
MÉMOIRE DES INTIMÉS

Partie I

LES FAITS

- 1 La chronologie des événements survenus à partir du 4 avril 2003, telle que relatée par l'appelante dans son mémoire, serait exacte si elle n'était fortement teintée d'allusions visant à discréditer le comportement de Dumoulin. Cette façon pour le moins douteuse de rapporter les faits impose ici quelques mises au point.

A. LES FAITS VUS PAS DELL

- 2 Dell présente Dumoulin comme faisant partie de ces consommateurs audacieux et intrépides qui défient la procédure normale pour accéder à une page web autrement bloquée, par le biais d'une voie détournée appelée lien profond (*deep link*), c'est-à-dire en utilisant un hyperlien permettant de contourner la page d'accueil du site de Dell¹ et ainsi tirer avantage de l'erreur de prix². L'appelante cherche ainsi à suggérer que Dumoulin, en agissant ainsi, a posé un geste qui, sans le qualifier clairement d'illégal, serait à tout le moins répréhensible.
- 3 Dell décrit comme inhabituelle (*unusual*) l'utilisation de liens profonds pour accéder à un site web. Il y aurait même une preuve non contredite à cet effet : « The uncontradicted evidence was that [...] it was "unusual" for these deep-links to be used to access the Website »³ Or, n'est pas ce que révèle la preuve au dossier. À l'audition devant la Cour supérieure, le procureur de Dell réfère son témoin, Shane Cameron, à l'adresse URL suivante, située au bas de la première page de la pièce R-3A :

<http://configure.dell.com/dellstore/config.aspx?c=ca&cs=CADHS1&l=en&oc=OCAXIM5DHS400>.

¹ A.F., pp. 1 et 7, par. 2 et 24.

² *Id.*, page 7 : « (e) Dumoulin tries to take advantage of the price error ».

³ *Id.*, p. 7, par. 27.

Il lui demande s'il pourrait atteindre la page web supposément bloquée en en faisant la saisie au long (*typed*), caractère par caractère, à l'aide du clavier. Le témoin répond par l'affirmative. On voit tout de suite que la méthode que propose le procureur est effectivement ce qu'il y a de plus inhabituel. Mais, en contre-interrogatoire, le témoin affirme qu'il n'y a rien d'inhabituel dans le fait d'enregistrer un URL dans ses favoris et de cliquer sur le lien pour accéder à la page web située à cette adresse :

« Q- [...] is that unusual on the Internet for people who surf the Internet to go directly to a specific address?

A- It depends what they're doing. If they're shopping for something, I would say it's a bit unusual. I can tell you it's unusual for our site.

Q- Have you ever gone directly to a specific address?

A- Yes.

Q- Without going through the entire process?

A- Yes, but typically it's sent to me.

Q- I'm not...

A- If somebody wrote me an article and I want to go directly to that news article, I'll click on the link and be taken to that news article.

Q- I don't dispute that. But have you, as a computer user, ever gone in front of an address and then just clicked on "Favorites"?

A- Yes.

Q. What happens?

A- It asks you if you'd like to make a bookmark.

Q- Okay. And let's say you say yes.

A- It stores that URL, that address, on your favourites folder.

Q- Okay. So, next time on click on this, what will happen?

A- It will take you to the exact URL or address that you saved to your bookmark.

Q- So it's not unusual to save specific URLs?

A- Not URLs, no.⁴

(Nos soulignements)

- 4 L'adresse du lien censé être interdit ne peut avoir été connue que par un internaute qui a enregistré la page web correspondante dans ses favoris, à un moment où il était encore possible d'y accéder. Selon le témoin Cameron, il n'y a rien d'anormal ou d'inhabituel à le faire.
- 5 Après avoir réalisé son erreur, Dell n'a corrigé que la moitié du problème en rendant inactifs les hyperliens de son site conduisant à cette page. Mais elle n'a pas retiré la page de son site, ni changé son nom. Dans l'un ou l'autre de ces cas, l'internaute qui aurait cliqué sur l'hyperlien enregistré dans ses favoris aurait reçu le traditionnel message : « The page cannot be found - The page you are looking for might have been removed, had its name changed, or is temporarily unavailable ».

B. DES FAITS OU DES OPINIONS?

- 6 De plus, du paragraphe 40 au paragraphe 53 de son exposé des faits, l'appelante commente à sa manière les motifs de la Cour supérieure et de la Cour d'appel. Elle entremêle faits et opinions, en plus de mettre dans la bouche de madame la juge Hamelin des propos dont on ne trouve aucune trace dans ses motifs. Quand l'appelante énonce que « [...] Lemelin J. correctly accepted that an arbitration clause can bar a class action »⁵, elle donne des paragraphes [54] et [59] de ses motifs une interprétation qu'il conviendrait mieux de développer en argumentation, si tant est que l'appelante la juge défendable. Il n'est pas approprié de faire passer une telle opinion pour un « fait » objectif.

⁴ A.R., vol. III, pp. 235 à 237, questions 342 à 350.

⁵ A.F., p. 13, par. 47.

Partie II

LES QUESTIONS EN LITIGE ET LES MOYENS

- 7 L'appelante pose en ces termes la question en litige : « Should this dispute be referred to arbitration? » Nous la poserons en français sous une forme légèrement différente :

Qui, de l'arbitre ou de la Cour supérieure, devrait être saisi du litige?

Partie III

L'ARGUMENTATION

A. INTRODUCTION

- 8 L'appelante fait du principe de la primauté de l'autonomie des parties la pierre d'assise de son argumentation. Elle identifie d'abord comme suffisantes les dispositions des articles 2638 et 3148 C.c.Q. et les articles 940.1 et 943 C.p.c. pour forcer le renvoi du litige devant un arbitre. Ensuite, elle identifie quatre autres dispositions du *Code civil du Québec* visant à restreindre l'exercice de cette autonomie. Ce sont les articles 1435, 1437, 2639 et 3149 C.c.Q. Elle estime qu'aucune de ces dispositions ne lui sont applicables ou que l'étude de leur pertinence dans le présent litige devrait être référée à un arbitre.
- 9 Nous suivons volontiers l'appelante sur le terrain de son argumentation. Nous établirons tour à tour :
- que le litige dont Dumoulin a saisi la Cour supérieure ne peut être soumis à l'arbitrage parce qu'il intéresse l'ordre public (art. 2639 C.c.Q.);
 - que la clause compromissoire imposée par Dell est abusive (art. 1437 C.c.Q.);
 - que la clause compromissoire est externe par référence (art. 1435 C.c.Q.), tout comme le *Code of Procedure* de la NAF⁶ est externe aux conditions de vente par référence (art. 1435 C.c.Q. et *Rule 1*⁷ du *Code of Procedure* de la NAF); et
 - que l'arbitre n'est pas un tribunal au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*, ni une autorité québécoise au sens des articles 3148 et 3149 du *Code civil du Québec*.

⁶ NAF : *National Arbitration Forum*.

⁷ Dossier des intimés, p. *.

B. L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ ET L'ORDRE PUBLIC

1. L'ORDRE PUBLIC COMME CONTREPOIDS À L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

- 10 La théorie de l'autonomie de la volonté n'est pas récente en droit québécois. Dans leur ouvrage *Les obligations*⁸, les auteurs Baudouin et Jobin font coïncider les origines de cette théorie avec l'émergence du libéralisme économique, dans la deuxième moitié du IX^e siècle⁹. Il n'est donc pas surprenant que le *Code civil du Bas-Canada*, dès son entrée en vigueur en 1866, se soit inspiré de ce courant de pensée pour codifier la règle de la liberté contractuelle.
- 11 L'autonomie de la volonté et l'ordre public sont deux concepts intimement liés. C'est ce que font ressortir les auteurs Baudouin et Jobin :

« **136 – Législation peu favorable** – Non seulement le *Code civil du Bas-Canada* se faisait-il discret en matière d'ordre public, mais il a également introduit certaines dispositions qui ont contribué à l'expansion de la liberté contractuelle. Le législateur a ainsi interdit la lésion entre majeurs comme motif de nullité et permis le pacte comissoire; il a également adopté la liberté testamentaire complète. Les textes législatifs ne favorisaient donc pas l'expansion de l'ordre public.

[...]

138 – Développement de l'ordre public – Les crises économiques qui ont suivi successivement le grand krach boursier de Vienne en 1873 et celui de New York en 1929 ont toutefois mis en évidence les problèmes sociaux engendrés par un libéralisme économique à son apogée. C'est ce qui a conduit le législateur à introduire dans le *Code civil du Bas-Canada* un nouveau chapitre portant sur la vente en bloc, ou vente d'entreprise, destiné à protéger les créanciers d'une entreprise à l'occasion de la vente de cette dernière à un tiers. Dans les années qui ont suivi, le législateur n'est intervenu que superficiellement, soit en adoptant des lois particulières, soit en apportant quelques légères modifications au *Code civil*.

Il a fallu attendre les 30 dernières années du XX^e siècle pour assister à la lente mais constante émergence d'un courant social favorisant davantage l'intervention de l'État. Ceci amènera le

⁸ BAUDOUIN et JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005.

⁹ *Id.*, p. 201, par. 135.

législateur à introduire d'importantes mesures impératives en droit de la consommation (1971 et 1978), en droit du louage d'habitation (1973), en droit des assurances (1974), en droit du travail (1979 et 1991), en droit de la famille (1980 et 1990) et, finalement, en droit de la vente d'immeuble d'habitation (1991). Des mesures d'équité, elles aussi impératives, ont également été adoptées et ont été signalées ailleurs. »¹⁰

- 12 L'ordre public a connu un développement progressif au Québec, au fil des ans, en raison de l'introduction dans le *Code civil du Bas-Canada* et le *Code civil du Québec* des restrictions à l'autonomie de la volonté, question de faire contrepoids à un libéralisme économique parfois trop gourmand. Notons aussi que lorsque l'article 9 a été introduit dans le *Code civil*, interdisant toute dérogation aux règles d'ordre public, le législateur a voulu envoyer le message que l'autonomie de la volonté des parties n'est pas absolue.
- 13 Dans le cadre du présent litige soumis au jugement de cette Cour, la *Loi sur le recours collectif*¹¹, intégrée au *Code de procédure civile*, dans le livre IX, joue un rôle de premier plan, puisque c'est l'accès à cette procédure qui est menacé par les contrats d'adhésion comme celui que Dell impose à ses consommateurs. Dans les lignes qui suivent, nous allons démontrer que la négation du droit d'accès au recours collectif est une question qui intéresse l'ordre public. Il en découlera, en application du premier alinéa de l'article 2639 C.c.Q., que le litige ne peut être soumis à l'arbitrage.
- 14 Le *Code de procédure civile* est silencieux sur la question de savoir si les dispositions du livre IX sont d'ordre public. En l'absence d'indication claire dans la loi, c'est le tribunal qui évalue le caractère d'ordre public de la disposition sous examen, ainsi que sa portée concrète. Dans l'affaire *Garcia Transport*¹², cette Cour, sous la plume de madame la juge L'Heureux-Dubé, en a décidé ainsi, faisant siens les propos de l'auteur Baudouin, dans son ouvrage *Les obligations* :

¹⁰ *Id.*, pp. 201 et 202, par. 136 et 138.

¹¹ L.R.Q., c.R-2.1.

¹² *Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal*, (1992) 2. R.C.S. 499.

« La plupart du temps, c'est le législateur qui intervient directement pour dire ce qui est d'ordre public. Parfois on trouve dans le texte législatif ou réglementaire même la mention expresse que la disposition prévue par lui est d'ordre public; parfois il indique qu'il ne souffrira aucune dérogation contractuelle à la règle, à peine de nullité. Parfois le législateur, au contraire, indique clairement qu'il laisse aux parties elles-mêmes le soin de régler la question et que la règle qu'il édicte ne s'appliquera qu'à titre supplétif [...]. Dans d'autres espèces enfin, la formulation utilisée ne laisse pas directement soupçonner le caractère véritablement impératif de la loi. Les tribunaux ont alors la tâche de rechercher l'intention législative et de décider s'il convient de donner aux textes un caractère d'ordre public, c'est-à-dire de déterminer s'il s'agit d'une disposition impérative ou seulement supplétive de volonté. »¹³

(C'est la Cour qui souligne.)

15 Au même effet, elle cite aussi avec approbation l'auteur français Gégout¹⁴ :

Mais, si la loi est muette sur son caractère d'ordre public, cela ne veut pas dire qu'elle ne le comporte pas. Elle peut le faire, indépendamment des formules employées, en raison de son importance dans l'organisation sociale ou dans une branche de l'activité juridique. Il n'y a pas seulement des lois d'ordre public, mais, comme le dit l'article 6, des lois "qui intéressent" l'ordre public et qui créent une sorte d'ordre public virtuel. C'est au juge qu'il appartient alors, en s'appuyant sur un texte, de fixer les limites de cet ordre public. »

(Nos soulignements)

16 Après avoir constaté « la prolifération des contrats d'adhésion, dont les termes ne sont habituellement pas négociables »¹⁵, madame la juge L'Heureux-Dubé poursuit ainsi :

« En réponse à cette évolution, les législateurs ont édicté des lois visant à restaurer l'égalité entre les parties contractantes et en particulier à protéger les contractants faibles. »

[...]

¹³ *Id.*, pp. 33 et 34; BAUDOUIN, Jean-Louis, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1989.

¹⁴ GÉGOUT, M, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Juris-classeur civil*, Art. 6, fasc. 1.

¹⁵ *Op. cit.*, note 9, p. 28.

En France comme au Québec, la doctrine a récemment classé ce type de lois dans la catégorie des lois dites d'ordre public économique de protection.

[...]

Dans son livre *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), Pierre-André Côté, pour sa part, établit une distinction entre les lois d'ordre public traditionnelles et ces lois de type nouveau (aux pp. 231 et 232):

“Parmi les lois ou les dispositions d'ordre public, on peut distinguer celles qui sont adoptées exclusivement dans l'intérêt général de la société: il est évident qu'un particulier ne peut renoncer à l'application de telles lois puisqu'elles n'ont pas été édictées en sa faveur.

D'autres lois peuvent, à première vue, paraître avoir été édictées exclusivement à l'avantage de certains membres de la société. C'est le cas des diverses lois dites de protection, qui veulent assurer la protection des intérêts de membres de la société jugés, pour une raison ou pour une autre, particulièrement vulnérables. Des lois de ce genre, bien qu'on puisse croire qu'elles sont édictées dans le seul intérêt de ceux qu'elles entendent protéger, ont néanmoins souvent été considérées comme partiellement édictées dans l'intérêt public et, à ce titre, non susceptibles de renonciation.”

Si la protection du consommateur est peut-être le meilleur exemple de cette catégorie de lois, elle comprend également les lois établissant des exigences en matière de permis et de qualifications professionnelles, les lois concernant les relations et les normes de travail ainsi que les lois touchant le logement. »¹⁶

(Nos soulignements)

- 17 Et madame la juge L'Heureux-Dubé de citer, à titre d'exemples, plusieurs lois jugées d'intérêt public même si elles sont édictées pour la protection d'un groupe particulier :

« Notre Cour reconnaît depuis longtemps que les lois édictées pour la protection d'un groupe particulier peuvent être d'intérêt public, même en l'absence de stipulation expresse. Ainsi, dans l'arrêt *Pauzé c. Gauvin*, [1954] R.C.S. 15, notre Cour a jugé que la *Loi des architectes*, S.R.Q. 1941, ch. 272, était une loi de cette nature car, bien qu'elle ait été édictée principalement pour le

¹⁶ *Id.*, pp. 30 et 31.

bénéfice des architectes, elle servait également à protéger le public en général contre les constructeurs incompetents ou malhonnêtes. Le juge Taschereau s'est exprimé ainsi à la p. 19:

“On a évidemment avec raison voulu procurer des hommes de l'art réellement compétents au public, qui à juste titre requiert que les édifices soient convenablement construits.”

De même, la Cour d'appel du Québec a jugé de façon constante que les lois établissant des normes professionnelles sont d'ordre public bien qu'en un sens elles protègent un groupe restreint au sein de la société ». ¹⁷

18 Enfin, elle dégage de cette analyse le critère suivant :

« Le critère qui distingue les lois d'ordre public des autres types de lois réside dans l'intérêt public, plutôt que simplement privé, dont se soucie le législateur ». ¹⁸

2. LA NÉGATION DU DROIT D'ACCÈS AU RECOURS COLLECTIF EST UNE QUESTION QUI INTÉRESSE L'ORDRE PUBLIC

19 Revenons maintenant à la question de savoir si la négation du droit d'accès au recours collectif est une question qui intéresse l'ordre public. Dans *Hollick c. Toronto (Ville)* ¹⁹, cette Cour énonce en ces termes les trois principaux avantages que procure le recours collectif :

« J'explique en détail dans *Western Canadian Shopping Centres* (par. 27-29) que le recours collectif a trois avantages majeurs sur les poursuites individuelles multiples. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, le recours collectif permet de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, le

¹⁷ *Id.*, p. 32.

¹⁸ *Id.*, p. 33.

¹⁹ *Hollick c. Toronto (Ville)*, (2001) 3 R.C.S. 158; *Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*, (2001) 2 R.C.S. 534.

recours collectif sert l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les malfaisants actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence. »²⁰

(Nos soulignements)

- 20 Si cette Cour donnait raison à Dell dans sa prétention qu'il faut dessaisir la Cour supérieure du litige l'opposant à Dumoulin pour le référer à l'arbitrage, les trois avantages identifiés par cette Cour dans *Hollick* seraient annihilés d'un seul coup. Dans ce scénario catastrophe, finies les économies de ressources judiciaires réalisées en évitant la duplication de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. En effet, le recours à l'arbitrage imposé par Dell prévoit un traitement individuel des litiges, comme le stipule le paragraphe A de l'article 13 de ses conditions de vente (d'ailleurs, l'article 1000 C.p.c interdit déjà l'arbitrage collectif). Finies aussi l'accès à la justice pour le consommateur moins fortuné qui aurait à encourir des frais d'arbitrage de loin plus onéreux que ceux qu'il aurait à assumer dans le cadre d'un recours collectif. Ajoutons que même dans l'hypothèse où un recours collectif n'est pas intenté, le recours à la division des petites créances de la Cour du Québec lui serait refusé, là où les frais seraient encore moins onéreux que ceux qu'il aurait à encourir suite à un arbitrage. Enfin, advenant qu'un consommateur ayant accepté de soumettre son litige à l'arbitrage ait gain de cause, Dell n'aurait à assumer que quelques centaines de dollars, peut-être moins, en dédommagement pour ce consommateur, sans se voir contrainte de modifier ses conditions de vente pour les autres consommateurs faisant affaire avec elle. Elle se verrait ainsi consentir, à un coût dérisoire, un sauf-conduit pour continuer à circuler à volonté dans l'illégalité, même si son contrat d'adhésion a pu être jugé illégal dans un cas individuel, tenu secret en vertu de la clause compromissaire.
- 21 Dans les circonstances de la présente espèce, donner raison à Dell équivaldrait à lui consentir un droit d'*opting out* en tant que défenderesse dans un recours collectif. Du jamais vu. Quand on pense que tous les commerçants pourraient faire de même, c'est

²⁰ *Hollick.*, *op. cit.*, note 16, pp. 169 *in fine* et 170, par. 15.

l'édifice même du recours collectif, vieux de plus de 25 ans, qui viendrait de s'effondrer. Un tour de force digne de mention et une façon de réduire à néant l'accès au recours collectif, acquis de haute lutte pour assurer une protection adéquate au citoyen et au consommateur. Quand Dell propose un tel recul, il est plutôt surprenant qu'elle qualifie de « antiquated way »²¹ l'approche de madame la juge Lemelin de la Cour d'appel. Comme si le recours collectif devait céder la place à l'arbitrage parce que c'est plus au goût du jour... pour les cybercommerçants.

- 22 Forts des principes dégagés par cette Cour dans *Garcia* et des avantages que procure l'accès au recours collectif pour le consommateur, il ne fait pas de doute que les dispositions du livre IX du *Code de procédure civile* sur le recours collectif sont des dispositions qui intéressent l'ordre public. Elles sont donc nécessairement visées par le premier alinéa de l'article 2639 C.p.c., si bien que le différend opposant Dell à Dumoulin ne peut être soumis à l'arbitrage.
- 23 Ce constat devrait être suffisant pour rejeter l'appel. Mais avant de tirer cette conclusion, voyons comment Dell cherche à la contourner.

C. LA POSITION DE DELL FACE AU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DES PARTIES

- 24 Les deux arrêts phare que l'appelante soumet à l'appui de ses prétentions, *GreCon Dimter*²² et *Desputeaux*²³, ne concernent pas un litige se rapportant à un contrat d'adhésion entre un commerçant et un consommateur, si bien que La *Loi sur la protection du consommateur* ne s'y applique pas. L'argumentation de Dell repose sur un corpus jurisprudentiel où le consommateur et le contrat d'adhésion sont totalement absents. Et pour cause : comment peut-on parler de l'autonomie de la volonté des parties là où le consommateur se voit imposer l'arbitrage dans un contrat d'adhésion? Quand au principe de « compétence-compétence », il est un corollaire naturel du principe de l'autonomie de la volonté des parties, dans le cas où ces dernières ont

²¹ AF, par. 112.

²² *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401.

²³ *Desputeaux c. Les Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178.

mutuellement consenti à soumettre leur litige à un arbitre. L'appelante n'a jamais été en mesure de fournir d'exemples tirés de la jurisprudence où le principe de l'autonomie de la volonté des parties peut recevoir application dans un contrat d'adhésion.

- 25 L'arrêt *GreCon Dimter* applique le principe de l'autonomie de la volonté, dans le contrat qui lie les parties, au choix qu'elles font du forum à qui ils entendent soumettre leurs éventuels litiges. Mais quand on parle de l'autonomie de la volonté, c'est bien de l'autonomie de la volonté des parties dont il est question et non pas de la volonté d'une partie. Dans *GreCon*, les parties disposent d'un rapport de force équivalent, ce qui n'est pas le cas entre Dell et Dumoulin. Où est-elle l'autonomie de la volonté de Dumoulin dans le contrat d'adhésion qui le lie à Dell? Si le contrat intervenu dans l'affaire *GreCon* en avait été un d'adhésion, cette Cour n'aurait pas pu appliquer le principe de l'autonomie de la volonté des parties pour disposer du litige dont elle était saisie. Elle n'aurait eu d'autre alternative que de composer avec les dispositions du *Code civil du Québec* et plus spécifiquement avec l'article 1435, sur lequel nous reviendrons plus loin.
- 26 Lorsqu'au dernier alinéa de l'article 3148 il est dit que les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque « les parties ont choisi », le législateur ne pouvait avoir à l'esprit les parties à un contrat d'adhésion puisque dans ce cas il y a toujours, par définition d'un contrat d'adhésion, une partie qui ne choisit pas.
- 27 Dans son ouvrage *Droit de la consommation*²⁴, l'auteur Nicole L'Heureux résume bien notre propos sur la question :

« En droit civil, les rapports contractuels sont conçus pour des parties qui traitent sur un pied d'égalité, chaque partie ayant, avant de s'engager, le loisir de s'informer et de discuter librement de l'objet du contrat. Or, les conditions actuelles du marché ont modifié ces rapports. [...] Dans ces circonstances, l'égalité formelle favorise la domination économique d'une partie sur l'autre et engendre l'injustice.

²⁴ L'HEUREUX, Nicole, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000.

[...]

Les notions classiques du consensualisme contractuel doivent être dépassées pour reconnaître le danger que constitue la situation de faiblesse économique du consommateur par rapport au commerçant, qui monopolise les informations essentielles, et pour consacrer la rupture du postulat d'égalité des parties sur lequel repose la conception civile du contrat.

Le droit de la consommation reconnaît le déséquilibre contractuel résultant de la position dominante du commerçant et la situation de faiblesse économique du consommateur qui traitent ensemble sur le marché. Après avoir constaté que les rapports contractuels sont faussés, il instaure des mécanismes juridiques nouveaux qui visent à rétablir l'équilibre contractuel. Deux principes directeurs se dégagent dans cette démarche : la défense contre la contrainte du plus fort sur le plus faible; la défense contre un avantage excessif pour le plus fort résultant de sa position dominante. »²⁵

- 28 Certes, le principe de l'autonomie de la volonté des parties est un souffle d'inspiration majeur du *Code civil québécois*, mais des dispositions s'y sont ajoutées au fil des ans pour pallier cette rupture dans l'égalité des rapports contractuels avec l'émergence de plus en plus envahissante des contrats d'adhésion. C'est pourquoi, comme l'énonce avec justesse monsieur le juge LeBel dans *GreCon*, les tribunaux doivent interpréter les règles du *Code civil du Québec* comme un tout cohérent²⁶. Dans *cette affaire*, le contrat intervenu entre les parties ne souffrait d'aucune exception susceptible d'écorcher le principe de l'autonomie de la volonté des parties. C'est donc à juste titre que cette Cour a conclu que la clause d'élection de for incluse au contrat devait trouver application. Le contrat d'adhésion intervenu entre Dell et Dumoulin n'est pas de cette nature.
- 29 La *Loi type de la CNUDCI*²⁷ sur le commerce électronique, citée à maintes reprises par l'appelante, prévoit aussi que le principe de l'autonomie des parties peut comporter certaines limites. L'une d'elles est exprimée dans une note sous l'article 1, qui se lit comme suit :

²⁵ *Id.*, p. 16.

²⁶ *Op. cit.*, note 19, p. 413, par. 19.

²⁷ *Commission des Nations-Unis pour le droit commercial international.*

« La présente loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur. »

Les auteurs de la *Loi type* manifestent ici sans équivoque leur respect envers les lois nationales en matière de protection du consommateur.

- 30 L'appelante cite de nombreux passages tirées de l'arrêt *Desputeaux*²⁸, de cette Cour. Il en ressort effectivement une consécration du mérite du recours à l'arbitrage, ce mode de règlement des litiges devant même être encouragé. Mais l'appelante commet une fois de plus l'erreur de vouloir appliquer à un contrat d'adhésion les principes applicables aux situations où l'autonomie de la volonté est présente pour les deux parties. Quand monsieur le juge LeBel affirme que les parties à une convention d'arbitrage « jouissent d'une autonomie quasi illimitée pour identifier les différends qui pourront faire l'objet de la procédure d'arbitrage »²⁹, il ne peut que référer à une situation où les deux parties jouissent d'une telle autonomie. La situation des parties dans *Desputeaux* est diamétralement opposée à cet égard à celle qui prévaut dans le litige opposant Dell à Dumoulin. Ce dernier ne bénéficie pas d'une telle autonomie dans sa relation contractuelle avec Dell, puisque le contrat de Dell en est un d'adhésion.
- 31 Il est au moins deux autres points essentiels sur lesquels l'arrêt *Desputeaux* diffère du litige dont cette Cour est saisie. Il y a d'abord l'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur*³⁰ qui prévoit que :

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

Mais cette disposition ne confère pas à la Cour fédérale et aux tribunaux provinciaux l'exclusivité pour connaître des procédures liées à l'application de la loi. C'est ce qu'exprime cette Cour dans les termes suivants :

²⁸ *Op. cit.*, note 20.

²⁹ *Id.*, p. 198, par. 22.

³⁰ L.R.C. 1985, ch. C-42.

« L'adoption d'une disposition comme l'art. 37 de la *Loi sur le droit d'auteur* vise à définir la compétence matérielle des tribunaux judiciaires sur une question. Elle n'entend pas exclure la procédure arbitrale. Elle ne fait qu'identifier le tribunal qui, au sein de l'organisation judiciaire, aura compétence pour entendre les litiges concernant une matière particulière. On ne saurait présumer qu'elle exclut la juridiction arbitrale, faute de la mentionner expressément. Celle-ci fait maintenant partie du système de justice du Québec, tel que celui-ci peut l'aménager en vertu de ses compétences constitutionnelles. »³¹

- 32 La situation est bien différente dans la présente affaire, car en vertu de l'article 1000 C.p.c. la Cour supérieure connaît exclusivement, en première instance, des demandes exercées en vertu du livre IX sur le recours collectif.
- 33 En outre, l'affaire *Desputeaux* et le présent litige présentent une autre différence marquée. Dans *Desputeaux*, le renvoi à l'arbitrage a eu lieu en vertu de l'article 37 de la *Loi sur le statut professionnel des artistes*³², qui se lit comme suit :

« **37.** Sauf renonciation expresse, tout différend sur l'interprétation du contrat est soumis, à la demande d'une partie, à un arbitre. »

Donc, l'arbitrage est ici imposé par la loi, dès qu'une partie le demande, tandis que dans le litige opposant Dumoulin à Dell, il est imposé par cette dernière dans une clause de ses conditions de vente.

- 34 Dell doit apprendre à vivre avec la situation de droit qu'elle a elle-même créée. En imposant à ses clients un contrat d'adhésion, elle se prive de la possibilité d'invoquer le principe de l'autonomie de la volonté des parties. Car c'est là qu'entre en scène la *Loi sur la protection du consommateur* et les dispositions du *Code civil du Québec* applicables aux contrats d'adhésion, dont en particulier l'article 1435 C.c.Q., sujet de la prochaine section. Mais Dell voudrait le meilleur de deux mondes : pouvoir s'appuyer sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties afin de s'en prévaloir

³¹ *Op. cit.*, note 20, pp. 207 et 208, par. 42.

³² L.R.Q., c. S-32.01.

pour elle-même, tout en s'assurant, par le biais de son contrat d'adhésion, que l'autre partie en soit privée. C'est comme vouloir le beurre et l'argent du beurre.

- 35 Il ne faudrait surtout pas croire que Dell soit seule à appeler de ses vœux que cette Cour lui donne raison. Dans un article intitulé *The Use of Arbitration Clauses as a Shield to Class Actions*, Kent E. Thomson et Jane Macrae expriment l'idée qu'il est possible d'élaborer des stratégies de rédaction de clauses d'arbitrage offrant une protection contre toute possibilité d'être soumis à un recours collectif.

« Though there is paucity of Canadian jurisprudence on the issue, it appears that a properly drafted arbitration clause can be used to effectively shield a party from class action proceedings against it in respect of matters governed by the clause. »³³

- 36 Du côté québécois, les auteurs Claude Marseille et André Durocher, dans un texte intitulé *L'utilisation d'une clause d'arbitrage pour gérer le risque des recours collectifs au Québec*³⁴, abondent dans le même sens :

« Les entreprises doivent gérer ce risque. L'inclusion d'une clause d'arbitrage dans les contrats conclus avec leurs clients est une des méthodes qui peut se révéler efficace pour y parvenir. Une telle clause permet de retirer de la juridiction des tribunaux les différends qui y sont définis et de renvoyer ces différends à un tribunal d'arbitrage. Elle permet aussi d'imposer le traitement individuel, plutôt que collectif, des réclamations. »

Et les auteurs de conclure :

« Bien que la jurisprudence québécoise ne soit pas encore arrêtée sur la question, l'expérience américaine, l'expérience des autres provinces canadiennes ainsi que les affaires *Desputeaux* de la Cour suprême du Canada, *Dell Computer* et *Pérès* de la Cour supérieure du Québec peuvent laisser croire qu'une entreprise qui fournit des biens et des services de consommation de masse peut se prémunir des dangers inhérents aux recours collectifs par l'insertion, dans les contrats-types qu'elle conclut avec ses clients,

³³ THOMSON, Kent and MACRAS, Jane, *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.

³⁴ Ce texte est disponible sur le site internet de FASKEN MARTINEAU. On le trouvera aussi dans le *Recueil de sources* des intimés.

d'une clause d'arbitrage correctement rédigée. Face à une telle clause, un tribunal saisi d'une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif devrait renvoyer l'affaire à l'arbitrage et se dessaisir du recours collectif. Supposant une clause d'arbitrage correctement rédigée, les réclamations devant l'arbitre devraient au surplus être présentées individuellement par chacun des consommateurs visés.

Dans le contexte actuel, notamment eu égard à la facilité d'exercer un recours collectif au Québec, le « paradis du recours collectif » en Amérique du Nord, toute entreprise faisant affaire ici doit considérer cette avenue pour gérer efficacement les risques importants liés à la menace de recours collectifs.

- 37 Voilà qui est assez clair. Car si Dell réussit dans ce projet, tous les commerçants offrant des produits ou des services sur internet ou autrement pourront faire de même. Nous prions cette d'empêcher à tout prix que de telles ambitions puissent se réaliser.

D. LES DOCUMENTS EXTERNES AU CONTRAT DE DELL

1. LE DOCUMENT INTITULÉ « CONDITIONS DE VENTE » (*STANDARD TERMS OF SALE*) EST EXTERNE

- 38 La Cour supérieure ne se prononce pas sur le caractère externe des conditions de vente de Dell et la clause compromissaire qu'elle contient. Elle n'avait pas à le faire, compte tenu de sa décision de rejeter l'exception déclinatoire de Dell pour une autre raison. Sous la plume de l'honorable Louise Lemelin, la Cour d'appel rejette les prétentions de Dell, mais pour des raisons différentes de celles développées par la première juge. Elle conclut que la clause compromissaire de Dell est une clause externe au sens du *Code civil du Québec*. Dans son mémoire devant cette Cour, Dell soutient qu'au contraire ses conditions de vente et le *Code of Procedure* de la *National Arbitration Forum* sont des documents internes. Dans les lignes qui suivent, nous réfuterons chacun des arguments qu'elle soulève.
- 39 D'entrée de jeu, Dell pose le sophisme suivant : « If Dell's arbitration agreement is external, so too is the entirety of the contract, comprising all of Dell's Terms and Con-

ditions »³⁵. Ce qu'elle suggère ici, c'est que sans les *Conditions de vente*, il n'y a pas de contrat du tout. Cette façon de voir est erronée. Quand un consommateur entre dans un commerce pour y acheter un bien, il le met dans son panier, se présente à la caisse, le paie et part avec le bien, dont il est désormais propriétaire. Un contrat de vente vient d'être conclu. Ce n'est pas parce que le consommateur n'a pas pris connaissance des conditions de vente, comme par exemple la possibilité de remboursement ou l'existence d'une garantie, qu'il n'y a pas eu vente. Tout se passe de la même manière sur internet.

- 40 Il est exact, comme Dell l'affirme au paragraphe 108, que : « A website is simply a group of electronic HTML pages »³⁶. Tout comme nous souscrivons à sa citation tirée de l'ouvrage de Kuester and Nives. Mais elle commet une grave erreur conceptuelle, que ne commettent pas ces auteurs, quand elle assimile une page web à une page imprimée. Car ce qu'on appelle communément *page web* n'a rien à voir avec une page imprimée. Il suffit pour s'en convaincre d'imprimer certaines pages web pour constater qu'elles tiennent parfois sur plusieurs pages imprimées. C'est en particulier le cas des conditions de vente de Dell. Quand l'internaute clique sur l'hyperlien *Conditions de vente*, une page web s'ouvre. Elle se présente comme l'équivalent d'une longue page qui aurait environ 170 centimètres de longueur, mais dont une partie seulement n'est visible à l'écran. Il faut appuyer plusieurs fois sur la touche du clavier *Page Down* pour la visualiser en entier, écran par écran. On peut également utiliser la barre de défilement située à la droite de l'écran pour voir le document se dérouler vers le bas. Si l'internaute active une commande d'impression de cette page web, c'est un document de six pages de format lettre (21,59 cm de largeur par 27,94 cm de hauteur) qui s'imprimera, comme le montre la pièce ARB-3 de l'appelante³⁷. Dans cet exemple, une page web équivaut à six pages imprimées. Comme les pages web n'ont pas toutes la même longueur, l'équivalent papier donnera un nombre de pages différent d'une page web à l'autre. Le nombre de pages imprimées pourra aussi varier en fonction du format de papier utilisé dans l'imprimante.

³⁵ A.F., p. 33, par. 107.

- 41 **Une page web est un document.** C'est la position adoptée par Tim BERNERS-LEE³⁸, l'inventeur du *World Wide Web*, dans un court article intitulé *Links and Law* :

« Typically when the user of a graphical window-oriented Web browser follows a normal link, a new window is created and the linked document is displayed in it, or the old document is deleted from its window and the linked document displayed in its place. The window system has a user interface metaphor that things in different windows are different objects.

[...]

If I say, "To understand this you only have to read this article", or "This is the agreement between us", I am talking about a particular document. It is important that we have a clear picture of what is part of that document and what isn't. Embedded images clearly are part of the embedding document. The author of a document has responsibility for the content, even if the images he or she includes are from another web site.

(There are issues of expectations to be set about availability and security from corruption of remote material, but I do not address these here. Here I just emphasize is that embedded images should be considered part of a document, but documents connected by a normal link should be regarded as separate documents.) »³⁹

(Nos soulignements)

- 42 Ainsi, selon l'auteur, mis à part les objets imbriqués dans un document (comme les photos, les graphiques, etc.), lesquels sont réputés faire partie intégrante de ce dernier, un hyperlien mène toujours à un nouveau document, distinct du document d'origine. Cette approche a le mérite d'éliminer les contradictions où mène la position de Dell, pour qui cliquer sur un lien équivaut à tourner les pages d'un document.
- 43 Il y a une équivalence parfaite entre l'information que contient une page web et celle que contient le document imprimé; seule la forme diffère. Alors que la page web se

³⁶ *Id.*, par. 108.

³⁷ A.R., vol. III, p. 375 à 380.

³⁸ Sir Timothy J. Berners-Lee, né le 8 juin 1955, est l'inventeur du *World Wide Web*. Il est le concepteur de l'hyperlien, ou lien hypertexte. Il préside aujourd'hui le *World Wide Web Consortium* (W3C). On trouvera une courte biographie de sir Berners-Lee en consultant le lien profond (*deep link*) suivant : http://fr.wikipedia.org/wiki/Tim_Berners-Lee. On la trouvera aussi dans notre recueil de sources.

³⁹ *Recueil de sources des intimes*, onglet *, p. .

présente comme un long parchemin, la version imprimée se présente comme si ce même parchemin était découpé en morceaux de 27,94 centimètres (11 pouces) de longueur chacun, une fois imprimé sur du papier de format lettre.

- 44 Quand une page web est imprimée, seule cette page web s'imprimera et non les documents auxquels elle réfère par le truchement des hyperliens. C'est ainsi que pour imprimer le *Code of Procedure* de la NAF, il faudra d'abord atteindre la page web à laquelle renvoie plusieurs hyperliens successifs.
- 45 C'est la confusion entre *page web* et *page imprimée* qui fait dire erronément à l'appelante qu'un consommateur qui ne clique pas sur un lien hypertexte est assimilé à celui qui ne tourne pas les pages d'un contrat pour en prendre connaissance.⁴⁰ La *Illinois Court of Appeal*, dans *Hubbert v. Dell*, citée par l'appelante⁴¹, commet la même erreur quand elle confond l'action de cliquer sur un hyperlien avec l'action de tourner les pages d'un document imprimé⁴². Une telle assimilation ne peut que conduire à des contradictions. Quand un internaute est devant une page web, plusieurs liens hypertextes peuvent se présenter à lui. Pour naviguer dans un site, il lui faut cliquer sur un de ces liens. C'est ainsi, pour prendre un exemple concret, que sur la page d'accueil de Dell, dell.ca, on compte pas moins de trente liens hypertextes parmi lesquels l'internaute doit choisir pour naviguer dans le site. On voit difficilement comment le fait de cliquer sur l'un d'eux le ferait passer à la page 2 d'un document dont la page 1 serait la page d'accueil. Ce serait comme prétendre qu'un document puisse avoir plusieurs pages libellées « 2 ». Les différentes pages web d'un site ne peuvent donc pas être considérées comme l'ensemble des pages d'un seul document écrit.
- 46 Alors qu'une page imprimée ne se lit que d'une façon linéaire, en tournant les pages une à une, un site web est au contraire constitué d'un ensemble de documents qui renvoient les uns aux autres d'une façon non linéaire au moyen de liens hypertextes,

⁴⁰ A.F., p. 34, par. 109.

⁴¹ *Id.*, p. *, par. 114.

⁴² *Hubbert v. Dell Corp.*, 835 N.E. 2d 113, 296 Ill. Dec. 258 (Ill. App. 2005), p. 4.

donnant lieu à un réseau d'une grande complexité, à l'image d'une toile d'araignée. D'où l'appellation de « web » pour désigner un tel réseau.

- 47 Essentiellement, ce qu'il faut retenir des explications qui précèdent, c'est que quand un internaute magasine dans un site comme celui de Dell, un clic sur un hyperlien le transporte instantanément dans une autre page web, donc dans un nouveau document devant être distingué de celui qu'il vient de quitter. On argumentera sans doute qu'il ne faut tout de même pas être tatillon au point de le considérer comme un document externe pour autant : après tout, n'est-il pas disponible à un clic près ? Pas si sûr. Voyons un peu quelles étapes le consommateur doit franchir pour parvenir à lire et comprendre le contenu de la clause compromissaire, soit celle qui est spécifiquement sous examen dans le présent litige.
- 48 Il y a d'abord les efforts particuliers que Dell a déployés dans la conception de son site pour inciter l'internaute à cliquer sur d'autres liens que celui menant aux conditions de vente. C'est le témoin de Dell, Shane Cameron, qui l'avoue sans détour à l'audition devant la Cour supérieure⁴³. Le témoin reconnaît que la taille des caractères sur la page web affichée sur le site dell.com/lca est de 12 points, à l'exception des caractères de la section « Terms and Conditions », dont la taille est de 7 points. À la question « Why are the characters smaller », il répond :

« 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, as well as the people that do click on it tend to know where it's located. Universally, terms and conditions on most sites are written at the bottom of the page. »⁴⁴

- 49 Mais ce n'est qu'un début. Car si d'aventure un consommateur clique tout de même sur l'hyperlien qui va le mener aux « Conditions de vente »⁴⁵, ce qui l'attend est un interminable document, présenté dans un caractère de 7 points à simple interligne et tenant sur six pages à l'impression sur papier de format lettre. Deux dispositions,

⁴³ A.R., vol. II, p. 84, questions 62 et suivantes.

⁴⁴ *Id.*, p. 85.

probablement les plus importantes de tout le document, y sont énoncées, l'une au paragraphe 13A, l'autre au paragraphe 13C. C'est là que l'on pourra apprécier l'aptitude exceptionnelle de Dell pour l'art du camouflage. Voyons de plus près.

50 Le paragraphe 13A se lit comme suit :

« A. **Reconnaissance** Le client reconnaît que Dell a en sa possession des renseignements confidentiels et exclusifs importants, dont des renseignements sur ses marques de commerce et ses pratiques commerciales, qui pourraient porter préjudice à Dell s'ils étaient révélés dans le cadre d'une audience publique. Les parties reconnaissent et conviennent également qu'il est préférable de régler tous les conflits entre eux de façon confidentielle et individuelle dans les meilleurs délais et à moindres coûts. Par conséquent, les parties reconnaissent et conviennent qu'un règlement de conflits hors cour est bien plus souhaitable qu'une poursuite devant les tribunaux. »⁴⁶

Fallait-il dix lignes pour dire que « [l]es conflits seront réglés de façon confidentielle et individuelle? » La première et la dernière phrase sont parfaitement inutiles. Elles ne créent aucun droit et n'imposent aucune obligation pour l'une ou l'autre des parties. Elles ne servent qu'à noyer l'essentiel dans un déluge de mots. Pourtant, nul ne contestera l'importance d'une disposition ayant pour finalité de mettre un frein à toute velléité de recours collectif en imposant que les conflits soient réglés de façon individuelle. Bien sûr, cette précaution est inutile dans la présente affaire, vu l'article 1000 C.p.c., qui attribue à la Cour supérieure la compétence exclusive pour se saisir d'un recours collectif. N'empêche que le paragraphe 13A permet au moins de jeter un peu de lumière sur les méthodes de Dell face au consommateur et sur son intention d'échapper à toute forme de recours collectif, tant devant les tribunaux que devant un arbitre.

51 Quant au paragraphe 13C⁴⁷, la même tactique est mise en œuvre. Il s'agit d'un paragraphe de 34 lignes, dont la première phrase tient à elle seule sur 27 lignes. Dans

⁴⁵ Pièce ARB-3, A.R., vol. III, p. 375 à 380.

⁴⁶ *Id.*, p. 378.

⁴⁷ *Id.*, pp. 378 et 379.

cette phrase, il faut lire jusqu'à la 19^e ligne pour y trouver le verbe principal (*devra*). Un jargon incompréhensible pour un lecteur moyen. Force est de constater que les concepteurs du document n'ont ménagé aucun effort pour en rendre la lecture la plus hermétique et la plus fastidieuse possible.

- 52 Comment Dell peut-elle prétendre que la clause compromissoire n'est pas externe quand l'internaute doit se livrer à une véritable course à obstacles pour arriver à la consulter de façon effective? Pour la grande majorité des consommateurs, non rompus à un aussi mauvais jargon juridique, un texte comme celui de l'article 13 n'est pas plus accessible que s'il était écrit dans une langue étrangère qu'il ne connaît pas. Quand l'appelante soutient que la clause compromissoire ne peut être externe puisqu'on peut la consulter par un simple clic de souris, nous répondons que le caractère externe n'est pas qu'une affaire de distance, mais aussi d'accessibilité. Enfin, même si la clause compromissoire n'était pas externe, elle serait inopposable au consommateur pour cause d'illisibilité.
- 53 Pour ce qui est de l'hyperlien destiné à mener le consommateur sur le site de la NAF, ce n'est qu'à la fin de cette même phrase qu'on pourra le trouver.
- 54 À l'appui de ses prétentions, l'appelante invoque deux décisions des tribunaux ontariens. Dans la première, *Rudder c. Microsoft*⁴⁸, le demandeur Rudder alléguait que les termes du contrat d'adhésion de Microsoft devait être jugés illisibles (*fine print*) au motif que seule une portion à la fois pouvait s'afficher à l'écran. Le juge a rejeté cette prétention. L'extrait reproduit par l'appelant⁴⁹ est interrompu après les mots « I disagree ». Il y a pourtant un passage essentiel que Dell n'a pas jugé bon de reproduire. Reprenons la citation là où elle a été interrompue :

« I disagree. The Member Agreement is provided to potential members of MSN in a computer readable form through either individual computer disks or via the Internet at the MSN website. In this case, the plaintiff Rudder, whose affidavit was filed on the motion, received a computer disk as part of a promotion by MSN. The

⁴⁸ *Rudder c. Microsoft Corp.*, (1999) 40 C.P.C. (4th) 394.

⁴⁹ A.F., p. 35, par. 112.

disk contained the operating software for MSN and included a multi-media sign up procedure for persons who wished to obtain the MSN service. As part of the sign-up routine, potential members of MSN were required to acknowledge their acceptance of the terms of the Member Agreement [*7] by clicking on an "I Agree" button presented on the computer screen at the same time as the terms of the Member Agreement were displayed. »

- 55 Maintenant nous savons tout. Voilà qui est très différent de la façon dont Dell présente ses conditions de vente. Rudder ne pouvait adhérer au contrat offert par Microsoft qu'en cliquant sur le bouton « *I Agree* » affiché à l'écran en même temps que le *Member Agreement*. Ce document n'est donc pas externe puisque Rudder l'a devant les yeux au moment de décider s'il va accepter les termes du contrat. Rappelons ici les propos de madame la juge Lemelin dans ses motifs :

« Au surplus, la consultation des Conditions de vente de l'appelante n'est pas une étape impérative que doit franchir le consommateur avant d'acheter en ligne le produit annoncé. Le site ne prévoit pas l'affichage d'une fenêtre dans laquelle serait énoncée la clause d'arbitrage dont l'utilisateur doit accepter les conditions avant d'effectuer son achat. »

Voilà ce que Microsoft a fait et que Dell n'a pas fait.

- 56 L'appelante invoque aussi la décision rendue par la *Superior Court of Justice* de l'Ontario dans l'affaire *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*⁵⁰. La citation qu'elle en extrait est tellement générale qu'on peut se demander quelle pourrait être sa pertinence dans la présente affaire. Ce que nous retenons de cette décision, c'est qu'il semblait possible d'envisager la possibilité que l'arbitrage puisse dans une certaine mesure s'investir d'une mission collective, comme le suggère cet extrait tiré des propos du juge Nordheimer :

« [...] it would appear that section 29(1) [of the *Arbitration Act*] would permit an arbitrator, at the very least, to consolidate a number fo arbitrations which raise the same issue. Therefore, it appears at least arguable that if each of the five named representative plaintiffs here chose to seek arbitrations of their claims, an ar-

⁵⁰ *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, 58 O.R. (3d) 299.

bitrator might well decide that those arbitrators could be dealt with together thereby saving time and expense for all parties. Such possibilities serve to militate against the central assertion of the plaintiffs that the arbitration clause operated so as to erect an economic wall barring customers of the defendant from effectively seeking relief. »⁵¹

La situation que décrit le juge est très éloignée de celle qui prévaut dans la présente affaire. Il semble que les dispositions de la *Arbitration Act* de l'Ontario permettrait d'ouvrir la porte à une forme d'arbitrage collectif, ce que le contrat de Rogers n'interdirait pas non plus. Or, cette possibilité est écartée au Québec, d'abord en raison de l'article 1000 C.p.c. qui réserve à la Cour supérieure la compétence exclusive pour se saisir d'un recours collectif, et aussi parce que le contrat d'adhésion de Dell ferme la porte à cette possibilité en vertu du paragraphe 13A de la clause compromissaire.

2. LE *CODE OF PROCEDURE* DE LA NAF EST UN DOCUMENT EXTERNE

57 Ce que nous venons d'exprimer sur le caractère externe des *Conditions de vente* vaut doublement pour le *Code of Procedure* de la *National Arbitration Forum* puisque ce document est externe à un autre document, lui même externe. Notons d'abord que l'hyperlien situé au paragraphe 13C des « Conditions de vente » ne renvoie pas à ce code, mais à la page d'accueil de la *National Arbitration Forum (NAF)*, dont l'adresse est <http://www.arb-forum.com>. De là, le consommateur doit trouver le lien menant au *Code of Procedure*, après quoi il devra choisir la bonne version, car il y en a plusieurs, en langue anglaise seulement. Enfin, il devra la télécharger au format PDF ou au format MS WORD pour en prendre connaissance. Voilà comment l'internaute accède au code de la NAF, que Dell persiste à nier qu'il soit intégré par référence à son contrat.

58 Étant donné que Dell impose aux consommateurs, dans son contrat d'adhésion, le code de la *National Arbitration Forum*, il va de soi qu'elle-même doit s'y soumettre. La toute première règle du code prévoit ce qui suit :

⁵¹ *Id.*, p. *.

« RULE 1. Arbitration agreement.

A. Parties who contract for or agree to arbitration provided by the Forum or this Code of Procedure agree that this Code governs their arbitration proceedings, unless the Parties agree to other procedures. This Code shall be deemed incorporated by reference in every Arbitration Agreement, which refers to the National Arbitration Forum, the International Arbitration Forum, the Arbitration Forum, adrforum.com, Forum or this Code of Procedure, unless the Parties agree otherwise. This Code shall be administered only by the National Arbitration Forum or Forum. »

(Nos soulignements)

- 59 Or, dans la pièce ARB-4 que l'appelante soumet dans son dossier, cette dernière n'a pas reproduit la page où cette règle est formulée. Les pages 1 à 3 ont été omises. Pour pallier cette omission, nous les reproduisons dans le *Dossier des intimés*.⁵²
- 60 Dell ne peut dénoncer le code qu'elle a adopté et qu'elle impose au consommateur. Elle est liée par ce code, ce qui lui interdit de plaider à son encontre pour convaincre cette Cour qu'il n'est pas externe par référence.
- 61 Ayant établi que les conditions de vente et plus spécifiquement la clause compromissoire, ainsi que le *Code of Procedure de la NAF*, sont externes, ces documents doivent subir le test qu'impose l'article 1435 C.p.c., ce qui impose à l'appelante de prouver qu'ils ont été portés à la connaissance de Dumoulin en temps utile.

3. LES DOCUMENTS EXTERNES N'ONT PAS ÉTÉ PORTÉ À LA CONNAISSANCE DE DUMOULIN

- 62 Le fait que l'hyperlien menant aux conditions de vente soit présent au bas de chaque page web de son site, comme le plaide l'appelante⁵³, ne prouve pas que Dumoulin en a pris connaissance.

⁵² Ces trois pages sont reproduites dans le *Dossier des intimés* (DI, p. *) sous le nom « Pages 1 à 3 de ARB-4 ».

⁵³ A.F., p. 37, par. 116.

63 De plus, sans démontrer quoi que ce soit en regard de la prise de connaissance des conditions de vente, Dell revient à la charge avec ses allusions de comportement illégal de Dumoulin⁵⁴, qu'elle cherche à décrire comme un futé de l'informatique qui n'hésite pas à contourner les règles en accédant directement, au moyen d'un lien profond (*deep link*), à une page web qu'elle croyait avoir soustrait au regard des internautes. Dumoulin serait aussi cet opportuniste qui insiste pour que Dell honore ses conditions de vente, tout en cherchant à se soustraire à la clause d'arbitrage faisant partie du contrat. Autant d'allusions malveillantes qui ne réussissent pas à dissimuler une pauvreté argumentaire, voire une absence totale de preuve que les documents externes ont été portés à la connaissance de Dumoulin.

E. LE STATUT DE L'ARBITRE EN DROIT QUÉBÉCOIS

1. L'ARBITRE EST-IL UN TRIBUNAL?

64 Le contrat intervenu entre Dell et Dumoulin en est un de consommation. Il est régi par la *Loi sur la protection du consommateur*, qui prévoit que les litiges entre un commerçant et un consommateur sont soumis au *tribunal*, terme qu'elle ne définit pas.

65 Par ailleurs, le *Code de procédure civile* définit à l'article 4 le mot *tribunal* comme suit :

« "tribunal" : une des cours de justice énumérées à l'article 22 ou un juge qui siège en salle d'audience.

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. »

66 L'article 22 C.p.c. donne la liste des tribunaux qui relèvent de l'autorité législative du Québec ou ont une compétence en matière civile. Ce sont la Cour d'appel, la Cour supérieure, la Cour du Québec et les cours municipales. L'article 24 C.p.c. ajoutent que la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale du Canada, qui relèvent du

⁵⁴ *Id.*, par. 117.

Parlement du Canada, ont aussi compétence en matière civile au Québec. Bien que cette liste paraisse exhaustive, c'est davantage par le biais d'une analyse textuelle de plusieurs dispositions du livre VII, qui traite des arbitrages, que nous pourrions conclure qu'un arbitre n'est pas un tribunal.

67 Voici un échantillon de dispositions tirées livre VII où les mots « tribunal » et « arbitrage (ou ses dérivatifs « arbitre » et « arbitral »), sont employés ensemble :

- « un tribunal [...] renvoie les parties à l'arbitrage » (art. 940.1 C.p.c.);
- « La procédure arbitrale peut [...] être engagée [...] tant que le tribunal n'a pas statué » (art. 940.1 C.p.c.);
- « le tribunal [...] est compétent à statuer sur l'objet du différend confié aux arbitres » (art. 940.2 C.p.c.);
- « si les arbitres se déclarent compétents [...] une partie peut [...] demander au tribunal de se prononcer » (art. 943.1 C.p.c.);
- « La décision du tribunal qui reconnaît [...] la compétence des arbitres est finale »; et
- « Une partie peut [...] demander au tribunal l'homologation de la sentence arbitrale. » (art. 946.1 C.p.c.)

68 À l'évidence, ces dispositions n'ont de sens que si l'on donne aux mots « tribunal » et « arbitrage » (ou ses dérivés) un sens où ils s'excluent mutuellement. Un tribunal ne peut donc pas comprendre un arbitre. Il s'ensuit que celui-ci ne peut pas être un tribunal au sens du *Code de procédure civile*, ni au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.p.c). Cette dernière s'applique, selon son article 2, à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service. Advenant un litige, c'est le tribunal qui doit trancher et non un arbitre. La clause compromissoire ne respecte donc pas la *Loi sur la protection du consommateur*, en attribuant erronément à un arbitre une compétence qu'il n'a pas en matière de contrat de consommation.

69 Par voie de conséquence, la clause compromissoire de Dell est et inopposable à Dumoulin.

2. L'ARBITRE EST-IL UNE AUTORITÉ QUÉBÉCOISE?

70 L'appelante traite de cette question aux paragraphes 121 et 122 de son mémoire⁵⁵, où elle opine aux motifs de la Cour d'appel sur le sujet⁵⁶. Celle-ci affirme ne pas croire « que l'intimé [Dumoulin] a renoncé à la compétence des autorités québécoises »⁵⁷. Elle tire cette conclusion après avoir constaté, à la lecture du *Code of Procedure* de la NAF, que l'arbitrage peut être tenu au Québec.

71 Avec égard pour l'opinion émise par madame la juge Lemelin, nous soutenons que l'arbitre ne peut être une autorité québécoise, même si celui-ci siège au Québec. Quelle lecture pourrait-on faire du dernier alinéa de l'article 3148 C.c.Q. si l'arbitre était une autorité québécoise? Cet alinéa se lit comme suit :

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

72 En appliquant cette disposition à la situation spécifique qui nous intéresse, on peut déduire que les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi de soumettre leur litige à un arbitre. Autrement dit, si un arbitre est compétent là où les autorités québécoises ne le sont pas, comment peut-on être à la fois l'un et l'autre?

73 Subsidiairement, nous ajouterons un autre argument lié au *Code of Procedure* de la NAF. Celui-ci prévoit plusieurs dispositions qui démontrent qu'il est impossible de ranger parmi les autorités québécoises un arbitre dont les pouvoirs émaneraient de ce code :

Rule 5 :

« O. Access to Justice. This Code shall be interpreted to provide all Parties with a fair and impartial arbitration and with reasonable

⁵⁵ AF, pp. 39 et 40.

⁵⁶ Motifs de la Cour d'appel, par. [24] à [29].

⁵⁷ *Id.*, par. [29].

access to civil justice. Arbitrations under the Code are governed by the Federal Arbitration Act in accord with Rule 48B. »

Rule 48B :

« B. Unless the Parties agree otherwise, any Arbitration Agreement as described in Rules 1 and 2E and all arbitration proceedings, Hearings, Awards, and Orders are to be governed by the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §§ 1-16.

Rule 11 :

« D. English is the language used in Forum proceedings. If the Parties agree to use another language, the Forum or Arbitrator may Order the Parties to provide translations at their own cost. »

(Nos soulignements)

- 74 Si un arbitre doit se soumettre au code de la NAF et que celui-ci est à son tour assujéti à la loi des États-Unis, est-il encore permis de classer cet arbitre parmi les autorités québécoises au seul motif qu'il siégerait à Montréal? Qui plus est, la règle 11 qui stipule que la langue française est en option et qu'il faut payer un extra pour y avoir droit est-elle légale au Québec? Enfin, un arbitre peut-il être soumis simultanément à deux juridictions différentes, une québécoise et une étrangère? En toute simplicité, la réponse à chacune de ces questions doit être, dans l'ordre : non, non et non.

F. ÉPILOGUE

- 75 Au fil des ans, le recours collectif et l'arbitrage, chacun de leur côté, se sont taillés une place de choix dans le paysage législatif québécois. Ce sont deux institutions respectées et respectables. La preuve de leur efficacité dans leur domaine respectif n'est plus à faire. Elles sont toutes deux là pour rester. Pour la première fois, cette Cour est appelée à trancher ce face à face de géants dans le domaine de la cyberconsommation au Québec.
- 76 Les cybercommerçants sont nombreux à rêver du contrat d'adhésion parfait dans lequel la clause compromissoire serait si astucieuse et si bien rédigée qu'ils seraient

protégés à tout jamais contre toute velléité de recours collectif de la part du consommateur.

- 77 Pour le cybercommerçant opérant à l'échelle planétaire, la meilleure protection contre le recours collectif n'est pas l'esquive et demeurera toujours le respect des lois nationales.

Partie IV
LA CONCLUSION RECHERCHÉE

78 Pour tous ces motifs, les intimés Union des consommateurs et Dumoulin demandent à cette Cour de rejeter l'appel, avec entiers dépens contre l'appelante dans toutes les instances.

Montréal, ce 20 juillet 2006

LAUZON BÉLANGER
YVES LAUZON, avocat
Procureurs les intimées

Partie V

TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES

Par.

JURISPRUDENCE

<i>Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal</i> , (1992) 2. R.C.S. 499	14, 16, 17, 18
<i>Hollick c. Toronto (Ville)</i> , (2001) 3 R.C.S. 158	19
<i>Rudder c. Microsoft Corp.</i> , (1999) 40 C.P.C. (4 th) 394	54, 55
<i>Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton</i> , (2001) 2 R.C.S. 534	19

DOCTRINE

BAUDOIN et JOBIN, <i>Les obligations</i> , 6 ^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005	10, 11,
BAUDOIN, Jean-Louis, <i>Les obligations</i> , 3 ^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., 1989	14
GÉGOUT, M, « Ordre public et bonnes mœurs », in <i>Juris-classeur civil</i> , Art. 6, fasc. 1	15
L'HEUREUX, Nicole, <i>Droit de la consommation</i> , 5 ^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2000	27
MARSEILLE, Claude et DUROCHER, André, <i>L'utilisation d'une clause d'arbitrage pour gérer le risque des recours collectifs au Québec</i> , http://www.fasken.com	36
THOMSON, Kent and MACRAE, Jane, <i>The Use of Arbitration Clauses as a Shield to Class Actions</i> , Canadian Institute, 3 rd Annual National Forum on Litigating Class Actions, 26-27/9/2002	35

LÉGISLATION

<i>Loi sur la protection du consommateur</i> , L.R.Q., c. P-40.1	13
--	----

AUTRES DOCUMENTS

BERNERS-LEE Tim, <i>Links and Law</i> , http://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw	41
<i>Loi type de la CNUDC</i> (Commission des Nations-Unis pour le droit commercial international)	29