

Revue générale de droit



Présentation

Sébastien Grammond

Volume 37, Number 2, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027086ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027086ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Grammond, S. (2007). Présentation. *Revue générale de droit*, 37(2), 345–355.
<https://doi.org/10.7202/1027086ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

FORUM SUR L'ARRÊT *DELL COMPUTER*

Présentation

SÉBASTIEN GRAMMOND

Professeur agrégé et vice-doyen à la recherche, Section de droit civil,
Université d'Ottawa, avocat-conseil, Fraser Milner Casgrain

1. Au cours des dernières années, rarement une décision de la Cour suprême du Canada a été aussi importante pour le droit civil québécois que l'arrêt *Dell Computer*¹, que ce soit en raison de la diversité des questions soulevées, de la nouveauté des enjeux ou du rôle des technologies de l'information dans le litige sous-jacent. Mais l'intérêt de cette affaire découle surtout de la collision de logiques juridiques profondes à laquelle on a assisté, du conflit entre deux grands mouvements contemporains de transformation du droit, la privatisation des modes de règlement des litiges, en particulier par l'arbitrage conventionnel, d'une part, et la protection du consommateur, d'autre part.

2. Comme des plaques tectoniques, ces deux mouvements de transformation du droit évoluent de manière autonome, obéissant à une logique qui leur est propre, à un ensemble de valeurs ou à des principes fondamentaux, qui sont relayés par une escouade de commentateurs doctrinaux. Puisque la pratique et l'étude du droit sont de plus en plus compartimentées, ces « plaques » ont pu jusqu'ici emprunter des trajectoires contraires sans trop créer de remous. Leur collision est finalement survenue dans l'arrêt *Dell*, qui peut ainsi être comparé à un tremblement de terre à la jonction du droit de l'arbitrage commercial et du droit de la consommation.

3. Ces deux domaines, arbitrage et consommation, sont en effet traversés par des logiques fondamentalement opposées. L'arbitrage, c'est l'autonomie de la volonté portée à son

1. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

paroxysme, puisque l'on admet, au nom de l'efficacité économique, la création contractuelle d'une justice privée presque entièrement imperméable aux tribunaux de l'État. Au contraire, le droit de la consommation porte une critique parfois radicale de ce même principe de l'autonomie de la volonté, démasquant les rapports de pouvoir qu'il occulte et proposant d'en neutraliser les effets néfastes au moyen d'une réglementation impérative à laquelle on ne peut se soustraire par contrat².

4. Au-delà des principes de droit substantiel, le mouvement consumériste a mené à la mise en place de voies juridictionnelles destinées à rendre la justice plus accessible au consommateur, notamment lorsque celui-ci cherche à faire valoir une réclamation relativement modeste. C'est ainsi que l'on a instauré des tribunaux des petites créances, mais surtout créé la procédure du recours collectif³. Mis sur pied au Québec en 1979, ce type de recours permet à un individu d'agir en justice au nom d'un groupe, sans obtenir de mandat des membres de celui-ci. Du point de vue du consommateur, le recours collectif a permis d'obtenir des réparations considérables et d'influer sur le comportement des entreprises. Du point de vue de ces dernières, par contre, le recours collectif est un « risque » majeur dont la « gestion » requiert une attention particulière. L'agrégation de centaines ou de milliers de réclamations semblables fait que l'enjeu monétaire de tels recours se chiffre souvent en millions de dollars, surtout dans les ressorts où des dommages exemplaires sont fréquemment octroyés. De tels recours entraînent également une publicité négative importante pour l'entreprise.

5. C'est dans ce contexte qu'on a assisté à la prolifération, ces dernières années, de clauses compromissaires dans des contrats de consommation imposés par les grandes entreprises à leurs clients. Bien qu'il ne soit pas interdit de penser que certaines de ces entreprises aient été motivées par un souci d'offrir aux consommateurs une voie plus efficace que la justice publique pour faire valoir leurs droits, il semble bien que ce mouvement ait pour principal objectif la mise à l'écart

2. Au Québec, voir la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

3. *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 953-1051.

du recours collectif. En effet, puisque le droit de l'arbitrage accorde une importance capitale au principe de la liberté contractuelle, la clause compromissoire est maintenant utilisée pour diriger les litiges vers une institution qui, presque par nature, traite ceux-ci d'une manière individuelle et confidentielle⁴. Le droit de la consommation est alors placé sur la défensive : lorsque le recours collectif est opposé à l'arbitrage, il apparaît alors sous les traits d'une atteinte à la liberté contractuelle. Les tribunaux, qui depuis vingt-cinq ans se sont efforcés de légitimer l'institution arbitrale en rattachant celle-ci à la liberté des acteurs économiques⁵, se trouvent alors confrontés à ce choc de logiques, liberté contractuelle contre justice contractuelle. Alors qu'en Europe, l'arbitrage de consommation est interdit ou fortement réglementé par les lois nationales et le droit communautaire européen, aux États-Unis ce sont les tribunaux qui sont aux prises avec le conflit entre recours collectif et arbitrage. Cependant, il semble bien que l'arrêt *Dell Computer* soit la première décision rendue par une Cour suprême à ce sujet. De plus, le litige sous-jacent met en cause un contrat conclu au moyen des technologies récentes de l'information et des communications, ce qui rend l'affaire d'autant plus intéressante.

6. La diversité des thèmes abordés dans l'affaire *Dell* nous a amenés à inviter des spécialistes de chacun de ces thèmes à analyser le raisonnement des juges, à situer l'arrêt de la Cour dans une perspective plus large et à en mesurer les conséquences sur l'évolution du droit. Frédéric Bachand, Pierre Bienvenu, Vincent Gautrais, Mistrale Goudreau, Pierre-Claude Lafond, Philippa Lawson, Brigitte Lefebvre, Élise Poillot, Cintia Rosa de Lima et Geneviève Saumier ont eu la gentillesse et la générosité de répondre à notre invitation. L'ensemble de leurs contributions permet de lancer le débat autour de ce qui ne manquera pas de devenir l'un des arrêts majeurs de la Cour suprême en droit civil québécois.

4. Même si la question de la confidentialité de l'arbitrage demeure controversée et que l'on voit poindre l'idée qu'une réclamation collective pourrait être soumise à l'arbitrage.

5. Notamment dans les arrêts *Zodiak International Productions Inc. c. Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Desputeaux c. Éditions Chouette (1997) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178; voir aussi l'arrêt *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, qui porte sur la question voisine des clauses d'élection de for.

7. *Hard cases make bad law.* Les faits à l'origine de l'arrêt *Dell* peuvent paraître quelque peu étranges pour qui n'est pas familier avec le droit de la consommation. Peut-être ont-ils inconsciemment influencé les tribunaux. En tout cas, ils ont permis à Dell de se présenter comme la victime d'un consommateur peu scrupuleux et ont sûrement apporté de l'eau au moulin de ceux qui pourfendent les « abus » du recours collectif.

8. Dell a fait sa marque en vendant des ordinateurs personnels au moyen de son site Internet. Elle est donc, à bien des égards, une pionnière du commerce électronique. Or, en avril 2003, une erreur s'est glissée sur certaines pages de son site Web : certains modèles de poche étaient offerts en vente à un prix très inférieur au prix habituel (89 \$ au lieu de 379 \$ et 118 \$ au lieu de 549 \$). Dell s'est rapidement aperçue de l'erreur et a retiré les liens qui permettaient de naviguer entre sa page d'accueil et la page de commande qui contenait des erreurs. Elle n'a cependant pas retiré cette dernière de son site et les internautes pouvaient toujours y avoir accès, par exemple s'ils avaient défini un signet vers cette page. Durant les deux ou trois jours durant lesquels la page erronée était disponible, un nombre exceptionnellement élevé d'internautes ont commandé des ordinateurs au prix de 89 \$ ou 118 \$. Rapidement, Dell a corrigé l'erreur et a annoncé son refus de donner suite aux commandes. L'un des consommateurs déçus, un certain Olivier Dumoulin, a intenté un recours collectif pour obtenir justice. Bien que cela n'apparaisse pas des jugements, il semble que ce recours fût fondé sur l'article 224c) de la *Loi sur la protection du consommateur*⁶, qui dit qu'« [a]ucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut [...] exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé »⁷.

9. C'est ici que l'affaire se complique. Dans le site Web de Dell se trouve une page qui énonce les clauses des contrats conclus par le biais de ce site. Elles comprennent, entre autres, la clause compromissaire suivante :

6. Précitée, note 2. Voir aussi l'article 41 de cette Loi.

7. Voir, à ce sujet, Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, par. 342; Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 924.

Arbitrage. UNE RÉCLAMATION, UN CONFLIT OU UNE CONTROVERSE (PAR SUITE D'UN CONTRAT, D'UN DÉLIT CIVIL OU AUTREMENT DANS LE PASSÉ, QUI SURVIENT À L'HEURE ACTUELLE OU QUI SURVIENDRA DANS LE FUTUR, Y COMPRIS CEUX QUI SONT PRÉVUS PAR LA LOI, CEUX QUI SURVIENNENT EN COMMON LAW, LES DÉLITS INTENTIONNELS ET LES RÉCLAMATIONS ÉQUITABLES QUI PEUVENT, EN VERTU DE LA LOI, ÊTRE SOUMIS À L'ARBITRAGE OBLIGATOIRE) CONTRE DELL, ses représentants, ses employés, les membres de sa direction, ses administrateurs, ses successeurs, ses ayants cause ou les membres de son groupe (collectivement, aux fins du présent paragraphe, « Dell ») découlant de la présente convention ou de son interprétation ou relié à celle-ci, ou découlant de la violation, de la résiliation ou de la validité de la présente convention, des relations entre les parties, antérieures, actuelles ou futures (y compris, dans la mesure autorisée par le droit applicable, les relations avec les tiers qui ne sont pas des signataires de la présente convention), de la publicité affichée par Dell ou d'un achat connexe DEVRA ÊTRE RÉGLÉ DE FAÇON EXCLUSIVE ET DÉFINITIVE PAR VOIE D'ARBITRAGE OBLIGATOIRE ORGANISÉ PAR LE NATIONAL ARBITRATION FORUM (« NAF ») conformément à son code de procédure et aux procédures particulières concernant le règlement des petites réclamations et (ou) de conflits entre consommateurs alors en vigueur (qui peuvent être consultés sur Internet à l'adresse <http://www.arb-forum.com/> ou par téléphone au 1 800 474-2371). L'arbitrage se limitera uniquement aux conflits ou aux controverses entre le client et Dell. La décision du ou des arbitres sera définitive et obligatoire pour chacune des parties et elle peut être accueillie devant un tribunal compétent. On peut obtenir des renseignements sur le NAF et déposer des réclamations auprès de cet organisme en écrivant au P.O. Box 50191, Minneapolis, MN 55405, en envoyant un courriel à l'adresse file@arb-forum.com ou en remplissant une demande en ligne à l'adresse <http://www.arb-forum.com/>.

10. Se fondant sur cette clause, Dell a présenté une exception déclinatoire et a demandé le renvoi de la réclamation de M. Dumoulin à l'arbitrage. C'est seulement sur cette exception déclinatoire que se sont prononcés les tribunaux québécois

puis la Cour suprême du Canada. Tant la Cour supérieure⁸ que la Cour d'appel⁹ ont rejeté l'exception, permettant ainsi l'exercice du recours collectif. La Cour suprême, par contre, a renversé la décision de la Cour d'appel et a renvoyé l'affaire à l'arbitrage.

11. Les différentes contributions au présent forum soulignent les quatre « lignes de faille » où s'est manifestée la friction intense entre les « plaques tectoniques » de l'arbitrage et du droit de la consommation : le rôle des tribunaux judiciaires saisis d'une demande de renvoi à l'arbitrage, le caractère d'ordre public du recours collectif, le concept de clause externe en droit civil et les règles du droit international privé en matière de consommation.

12. La première de ces questions relève essentiellement de la procédure, mais elle revêt une importance capitale pour les praticiens de l'arbitrage; elle n'est traitée que dans l'arrêt de la Cour suprême¹⁰. En application du principe de « Kompetenz-Kompetenz », Dell prétendait que toutes les questions relatives à l'applicabilité de la clause compromissoire devaient d'abord être tranchées par l'arbitre, la décision de celui-ci pouvant par la suite être contrôlée par les tribunaux judiciaires. M. Dumoulin soutenait plutôt que le renvoi à l'arbitre était inutile si la clause qui fondait sa compétence était invalide ou inapplicable. Le plus haut tribunal canadien a adopté une approche mitoyenne, affirmant que l'arbitre devait normalement se prononcer en premier sur la validité de la clause compromissoire, mais que le tribunal de droit commun saisi d'une demande de renvoi possédait néanmoins un pouvoir discrétionnaire de trancher la question, notamment lorsqu'il s'agissait d'une pure question de droit ou qu'il n'était pas nécessaire d'entendre des témoignages. Les juges de la Cour suprême se sont à peu près entendus sur la manière d'appliquer ces principes : certains arguments fondés sur l'article 3149 du Code civil pouvaient être traités par le tribunal saisi de la demande de renvoi, alors que l'argument fondé sur le caractère externe de la clause compromissoire aurait dû être tranché par

8. J.E. 2004-457 (C.S.).

9. [2005] R.J.Q. 1448 (C.A.).

10. Ainsi que dans l'arrêt *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, [2007] 2 R.C.S. 921, rendu en même temps que l'arrêt *Dell*.

l'arbitre, puisqu'il exigeait la présentation d'une preuve (par. 88, 178, 230). La contribution de Frédéric Bachand et Pierre Bienvenu analyse les répercussions de cette décision sur la pratique de l'arbitrage. Quoi qu'il en soit, tous les membres de la Cour ont choisi de traiter en profondeur de toutes les questions soulevées par les parties, étant donné leur importance; cela ne fait que rendre l'arrêt d'autant plus intéressant.

13. C'est la deuxième des questions soulevées par les parties qui souligne davantage le conflit entre les logiques concurrentes de la liberté contractuelle et de la promotion de la justice au moyen de règles impératives qui limitent cette liberté. Une entreprise peut-elle exiger de ses clients que ceux-ci renoncent à l'avance à exercer un recours collectif contre elle? Autrement dit, le recours collectif est-il d'ordre public? La Cour supérieure et la Cour d'appel n'ont pas abordé de front cette question difficile. La Cour d'appel s'est contentée de dire que les litiges de consommation ne sont pas des affaires intéressant l'ordre public exclues de la portée de l'arbitrage par l'article 2639 du Code civil, demeurant vague sur la question de fond de l'interaction entre le recours collectif et l'arbitrage¹¹. Par contre, tant les juges majoritaires que les juges dissidents de la Cour suprême ont affirmé sans ambages que le recours collectif, « simple moyen de procédure », devait céder le pas devant la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage (par. 108, 226). Cette affirmation n'a pas manqué de surprendre les juristes qui considèrent le recours collectif comme un moyen important d'assurer l'accès à la justice, comme le démontrent les contributions de Mistral Goudreau et de Pierre-Claude Lafond, de même que les juristes européens qui, comme Élise Poillot, considèrent que l'accès à la justice ne peut être laissé à l'initiative privée.

14. Un autre argument soulevé par M. Dumoulin pour conclure à l'inopposabilité de la clause compromissoire était que celle-ci constituait une clause externe d'un contrat de consommation qui n'avait pas été portée à sa connaissance,

11. Voir, par contraste, l'arrêt *MacKinnon c. Instaloans Financial Solution Centres (Kelowna) Ltd.*, (2004) 50 B.L.R. (3d) 291 (C.A.C.-B.).

puisque'elle se trouvait sur une page différente du site Web de Dell et qu'il n'était pas nécessaire de la visionner avant de passer une commande. Cette prétention était fondée sur l'article 1435 du Code civil, qui rend une telle clause inopposable au consommateur qui n'en connaissait pas l'existence. Encore une fois, l'argument souligne les logiques concurrentes en cause. Le droit de la consommation est fondé sur le constat sociologique de l'inadéquation du concept d'autonomie de la volonté pour analyser bon nombre de contrats de consommation de la vie courante. Le faible pouvoir du consommateur face à l'entreprise, ses connaissances juridiques souvent embryonnaires et l'impossibilité concrète d'analyser toutes les conséquences d'une transaction nous mènent à constater qu'en réalité, le contenu des contrats de consommation est imposé unilatéralement par le commerçant. Dans ce contexte, le droit de la consommation cherche à rétablir l'équilibre en contrôlant, à bien des égards, le contenu du contrat et en prenant des mesures, tel l'article 1435 C.c.Q., destinées à assurer un certain degré d'authenticité du consentement. Cet argument avait emporté l'adhésion de la Cour d'appel, qui avait jugé que la présence d'un hyperlien sur la page de commande, référant à la page contenant la clause compromissaire, ne suffisait pas à informer le consommateur de la présence de celle-ci. Par contre, visiblement préoccupés par l'objectif de faciliter le commerce électronique, les juges de la Cour suprême ont refusé de voir une clause externe dans la page reliée au moyen d'un hyperlien. Selon les juges dissidents, l'hyperlien, même en petits caractères au bas d'une page, était « fonctionnel et évident » (par. 237-238). Pour les juges majoritaires, il suffisait que la clause soit « raisonnablement accessible » pour qu'elle ne soit pas qualifiée de clause externe (par. 98-101). Les motifs des juges tant majoritaires que dissidents jettent un doute sur le concept de clause externe en droit civil, comme le démontre Brigitte Lefebvre. Plus fondamentalement, ils posent la question de l'adéquation entre le droit et la pratique sociale que celui-ci se donne pour mission de réglementer, comme le soulignent Philippa Lawson, Cintia Rosa da Lima et Vincent Gautrais. On l'aura deviné, ces débats auront des répercussions majeures sur la pratique du commerce électronique.

15. Curieusement, c'est l'argument fondé sur l'article 3149 du Code civil, une disposition de droit international privé qui rend inopposable au consommateur résidant au Québec toute renonciation à la compétence des tribunaux québécois, qui a divisé les juges de la Cour suprême et qui a donné lieu aux plus longs développements dans leurs motifs. En effet, cet argument n'avait pas été traité dans les décisions des tribunaux inférieurs et n'avait occupé qu'une mince place dans les débats devant la Cour suprême. Les juges minoritaires ont conclu que cette disposition interdisait le renvoi à l'arbitrage, puisque l'arbitre ne doit pas être considéré comme une « autorité québécoise » au sens de cet article. Les juges majoritaires ont plutôt conclu que le livre du Code civil portant sur le droit international privé ne s'appliquait que lorsque le litige présentait un élément d'extranéité et que le seul fait que les parties aient stipulé une clause compromissoire ne constituait pas un tel élément. Geneviève Saumier propose une analyse critique de cette partie du jugement.

16. Dans ce débat, un grand absent : l'article 1437 du Code civil, qui prohibe les clauses abusives dans les contrats d'adhésion et de consommation. En effet, on aurait aisément pu prétendre, comme le soulignent Brigitte Lefebvre et Pierre-Claude Lafond, qu'une clause qui prive les consommateurs du droit d'intenter un recours collectif « désavantage le consommateur [...] d'une manière excessive et déraisonnable » et doit être déclarée abusive. D'ailleurs, comme le démontre Élise Poillot dans sa contribution, une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation est habituellement considérée comme abusive en droit européen. La Cour suprême s'est abstenue de trancher cette question, invoquant l'absence de preuve présentée en première instance à ce sujet par les procureurs de M. Dumoulin. En effet, évaluer le caractère abusif d'une clause compromissoire nécessite une analyse contextuelle qui doit tenir compte des avantages et des inconvénients respectifs de l'arbitrage et du recours collectif, notamment sur le plan des coûts pour le consommateur. Les décisions des tribunaux américains qui ont scruté le rapport entre l'arbitrage et les litiges de consommation sous l'angle de la doctrine de l'iniquité contractuelle (*unconscionability*), voisine de la notion de clause abusive en droit civil, donnent

un exemple des exigences de ce type d'analyse¹². Le message que la Cour suprême semble lancer, à cet égard, est qu'il appartient davantage au législateur qu'aux magistrats de soupeser les mérites et les coûts des différentes avenues procédurales proposées et, le cas échéant, de rendre l'une de celles-ci obligatoire. D'ailleurs, le seul argument qui a trouvé faveur auprès des juges dissidents est fondé sur l'article 3149 du Code civil qui, selon ces juges, exprime la décision du législateur d'interdire la renonciation à la juridiction des tribunaux de droit commun en matière de litiges de consommation.

17. Les répercussions de l'arrêt *Dell* seront quelque peu minimisées par l'adoption, peu de temps avant l'audition de l'affaire en Cour suprême, de modifications à la *Loi sur la protection du consommateur* qui imposent une solution aux antipodes de celle qui a été adoptée par la Cour suprême. En effet, le nouvel article 11.1 de cette Loi interdit, en matière de consommation, la renonciation à la juridiction des tribunaux de droit commun et, en particulier, la renonciation à exercer un recours collectif. De plus, le nouvel article 54.4, applicable aux contrats de consommation conclus par Internet, impose au commerçant qui souhaite faire accepter des clauses contractuelles au consommateur des exigences d'information beaucoup plus sévères que celles proposées par la Cour. L'intervention de l'Assemblée nationale est cependant circonscrite au champ d'application de la Loi, qui exclut les contrats d'assurance, les contrats relatifs aux valeurs mobilières et certains contrats relatifs aux immeubles. De plus, son application aux entreprises qui relèvent de la compétence fédérale, comme les banques ou les compagnies d'aviation, fait actuellement l'objet de contestations.

18. Malgré cela, la décision de la Cour suprême énonce des principes qui, même s'ils soulèvent la controverse, influenceront considérablement l'évolution du droit civil québécois, non seulement en proposant des définitions de la clause abusive et de l'ordre public, mais surtout en énonçant sans détour la priorité que la Cour accorde à la liberté contractuelle et aux modes privés de résolution des conflits et en

12. Pour un aperçu, voir Mathieu MAISONNEUVE, « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », (2005) *Rev. arb.* 101.

invitant le législateur à intervenir lui-même s'il constate des abus de cette liberté. Cette conception des rapports entre droit légiféré et droit prétorien risque d'influer également sur le droit des autres provinces du Canada et peut-être même sur celui d'autres pays.

Sébastien Grammond
Faculté de droit, Section de droit civil
Université d'Ottawa
57, rue Louis-Pasteur, bureau 207
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Tél. : 613 562-5800, poste 2653
Télec. : 613 562-5121
sebastien.grammond@uottawa.ca