mais tel n'est pas le cas et l'on retrouve ici la volonté du CACNIQ de sauver la procédure et d'éviter qu'elle ne soit bloquée par la mauvaise volonté de l'une des parties. Ceci ne veut toutefois pas dire, qu'en arbitrage spécialisé le nombre pair soit impossible. En principe, les parties sont toujours libres de leurs choix, l'article 9 des procédures spécialisées à son premier alinéa le prouve, mais il reste à résoudre le problème lorsqu'une majorité ne peut se dessiner.

B. Le choix « d'un commun accord »

Il est utile de préciser que l'arbitre doit être choisi à partir de la liste des arbitres spécialisés du CACNIQ. Celle-ci est choisie d'un accord unanime entre le CACNIQ, l'ACCOVAM et

88 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

la Bourse. Ceci n'empêche pas que les conditions générales se trouvent applicables. En effet, la personne doit remplir les conditions suivantes :

- Avoir une formation universitaire adéquate ou autre formation jugée équivalente;
- Avoir suivi les cours de médiation commerciale ou d'arbitrage commercial, selon le cas, offerts par le Centre;
- S'engager à suivre des séminaires de perfectionnement offerts par le Centre;
- Avoir une expérience professionnelle active d'au moins dix ans; les expériences professionnelles différentes pourront être cumulatives;
- S'engager à respecter un code de déontologie et signer le protocole d'entente avec le Centre;
- Être reconnu pour son jugement, sa probité et la qualité générale de son travail;
- Acquitter la cotisation annuelle⁸⁹.

Mais, il faut noter que le conseil des experts peut prendre en considération des critères supplétifs⁹⁰ qui peuvent être considérés comme une adaptation de ces conditions à l'arbitrage spécialisé.

Il reste à traiter du processus du choix de l'arbitre, et c'est sur ce point qu'apparaît clairement la différence entre le régime de l'arbitrage du CACNIQ et celui de la loi. Un seul principe semble guider le Centre : supprimer les entraves à la constitution du tribunal arbitral. Ce principe, explique le professeur Nabil ANTAKI, « est très simple : les arbitres sont des juges et doivent être nommés et approchés comme tels, ce qui n'implique évidemment pas que le décorum qui caractérise les tribunaux soit importé dans les salles d'arbitrage »⁹¹. De plus, les parties sont entièrement libres de choisir l'arbitre d'un commun accord, et ce choix doit simplement être confirmé par le CACNIQ. Ainsi, l'article 9 al. 2 des procédures spécialisées

89 Conditions d'accréditation des médiateurs et des arbitres exigées par le Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec (CACNIQ).

90 *Id.*

91 Nabil ANTAKI, « Arbitrage *ad hoc* ou selon le règlement du CACNIQ ? », dans *Les Journées Jean Robert, Cours de perfectionnement en arbitrage*, Montréal, Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, 20 octobre 1989, s. II.

prévoit que « les parties choisissent, d'un commun accord, un arbitre inscrit sur la liste des arbitres spécialisés en valeurs mobilières ». Le choix est certes différent de celui de la loi qui dispose que « chaque partie nomme un arbitre et ces arbitres désignent le troisième »⁹².

De ce fait, le choix de l'arbitre repose sur deux aspects. Le premier aspect, qui est l'aspect dominant et qui est commun aussi bien au régime du Centre qu'au régime de la loi, est que l'arbitre doit être choisi par les parties elles-mêmes : « Il faut avoir toujours à l'esprit la nature principalement contractuelle de l'arbitrage. C'est une manière de résoudre les contestations qui procèdent de la volonté commune de ceux qui sont en relations d'affaires. Il faut donc, autant que possible, respecter cette volonté. »⁹³ Le deuxième aspect est que l'arbitre doit être choisi « d'un commun accord » et, il s'agit là de l'originalité du système du CACNIQ. Cette règle a au moins le mérite d'éviter l'impasse en cas d'un choix pair, un choix sur lequel les procédures sont silencieuses, et renforce davantage l'indépendance de l'arbitre qui constitue un problème d'une réelle acuité dans les arbitrages où chacune des parties désigne son arbitre. Dans ce dernier cas, les parties voient souvent à ce que l'arbitre qu'elles ont désigné les représente au tribunal arbitral et elles espèrent qu'il se comportera en son sein comme leur avocat. Mais s'il en était ainsi, tout le mécanisme arbitral serait faussé. En effet, si au sein du tribunal, l'un des deux arbitres désignés par les parties se comportait en avocat, l'équilibre s'en trouverait . Et, si les deux arbitres désignés par les parties avaient cette attitude, ce serait le président du tribunal arbitral qui déciderait seul et, dans ce cas, il serait bien moins onéreux et plus rapide pour les parties de recourir à un tribunal composé d'un arbitre unique. Ce danger est possible, et la Chambre de commerce internationale y a remédié. En effet, depuis un certain nombre d'années, lorsqu'elle entérine le choix des arbitres effectué par les parties, elle envoie systématiquement aux arbitres un imprimé qu'ils doivent signer et par lequel ils s'engagent à prendre toute la distance et l'indépendance nécessaires à l'égard de la partie qui les a désignés. Le CACNIQ a aussi adopté cette pratique.

92 C.p.c., art. 941.

93 Jacques BÉGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, p. 173.

Ce mécanisme de nomination choisi par le règlement du CACNIQ écarte « le risque de méprise sur la nature de la fonction de l'arbitre et élimine de l'arbitrage, le concept d'arbitre partisan »⁹⁴, car la nomination d'un arbitre par chaque partie peut mettre en cause le concept de l'indépendance et de l'impartialité. La solution adoptée par le CACNIQ « permet d'assurer l'équilibre entre des parties qui n'ont pas le même pouvoir de négociation et d'assurer la nomination d'arbitres entièrement indépendants, dans l'intérêt supérieur de la justice et des justiciables »⁹⁵. Ce mécanisme a été appuyé par la jurisprudence, et le juge White de la Cour supérieure de l'Ontario a écrit :

« [...] the respondent argues that the type of arbitration contemplated in the lease takes for granted partisanship on the part of each party's designated arbitrator, with third arbitrator performing the role of referee. In such a type of arbitration, the respondent argues that the role of each arbitrator picked by a party is to act as advocate to the latter through the thick and the thin of the arbitration process, to the making of the award. If I apprehend the respondent's position properly on this score, each party picks a champion. Not a judge, and the champions pick the third arbitrator who performs the role of a judge. »⁹⁶

Cette procédure de nomination conjointe des arbitres par les parties a le mérite d'éviter toute initiative de révocation dilatoire des arbitres si l'une des parties réalise que la sentence risque de lui être défavorable⁹⁷.

Une fois la question du choix de l'arbitre réglée, le CACNIQ conserve son pouvoir d'intervention pour refuser la désignation d'un arbitre. L'article 9 des procédures spécialisées prévoit que les parties « [...] ont sept (7) jours à compter de la réception de la liste pour faire confirmer leur choix par le Centre ». Cet article accorde au CACNIQ « le pouvoir de refuser d'entériner si le tribunal [...] n'offre pas les garanties

94 Nabil ANTAKI, « Arbitrage *ad hoc* ou selon le règlement du CACNIQ ? », dans *Les Journées Jean Robert, Cours de perfectionnement en arbitrage*, Montréal, Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, 20 octobre 1989, s. II.

95 *Id.*

96 *Id.*

97 *Id.*

de compétence nécessaire, malgré la valeur individuelle de chacune des personnes pressenties »⁹⁸. Cette solution donne au Centre la possibilité de vérifier s'il existe des causes de récusation et lui permet d'examiner, avant que le tribunal soit constitué, l'indépendance des arbitres⁹⁹. De plus, les parties, grâce à leur relation avec le Centre, préalable à la désignation de l'arbitre, évitent les problèmes de récusation ou de révocation de l'arbitre qui peuvent naître pendant l'instance.

Le règlement permet au Centre d'intervenir dans la désignation normale de l'arbitre et aussi en cas d'incidents.

2. LE RÈGLEMENT DES PROBLÈMES LIÉS À LA CONSTITUTION

L'intervention du CACNIQ est nécessaire en cas de défaut dans la désignation de l'arbitre par commun accord (2.1). Elle est aussi essentielle pour trancher le problème de la remise en question de la composition du tribunal (2.2).

2.1 L'intervention du CACNIQ pour la désignation du tribunal

Lorsque les deux parties nomment « d'un commun accord » un arbitre, il peut s'agir d'une solution avantageuse, mais cet accord n'est pas toujours possible; le risque d'un désaccord émanant de l'une ou de l'autre des deux parties est une réalité qui peut nécessiter l'intervention du CACNIQ. Pour accomplir sa mission et couvrir les procédures de désignation de l'arbitre réclamées par les procédures spécialisées de l'arbitrage en valeurs mobilières, le CACNIQ a prévu un mécanisme d'intervention rassurant, autant pour le courtier que pour l'épargnant. En effet, si les parties ne désignent pas l'arbitre dans le délai, l'article 9 des procédures spécialisées dispose que « le Centre dans le même délai, nomme et confirme un

98 Nabil ANTAKI, « L'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières », rapport présenté à la Commission des valeurs mobilières du Québec, 1991, 110..

99 Nabil ANTAKI, « Arbitrage *ad hoc* ou selon le règlement du CACNIQ ? », dans *Les Journées Jean Robert, Cours de perfectionnement en arbitrage*, Montréal, Centre d'arbitrage commercial national et international du Québec, 20 octobre 1989, s. II.

arbitre de la liste ». Cette mission est confiée par l'arbitrage *ad hoc* aux tribunaux. Le professeur Nabil ANTAKI écrit à ce propos que :

« [...] pour s'acquitter de cette fonction, le centre préfère ne pas imposer un arbitre avant de s'assurer que la nomination de la personne proposée ne compliquera pas encore davantage le dossier. Pour cela, le centre procède habituellement par consultation avec une partie ou les deux réunies et par différentes approches, dont la présentation aux deux parties d'une courte liste et la possibilité pour elles d'écarter définitivement une candidature proposée. Cette approche de nature " diplomatique " est volontaire et informelle, et le centre lui consacre toutes ses énergies »¹⁰⁰.

Néanmoins, la confiance en l'arbitre et la composition du tribunal arbitral peuvent être remises en question par l'avènement d'un certain nombre de problèmes.

2.2 La remise en question de la composition du tribunal

Il convient de faire deux remarques préliminaires : d'abord, ces différents incidents ont été envisagés dans le RGAC¹⁰¹ au chapitre VI, intitulé « Récusation et révocation » des arbitres; ensuite, les incidents pouvant affecter la composition du tribunal se caractérisent par leur multitude : doutes légitimes sur l'impartialité de l'arbitre, son indépendance ou sa qualification à trancher un différend.

La remise en question de la composition du tribunal peut être réalisée par deux moyens : soit par la révocation ou la récusation de l'arbitre par les parties (A), soit par la démission de l'arbitre (B).

A. La révocation ou la récusation de l'arbitre par les parties

La révocation ou la récusation de l'arbitre par les parties sont prévues par l'article 28 du RGAC.¹⁰² L'examen de cet article permet de constater que ce droit est soumis à deux

100 *Id.*

101 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

102 *Id.*

limites : d'abord, « l'existence des circonstances [doit être] de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité, son indépendance ou ses qualifications à trancher du différend »; ensuite, la récusation ne peut être demandée que pour une cause qui a été connue après la nomination.

S'agissant des incidents qui touchent l'indépendance, l'impartialité ou les qualifications de l'arbitre, ils constituent des notions à contenu variable qui risquent de perturber l'instance arbitrale plutôt que de garantir la justice, car elles peuvent être détournées à des fins dilatoires par la partie hostile à l'arbitrage. Il faut donc rechercher l'équilibre entre deux principes fondamentaux : un tribunal arbitral qui présente les garanties nécessaires et une efficacité du déroulement de la procédure arbitrale. L'équilibre dépend des moyens possibles pour lutter contre l'utilisation de la procédure à des fins dilatoires¹⁰³.

En ce qui concerne la limite, l'article 28 du RGAC¹⁰⁴ dispose qu' «une partie ne peut demander la récusation d'un arbitre à la nomination duquel elle a participé, que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination ». En fait, le règlement n'a pas innové : il a reproduit la solution de l'article 942.2 du *Code de procédure civile*. Cette disposition demeure plus compatible et plus cohérente avec les procédures de nomination qui sont effectuées d'un commun accord. Ainsi, elle entraîne la diminution des cas de récusation. Les procédures du CACNIQ sont donc plus sécuritaires.

B. La démission de l'arbitre

Le RGAC¹⁰⁵ a prévu, dans son article 27, que dès qu'un arbitre est pressenti, il doit préciser tout ce qui est de nature à laisser planer des doutes légitimes sur son indépendance et son impartialité et, s'il y a des causes qui apparaissent par la suite, il devra les révéler aux parties pendant la procédure elle-même¹⁰⁶.

103 Emmanuel GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international », (1990) 4 *Rev. Arb.* 759.

104 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

105 *Id.*

106 L'article 27 du *Règlement général d'arbitrage commercial* se lit comme suit : « Un arbitre informe immédiatement les parties et le centre de toute cause valable de nature à soulever des doutes sur son impartialité, son indépendance ou ses qualifications. »

Cette règle reflète une diligence de la part du CACNIQ et favorise la réalisation d'un arbitrage juste. En effet, pour éviter que l'arbitre abandonne de façon abusive sa mission, l'article 31 du RGAC¹⁰⁷ lui impose de s'acquitter de ses fonctions de façon raisonnable. Dans un tel cas, sa mission prend fin par sa démission¹⁰⁸.

L'examen de l'article 31 permet de dégager plusieurs types d'incidents qui peuvent être à l'origine de la démission de l'arbitre. Le règlement utilise aussi des notions vagues et imprécises, comme « impossibilité de remplir sa mission » ou « pour d'autres raisons ». L'élasticité de ces termes n'est guère une garantie pour lutter contre une démission à des fins dilatoires. En réalité, la démission de l'arbitre n'est soumise à aucune condition rigoureuse.

En effet, certaines lois n'admettent pas que la démission puisse être décidée d'une manière discrétionnaire par l'arbitre. L'une des formulations les plus rigoureuses se trouve dans la loi française¹⁰⁹ qui dispose que « tout arbitre doit poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci » ou dans la loi belge qui prévoit que « l'arbitre qui a accepté sa mission ne peut se déporter, à moins qu'à sa demande le tribunal de première instance ne l'y ait autorisé »¹¹⁰. La loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹¹¹ prévoit, quant à elle que, pour qu'un arbitre ayant accepté sa mission puisse être relevé de ses fonctions, il faut que cette démission soit acceptée par toutes les parties ou par une autorité extérieure à l'arbitrage.

Toutefois, il n'existe aucun moyen pour contraindre l'arbitre à poursuivre sa mission. En effet, si un arbitre abandonne

107 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

108 L'article 31 du *Règlement général d'arbitrage commercial* (RGAC) s'exprime comme suit :

« Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de remplir sa mission ou pour d'autres raisons ne s'acquitte pas de ses fonctions de façon raisonnable, sa mission prend fin par sa démission ou par sa révocation de l'accord des parties. En cas de désaccord entre les parties, l'une d'entre elles peut demander au centre de prendre la décision appropriée. »

109 Article 1462 N.C.P.C.

110 Article 1689 *Code judiciaire belge* de 1967.

111 Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

sa tâche sans justification sérieuse, ni le CACNIQ ni les parties n'ont le droit de l'obliger à continuer les travaux du tribunal arbitral¹¹². À cet égard, « tous les droits concernés admettent, sous une forme ou sous une autre, l'impossibilité d'exécuter en nature une obligation de faire aussi personnelle que celle de participer à la fonction de juger »¹¹³. Lorsque les parties se trouvent dans un pareil cas, la question qui s'impose est celle de savoir comment l'arbitre peut être remplacé et quels seront les effets de la démission sur la poursuite des travaux du tribunal arbitral.

Le RGAC¹¹⁴ et les procédures spécialisées sont silencieux sur ces questions. La seule indication prévue à l'article 30 ne répond pas aux besoins de cette situation, car il énonce simplement que « la demande de récusation suspend les délais prévus pour les autres procédures d'arbitrage jusqu'à la notification de la décision du Centre au tribunal arbitral et aux parties ». Toutes les autres questions ne trouvent aucune réponse. Même la nomination d'un arbitre remplaçant, qui a été prévue par l'article 32 du RGAC¹¹⁵, ne concerne que la vacance.

Enfin, l'on remarque que le CACNIQ a cherché l'efficacité et l'équilibre en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral, mais que la question de la révocation et de la récusation ne présente aucune garantie pour le client ni aucune prévision pour lutter contre les manœuvres dilatoires.

CONCLUSION

Il est possible d'affirmer que l'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières constitue une contribution au développement aussi bien du domaine de l'arbitrage général que du domaine particulier des valeurs mobilières. Ce système spécial a le mérite de démontrer que la relation de l'individu avec le droit n'est pas seulement une relation de droits et d'obligations, mais aussi de protection.

112 Emmanuel GAILLARD, « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial », (1990) 4 *Rev. Arb.*, 785.

113 *Id.*

114 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

115 *Id.*

En effet, la protection du consommateur est l'une des spécificités de l'arbitrage dans le secteur des valeurs mobilières, parce qu'elle prouve que le client peut être protégé non seulement par le droit des valeurs mobilières, mais aussi par un programme spécial de règlement des différends. À cet égard, les procédures d'arbitrage sont un complément important au droit substantiel de protection.

L'élaboration des procédures spécialisées par le CACNIQ est un élément essentiel pour la constitution d'un système solide et bien fondé d'arbitrage institutionnel dans le domaine des valeurs mobilières. Ces procédures comportent un intérêt considérable, compte tenu de l'absence totale de disposition particulière concernant l'arbitrage de consommation dans la législation québécoise.

Étant donné que l'arbitrage spécialisé a pour objectif de rétablir l'équilibre entre le courtier et son client, le CACNIQ a énoncé la règle selon laquelle l'arbitrage dépend de l'initiative du client, ce qui révèle que le Centre est conscient que les parties n'ont pas le même pouvoir de négociation. Elle a aussi l'avantage de permettre au client d'obliger son courtier à l'arbitrage sans attendre son accord. Toutefois, le consentement des deux parties est exigé lorsque le litige implique une réclamation dont le montant est égal ou inférieur à 3 000 \$, ou lorsque le litige ne comporte aucun montant ou que celui-ci est indéterminé, ou quand les faits donnant naissance au litige sont survenus en partie, avant et après le 1^{er} janvier 1996.

L'originalité du CACNIQ apparaît dans le choix de l'arbitre qui s'effectue d'un commun accord entre les parties. Cette règle évite la mentalité de l'arbitre partisan lorsque chacune des parties choisit son arbitre.

Il est pertinent d'indiquer que le RGAC¹¹⁶ est compétent dans les conflits impliquant les valeurs mobilières. Cette compétence provient d'abord du préambule des procédures spécialisées, qui énonce expressément la possibilité d'appliquer le RGAC¹¹⁷ dans des cas qui ne sont pas couverts par celui-ci, et

116 Règlement général d'arbitrage commercial, *supra* note 9.

117 *Id.*

LA PROCÉDURE SPÉCIALISÉE EN VALEURS MOBILIÈRES 275
DE L'ARBITRAGE INSTITUTIONNEL AU QUÉBEC

ensuite, de l'article 3 qui réfère au RGAC dans certains cas. Cela constitue un élargissement important du champ d'application de l'arbitrage des valeurs mobilières.

Il reste beaucoup à dire concernant les actions communes par les consommateurs et les actions parallèles dans l'arbitrage. Le programme offert par le CACNIQ n'est nullement le point final de l'évolution de tels processus. Des questions issues de la pratique et de l'évolution du secteur seront susceptibles d'être soulevées non seulement par le marché des valeurs mobilières, mais aussi par les tribunaux étatiques, et seront prises en considération par la législation du règlement des différends.