
MÉMOIRE DES INTIMÉS

PARTIE I - LES FAITS

1. Les faits énumérés aux paragraphes 1 à 3 du mémoire de l'appelante sont exacts.
2. L'honorable juge Langlois a eu raison de conclure que la clause d'arbitrage contenue dans les « conditions de vente » du site Internet de l'appelante indique clairement que le NAF est situé aux États-Unis et que par conséquent « la clause d'arbitrage concernée a pour effet de soustraire de la compétence des autorités québécoises tout litige relié au contrat de consommation, dont il est question. »
3. Le contrat conclu entre M. Dumoulin et Dell est un contrat d'adhésion et de consommation.

PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE

4. L'honorable juge Langlois a eu raison de conclure que la clause d'arbitrage à laquelle fait référence l'appelante au paragraphe 3 de son mémoire indique clairement à tout consommateur lisant ladite clause, qu'il sera soumis à un arbitrage par un organisme situé aux États-Unis.
5. L'arbitrage ne peut pas être imposé aux consommateurs en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*¹ (ci-après LPC).
6. La clause 13 (d'arbitrage) contenue aux « conditions de vente » énoncée sur l'Internet est une clause externe et elle est nulle. Advenant que le tribunal en arrive à la conclusion que ladite clause 13 (d'arbitrage) n'est pas une clause

¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40-1

externe, nous soumettons que toute référence au site Internet du NAF pour obtenir une copie du Code de procédure de ce dernier est, elle une clause externe.

7. La clause d'arbitrage obligatoire que veut imposer l'appelante est de par les effets recherchés par cette dernière abusive et nulle.

PARTIE III L'ARGUMENTATION

10 a) **L'honorable juge Langlois a correctement conclu que la clause d'arbitrage avait pour effet de soustraire de la compétence des autorités québécoises tout litige relié au contrat de consommation dont il est question.**

8. Nous référons cette honorable cour au texte même de la clause d'arbitrage auquel fait référence l'appelante (m.a., p. 1, paragraphe 3). Nous vous soumettons respectueusement qu'une personne raisonnable lisant ledit texte de la clause d'arbitrage ne peut que conclure que cette clause l'assujettit à un arbitrage à Minneapolis aux États-Unis.

20

9. Nous vous soumettons que l'argumentation même de l'appelante vient confirmer que l'honorable juge Langlois a correctement adjugé sur la question de la compétence *ratione materiae*. En effet, toute l'argumentation de l'appelante pour convaincre cette honorable cour que la clause d'arbitrage permet que l'arbitrage ait lieu au Québec et non aux États-Unis est contenue dans le Code de procédure du National arbitration forum (ci-après NAF)².

² Les arguments référant au Code de procédure du NAF sont contenus aux paragraphes 20 à 44 (m.a., pp. 5 à 10).

10. Voyons maintenant comment une personne désirant acheter chez Dell peut éventuellement retracer ledit Code de procédure du NAF.
11. Dans un premier temps, le consommateur doit se rendre à la page Internet de Dell contenant les « conditions de ventes », ensuite il doit selon le témoignage non contredit de Mr. Shane Cameron³ cliquer au moins trois fois pour se rendre à la clause 13. Une fois rendu à la clause 13, le consommateur doit cliquer sur le lien hypertexte suivant : www.arb-forum.com pour se rendre au site Internet du NAF, ce qui a pour effet de le sortir du site Internet de Dell et l'amener sur le site Internet du National Arbitration Forum (NAF). Une fois rendu sur le site Internet du National Arbitration Forum (NAF) on doit retrouver le lien hypertexte faisant référence au Code de procédure et cliquer dessus. Ceci nous amène à la table des matières du Code de procédure en question. Pour avoir accès à ce Code de procédure, on doit maintenant cliquer sur le lien hypertexte nous permettant de le lire soit en « Word » ou en « PDF » et enfin on arrive au fameux Code de procédure⁴.
12. Avec respect pour l'opinion contraire, nous vous soumettons que l'honorable juge Langlois a eu raison de se limiter aux termes de la clause 13 (d'arbitrage) contenus dans les « conditions de vente » du site Internet de Dell. Il ne fait aucun doute que le Code de procédure du NAF auquel l'appelante se réfère est une clause contractuelle externe parfaite et en vertu de l'article 1435 al. 2 C.c.Q., elle est donc nulle et sans effet. Nous développerons cette question de clause externe plus en détail, ci-après.

b) L'arbitrage ne peut pas être imposé aux consommateurs en vertu de la Loi sur la protection du consommateur.

³ Contre interrogatoire de Shane Cameron par Me Gilles Gareau, questions no. 68 à 74 (m.a., pp. 229-230).

⁴ Code de procédure du NAF reproduit comme pièce ARB-4 (m.a., pp. 145 à 199).

13. La *LPC* est d'ordre public de protection et on ne peut y déroger par convention particulière⁵. De plus le législateur a prévu que le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la *LPC*⁶.
14. Le chapitre II du titre IV de la *LPC* s'intitule « Recours civils ». Le premier article sous ce chapitre, soit l'article 271 *LPC* à son alinéa 3 se lit ainsi : « Le tribunal accueille la demande du consommateur sauf). Le terme « tribunal » n'étant pas défini dans la *LPC* on doit donc se référer au Code de procédure civile du Québec (ci-après *C.p.c.*)⁷.
- 10
15. On retrouve la définition du terme « tribunal » à l'article 4 j) *C.p.c.* soit : « « tribunal » une des cours de justice énumérées à l'article 22 *C.p.c.* ou un juge qui siège en salle d'audience. ». Le dernier paragraphe de l'article 4 *C.p.c.* se lit ainsi :
- 20
- « De plus, la signification du mot « tribunal » utilisé au Code civil du Québec ou **dans une loi particulière est déterminée par le Code de procédure civile** ou, le cas échéant par la loi qui en contient une définition propre. **Il peut désigner, selon le cas, la juridiction ayant compétence en matière civile**, un juge siégeant en salle d'audience ou exerçant en son bureau ou un greffier » [l'emphase est de nous]
16. L'article 22 *C.p.c.* énumère les tribunaux ayant une compétence en matière civile soit : la Cour d'appel, la Cour supérieure, la Cour du Québec et les cours municipales.
17. Le législateur dans sa rédaction de la *LPC* a clairement voulu que les recours civils soient tranchés par un « tribunal ». Le terme « tribunal » est clairement défini par le biais du Code de procédure civile ce qui a pour effet d'exclure la

⁵ Art. 261 *LPC*

⁶ Art. 262 *LPC*

⁷ Code de procédure civile (L.R.Q., c.-25)

possibilité d'arbitrage. Puisque de l'aveu même du procureur de l'appelante⁸ nous sommes en matière de consommation, il est donc clair qu'en matière de consommation, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la LPC⁹ soit : le droit d'estimer devant un tribunal tel que défini ci-avant, et que par conséquent il ne peut pas s'obliger contractuellement à un arbitrage.

c) La clause 13 (d'arbitrage) contenue aux « conditions de ventes » sur le site Internet de Dell ainsi que toute référence au NAF par le biais d'un lien hypertexte à la page Internet du NAF sont des clauses externes.

10

18. L'article 1435 C.c.Q. prévoit que dans un contrat de consommation ou d'adhésion, tel qu'en l'espèce, la clause externe pour être valable entre les parties doit avoir été portée à la connaissance du cocontractant au moment de la formation du contrat. Il y a donc renversement de la preuve et c'est à celui qui veut invoquer la clause externe de prouver que le consommateur a connaissance de celle-ci¹⁰.

20

19. Nous soumettons respectueusement qu'en examinant la structure du site Internet de Dell et en lisant le contre-interrogatoire de Shane Cameron il est clair que les « conditions de ventes » en général sont une clause externe¹¹ et ce, par choix de marketing.

⁸ M.a. p. 275 ligne 1 à 14

⁹ Art. 262 LPC.

¹⁰ *General Accident compagnie d'assurance du Canada c. Rhonda Genest*, REJB 2001-22026 (C.A.), *Raymond Chassé c. L'Union Canadienne, compagnie d'assurances*, REJB 199-11437 (C.S.), *David Parsons c. Mont-Bleu Ford*, REJB 2002-36837 (C.Q.), *Brigitte Rémillard et Michel Larochelle c. 9085-9638 Québec Inc. (Comspec) et Jacques Martel*, REJB 2001-29551 (C.Q.), *Yves Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-Loup*, REJB 1997-07375 (C.Q.), *Eclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, REJB 1997-03559.

¹¹ Voir contre interrogatoire de Shane Cameron, questions 59 à 66 incl. (m.a., pp. 227-228) M. Cameron indique à la Cour que la grosseur des caractères des « conditions de vente » sont de 7 alors que les caractères plus hauts invitant le consommateur à acheter sont de 12. De plus en réponse aux questions 65 et 66 M. Cameron admet que l'intention de Dell est de « **Well, the main purpose of our site is to take people as virtually as possible from the front of the store to the product that they want to purchase.** This, the reason it's smaller is inevitably people click on it less, ... ». M. Cameron à sa réponse à la question no. 66 : « I guess, from a marketing standpoint, presenting terms and conditions

20. L'article 1435 du C.c.Q. impose à celui invoquant la clause externe le fardeau de prouver que le consommateur en a pris connaissance. Par ailleurs, le témoignage clair et non contredit de Shane Cameron à l'effet que Dell volontairement ne met pas l'emphase sur ces « conditions de vente » et ceci pour des fins de marketing. Nous soumettons que ce choix par Dell de ne pas mettre d'emphase sur les « conditions de ventes » et particulièrement la clause d'arbitrage obligatoire, s'applique de façon systémique à tous les consommateurs. L'appelante ne s'est pas déchargée de son fardeau à cet égard car son procureur n'a pas demandé à monsieur Dumoulin s'il avait consulté les « conditions de ventes », par conséquent on ne peut retenir contre lui ces clauses externes et plus particulièrement la clause d'arbitrage obligatoire¹².
21. Quant au Code de procédure du NAF sur lequel tout l'argumentaire de notre confrère repose, nous vous référons aux paragraphes 11 et 12 qui énoncent clairement que ledit Code de procédure du NAF est une clause externe. Il est important de noter que pour prendre connaissance du Code de procédure du NAF il faut à toute fin pratique changer de site Internet, soit passer du site Internet de Dell à celui du NAF. Que ce soit par lien hypertexte cela ne change pas le fait qu'un consommateur selon les prétentions de l'appelante devrait avant de procéder à l'achat d'un bien s'astreindre à d'abord trouver les « conditions de ventes » et les lire en entier et en plus se donner le trouble d'aller sur le site Internet d'un organisme qui n'a rien à voir avec le but pour lequel le consommateur se trouve sur le site Internet de Dell au point de départ. Nous vous soumettons respectueusement qu'en tenant compte du témoignage de M. Cameron qui affirme clairement que l'objectif de Dell est de mener le

upfront, up high, creates doubt. But the “unmarketing” content, from a creative standpoint, the information that's required for the customer to begin making a decision is all upfront and easy... and easy to find, whereas at the bottom, that is basically industry standard. **If we moved it up to, it would be more available for the customer to see, but at the same time the customer is expected to see it at the bottom of the page.** [l'emphase est de nous]

¹² Interrogatoire de M. Dumoulin par Me McGowan (m.a., pp. 333 à 351).

consommateur du début à la fin de la transaction d'achat le plus simplement possible, que Dell n'a pas pris les moyens pour s'assurer que les consommateurs soient informés d'abord des « conditions de ventes » et plus particulièrement, de la clause d'arbitrage obligatoire et du Code de procédure du NAF que les appelants tentent d'imposer à Mr. Dumoulin ainsi qu'à tous les autres consommateurs québécois.

d) La clause d'arbitrage obligatoire que veut imposer l'appelante est de par les effets recherchés par cette dernière abusive et nulle¹³.

10

22. L'article 1437 C.c.Q. vise à sanctionner l'usage de clause abusive dans les contrats de consommation et d'adhésion¹⁴. Me Vincent Karim dans son ouvrage *Les Obligations*, 2^e éd. tome 1, (Wilson et Lafleur, 2002) p. 393-394 s'exprime ainsi quant au rôle du tribunal :

20

« Le tribunal, pour déterminer si une clause est abusive, **doit s'interroger non seulement sur sa portée et sa justification par rapport à la nature du contrat et à l'ensemble de son contenu, mais aussi sur les conséquences qui découlent de son application.** (...) En d'autres termes, les circonstances qui entourent l'application d'une clause prévue dans un contrat d'adhésion, **peuvent la rendre, eu égard aux conséquences qui en découlent, abusive et d'un exercice excessif, déraisonnable allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.** Les tribunaux ont également tendance à **qualifier d'abusives une clause ayant pour effet de soumettre l'obligation qu'elle prévoit à l'exercice du pouvoir discrétionnaire unilatéral de la partie en faveur de qui le contrat d'adhésion a été conclu.** » [l'emphase est de nous]

23. Il n'est pas de notre intention de mettre en doute l'utilité de l'arbitrage comme procédure dans le règlement de conflits. Ce que nous désirons soulever ici est

¹³ Article 1437 C.c.Q.,

¹⁴ B. MOORE, « Les Clauses abusives : Dix ans après », 2003 R. du B., tome 63, p 59, *Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie c. Janin Construction (1983) Ltée et Raymond Chabot Fafard Gagnon Inc.*, REJB 1999-11611 (C.A.), *Mariel Audet et Jeanne Beauregard c. Clément Jetté et al.*, REJB 1998-09477, (C.S.), *AT&T Capital Canada Inc. c. Association des éclaireurs Baden-Powell Inc.*, REJB 1997-03054 (C.Q.), *Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc.*, REJB 1997-00588, *Brigitte Rémillard et Michel Larochelle c. 9085-9638 Québec Inc. (Comspec) et Jacques Martel*, REJB 2001-29551 (C.Q.), *Yves Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-Loup*, REJB 1997-07375 (C.Q.),

l'effet pervers pour lequel l'appelante en l'instance et plusieurs autres commerçants veulent imposer l'arbitrage par le biais de clause compromissoire, entre autre en matière de consommation.

24. Nous soumettons respectueusement que l'objectif visé par Dell à travers sa clause d'arbitrage obligatoire n'est autre que d'empêcher les consommateurs de se prévaloir du véhicule procédural qu'est le recours collectif ¹⁵ et de décourager tout consommateur de faire valoir ses droits de façon efficace.

10 25. Bien que l'arbitrage et le recours collectif ne soient tous les deux que des véhicules procéduraux par lesquels les consommateurs peuvent régler leur litige avec un ou des commerçants, nous soumettons que le recours collectif procure des avantages importants et indéniables que ne peut procurer l'arbitrage. Madame la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*¹⁶ précise que le recours collectif procure trois avantages importants :

20 « Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et l'analyse du droit.

Deuxièmement, comme les frais fixes peuvent être divisés entre un grand nombre de demandeurs, les recours collectifs donnent un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuse pour être intentés individuellement.

30 Troisièmement, **les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une**

¹⁵ Voir le texte de Kent E. Thomson et Jane Macrae intitulé : « The use of arbitration clauses as a shield to class actions », Canadian Institute, 3rd Annual National Forum on litigating class actions, 26-27/9/2002. **De toute évidence la tendance actuelle parmi les procureurs en défense est de recommander l'usage de clauses compromissoires de sorte à empêcher les victimes potentielles d'intenter des recours collectifs et dans les faits, de limiter leur accès à une justice équitable et économique viable pour ces dernières.**

¹⁶ [2001] 2 R.C.S., 534

poursuite dépasseraient largement la réparation probable. Le partage des frais diminue le coût des recours en justice et dissuade donc les défendeurs éventuels qui pourraient autrement présumer que de petits méfaits ne donneraient pas lieu à un litige : ... » [l'emphase est de nous]

26. Nous vous soumettons que bien que l'usage de l'arbitrage soit un moyen privilégié de régler des conflits, celui-ci ne doit pas être perverti au point de permettre aux commerçants de se cacher derrière cette procédure sachant fort bien que la majorité des individus en seront intimidés. D'ailleurs, à cet effet on n'a qu'à se référer au Code de procédure du NAF. Le consommateur moyen ne se donnera évidemment pas la peine de passer à travers un document d'une cinquantaine de pages rédigé dans un langage juridique complexe pour savoir ce qu'il doit faire, quand, comment, etc. et de toute évidence c'est sur quoi Dell compte.
27. Nous soumettons que l'imposition par les commerçants dans des contrats d'adhésion et/ou de consommation de clauses d'arbitrage obligatoires a pour but et pour effet d'empêcher les cocontractants de se regrouper pour faire corriger les préjudices auxquels madame la juge McLachlin fait référence dans le troisième alinéa de la citation au paragraphe 25 ci-haut.
28. Un autre effet abusif et odieux des clauses d'arbitrage obligatoires incluses dans les contrats de consommation et/ou d'adhésion est également d'empêcher les cocontractants d'avoir accès à la Cour des petites créances. Il faut constater qu'en arbitrage les commerçants peuvent bénéficier d'être représentés par avocats alors que devant la Cour des petites créances, à moins que le défendeur soit représenté par un procureur de son service de contentieux interne, les deux parties sont à égalité et doivent se représenter elles-mêmes sans le bénéfice de représentation par un avocat. La Cour des petites créances et le recours collectif sont à toutes fins pratiques, les seuls moyens d'accès à la justice pour les citoyens moyens possédant une réclamation modeste et toute tentative d'empêcher ces accès est abusif.

PARTIE IV CONCLUSIONS

PAR CES MOTIFS, PLAISE À CETTE HONORABLE COUR :

REJETER , le présent appel;

CONFIRMER le jugement de première instance de l'honorable juge Langlois ayant autorisé le recours collectif contre l'appelante;

10

LE TOUT avec dépens, dans les deux Cours, y compris les frais d'avis.

MONTRÉAL, le 7 avril 2004

20

Me Gilles Gareau
LAUZON, BÉLANGER, S.E.N.C.
Procureurs de l'intimée

PARTIE V LES AUTORITÉS

Page

Doctrine

	B. MOORE, « Les Clauses abusives : Dix ans après », 2003 R. du B., tome 63, p. 59	7
10	Texte de Kent E. Thomson et Jane Macrae intitulé : « The use of arbitration clauses as a shield to class actions », Canadian Institute, 3rd Annual National Forum on litigating class actions, 26-27/9/2002.....	8

Jurisprudence

	General Accident compagnie d'assurance du Canada c. Rhonda Genest, REJB 2001-22026 (C.A.).....	5
	Raymond Chassé c. L'Union Canadienne, compagnie d'assurances, REJB 199-11437 (C.S.).....	5
20	David Parsons c. Mont-Bleu Ford, REJB 2002-36837 (C.Q.).....	5
	Brigitte Rémillard et Michel Larochelle c. 9085-9638 Québec Inc. (Comspec) et Jacques Martel, REJB 2001-29551 (C.Q.)	5, 7
	Yves Michaud c. Société mutuelle d'assurance générale du comté de Rivière-du-Loup, REJB 1997-07375 (C.Q.), Eclipse Optical Inc. c. Bada U.S.A. Inc., REJB 1997-03559	5, 7
30	Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie c. Janin Construction (1983) Ltée et Raymond Chabot Fafard Gagnon Inc., REJB 1999-11611 (C.A.)	7
	Marcel Audet et Jeanne Beauregard c. Clément Jetté et al., REJB 1998-09477, (C.S.)..	7
	AT&T Capital Canada Inc. c. Association des éclaireurs Baden-Powell Inc., REJB 1997-03054 (C.Q.)	7
	Location d'équipement Jalon-Simplex Ltée c. Animation Proludik Inc., REJB 1997-00588	7
40	Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, [2001] 2 R.C.S., 534.....	8