

L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice

Pierre-Claude Lafond

Volume 37, numéro 2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027087ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027087ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lafond, P.-C. (2007). L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice. *Revue générale de droit*, 37(2), 357–377. <https://doi.org/10.7202/1027087ar>

L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice

PIERRE-CLAUDE LAFOND

Professeur titulaire, Faculté de science politique et de droit,
Université du Québec à Montréal

SOMMAIRE

1. Les faussetés prétoriennes ou l'arrêt <i>Dell</i> sous l'angle de l'arbitrage.....	358
Première fausseté : une fausse cause d'exploitation	358
Deuxième fausseté : l'efficacité de l'arbitrage en droit de la consommation	359
Troisième fausseté : le choix d'un arbitrage américain ne constitue pas un élément d'extranéité	360
Quatrième fausseté : les différends de consommation sont arbitrables	360
Cinquième fausseté : l'arbitrage collectif peut s'avérer une solution d'avenir.....	361
Dernière fausseté : un exercice faussé par l'intervention du législateur	362
2. La vérité sur l'accès à la justice ou l'arrêt <i>Dell</i> sous l'angle du recours collectif	364
Première vérité : la clause compromissoire vise essentiellement l'exclusion du recours collectif.....	364
Seconde vérité : le recours collectif constitue une mesure législative d'ordre public	366
Troisième vérité : l'exclusion du recours collectif constitue une clause abusive	374
Conclusion	376

1. Tout est affaire de perspective. Un objet peut présenter des formes et des couleurs différentes selon les positions adoptées par l'observateur. Picasso avait compris cette loi fondamentale en s'amusant à intégrer et à superposer plusieurs perspectives de biens et de personnes dans le même tableau. Si le grand maître catalan maîtrisait avec brio ce jeu d'angles et d'optiques, force est de constater que la Cour suprême a échoué dans son récent jugement rendu dans le dossier opposant Dell Computer à l'Union de consommateurs¹.

2. Le commentaire qui suit propose un examen de cette décision dans une perspective d'accès à la justice des consommateurs et de recours collectif. Notre analyse procède en deux temps : d'abord sous l'angle des faussetés sur lesquelles repose le jugement (1), ensuite sous celui d'une vérité éludée par le tribunal, l'accès à la justice (2), en espérant que notre grain de sel contribuera à démêler le faux et le vrai de cette histoire.

1. LES FAUSSETÉS PRÉTORIENNES OU L'ARRÊT *DELL* SOUS L'ANGLE DE L'ARBITRAGE

PREMIÈRE FAUSSETÉ : UNE FAUSSE CAUSE D'EXPLOITATION

3. Il est manifeste que le dossier était boiteux, dès le départ. Le comportement de Monsieur Dumoulin, qui tente d'obtenir un ordinateur de poche à vil prix en raison d'une erreur sur le site du fabricant, n'est certes pas celui du consommateur naïf, vulnérable ou en situation de déséquilibre contractuel et d'exploitation potentielle qu'entend protéger le législateur. Son manque de pudeur à utiliser les « liens profonds » et à contourner la correction du prix par le fabricant² en dit long sur ses intentions. Cette histoire est celle d'une fausse arnaque, d'une fausse exploitation, à la limite d'un cas d'abus d'un consommateur à l'encontre d'une entreprise. Il est étonnant et regrettable qu'un tel dossier ait gravi tous les échelons jusqu'à parvenir à la Cour suprême. Les consommateurs méritaient une cause plus noble, plus représentative de leurs relations avec les commerçants. D'entrée de jeu,

1. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 (ci-après *Dell*).

2. *Id.*, par. 4.

il importe de souligner que cet élément de fausseté a pu teinter le regard du tribunal. Il n'est pas dit que, saisi d'un dossier plus honorable, la Cour n'aurait pu rendre une décision différente.

DEUXIÈME FAUSSETÉ : L'EFFICACITÉ DE L'ARBITRAGE EN DROIT DE LA CONSOMMATION

4. Il est ensuite faux de prétendre, comme le soumet la Cour suprême dans le liminaire de son jugement, que l'arbitrage est un moyen largement utilisé et qu'il « a pris un essor considérable » dans le règlement des conflits. Pareil coup d'envoi traduit une méconnaissance profonde du droit de la consommation. Les propos du tribunal sont certes applicables dans le contexte du droit du travail et du droit commercial, particulièrement du droit commercial international (d'ailleurs, le tribunal fait référence à la communauté internationale), mais la réalité est tout autre dans les différends de consommation. Toutes les études sur la question en arrivent à la conclusion que les programmes offerts souffrent d'un problème de crédibilité. Une recherche personnelle menée il y a quelques années montre que, sauf peut-être l'exemple du PAVAC (Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada), les programmes d'arbitrage destinés aux consommateurs restent peu nombreux, méconnus et très peu utilisés par les principaux intéressés³. Par exemple, qui connaît le programme d'arbitrage du Bureau d'éthique commerciale de Montréal? Qui l'utilise? Même les services d'arbitrage du PAVAC sont loin d'être à l'abri de toute critique. Les problèmes d'indépendance de la structure organisationnelle, du financement, de la formation des arbitres, de la transparence du processus, de la diffusion de l'information entachent la plupart des programmes disponibles au Québec⁴.

3. Pierre-Claude LAFOND, Hélène PIQUET, *Les modes alternatifs au traitement judiciaire des différends en droit de la consommation : appréciation critique et empirique*, 2004, 74 p. (inédit).

4. *Id.*, p. 24-32; Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 157-161 et les références citées; Nicole L'HEUREUX, « Les solutions de rechange au règlement des petits litiges », dans Claude SAMSON, Jeremy MCBRIDE (dir.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 245, aux p. 264-265.

TROISIÈME FAUSSETÉ : LE CHOIX D'UN ARBITRAGE AMÉRICAIN NE CONSTITUE PAS UN ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ

5. En motivant leur jugement sur le fait que le choix de l'arbitrage ne constitue pas un élément d'extranéité pouvant justifier l'application des règles du droit international privé inscrites dans le Code civil (dont l'article 3149)⁵, les juges majoritaires reconnaissent le caractère local du litige. D'ailleurs, l'appelante a concédé que l'arbitrage se tiendrait au Québec⁶. Paradoxalement, ils invoquent les sources et les pratiques du droit international⁷ en matière d'arbitrage, et en particulier de l'arbitrage commercial international, pour justifier la préséance de l'arbitrage dans un dossier soi-disant on ne peut plus local. Le plus grave est qu'ils omettent de considérer la résidence de l'appelante en Ontario⁸ et l'application de la loi ontarienne, prévue au contrat, comme des éléments d'extranéité. Pour ces raisons, nous accordons davantage foi à la conclusion des juges dissidents sur ce point : une clause d'arbitrage comme celle en l'espèce, dont les règles sont régies par un organisme américain, constitue un élément d'extranéité qui donne ouverture à l'application de l'article 3149 C.c.Q. Le principe de l'autonomie de la volonté des parties connaît des limites et les autorités québécoises conservent leur compétence pour traiter des litiges nés de contrats de consommation.

QUATRIÈME FAUSSETÉ : LES DIFFÉRENDS DE CONSOMMATION SONT ARBITRABLES

6. Lorsque la Cour, se fondant sur l'arrêt *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*⁹, mentionne qu'aucune disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁰ n'exclut l'arbitrabilité d'un litige de consommation, nous soumettons respectueusement qu'elle fait une mauvaise lecture de la Loi.

5. *Dell*, par. 50 à 66.

6. *Dell*, par. 56.

7. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 330 R.T.N.U. 3; *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Doc. N.U. A/40/17 (1985).

8. Voir, à cet effet, les propos de la juge Deschamps, *Dell*, par. 53.

9. [2003] 1 R.C.S. 178.

10. L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après citée « L.P.C. »).

Si l'article 37 de la *Loi sur le droit d'auteur*¹¹, au cœur de l'arrêt *Desputeaux*, n'était pas d'ordre public, il en va différemment de la L.P.C. L'arbitrage, régi par le *Code de procédure civile* depuis à peine 1986, ne connaissait aucune application concrète en droit de la consommation en 1978 lorsque la L.P.C. a été adoptée. Le législateur ne pouvait donc penser à en exclure l'utilisation. De plus, plusieurs dispositions de la Loi (art. 107, 109, 142, 143, 267 et 271) prévoient un recours exprès au « tribunal », pour solliciter une autorisation ou requérir un outrage au tribunal, par exemple, demandes qui ne pourraient être présentées à un arbitre. Il est méritoire de faire une interprétation contextuelle des lois¹², mais il faut les interpréter aussi dans leur contexte historique, comme le rappellent d'ailleurs et s'appliquent à le faire les juges dissidents¹³. Ce n'est d'ailleurs pas pour rien que le législateur a décidé d'intervenir en décembre 2006 pour préciser sa pensée à l'égard de cette question. S'il n'a pas exclu avant l'arbitrabilité des différends de consommation, il ne faut pas conclure pour autant qu'il l'approuvait. C'est peut-être tout simplement, comme le louage à long terme de biens et le contrat électronique, qui ont nécessité tous deux des modifications législatives¹⁴, que le procédé n'avait pas cours auparavant.

CINQUIÈME FAUSSETÉ : L'ARBITRAGE COLLECTIF PEUT S'AVÉRER UNE SOLUTION D'AVENIR

7. Quant à la possibilité de collectiviser le traitement des réclamations au moyen de l'arbitrage collectif pour justifier la pertinence de l'arbitrage, qu'il nous soit permis d'en douter. Un récent colloque tenu à l'Université de Montréal concluait au peu d'avenir de cette formule en terre québécoise¹⁵. L'expérience américaine ne semble pas concluante là non plus et de

11. L.R.C. (1985), c. C-42.

12. Comme la Cour le fait à l'endroit du *Code civil du Québec* : *Dell*, par. 3, 13 à 24, 65 et 66.

13. *Dell*, par. 136 et suiv., en particulier par. 141.

14. L.Q. 1991, c. 24; L.Q. 2006, c. 56.

15. Nabil N. ANTAKI, Emmanuel D. DARANKOUM (dir.), *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

plus en plus de clauses d'arbitrage en excluent la possibilité¹⁶. Pourquoi éviter la procédure de recours collectif si c'est pour reprendre une formule semblable dans le contexte de l'arbitrage? Pourquoi abandonner les garanties offertes par le système judiciaire public, pour les remplacer par les règles instables d'une instance privée? En regroupant toutes les réclamations, l'arbitrage ne risque-t-il pas de perdre ses avantages de rapidité, de simplicité procédurale et de réduction des coûts? En quoi les consommateurs vont-ils gagner au change? Au demeurant, le recours collectif relevant d'une compétence exclusive de la Cour supérieure, le risque subsiste qu'une procédure trop semblable entendue par une autre instance, en l'occurrence l'arbitre, puisse être jugée inconstitutionnelle au regard de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁷.

DERNIÈRE FAUSSETÉ : UN EXERCICE FAUSSÉ PAR L'INTERVENTION DU LÉGISLATEUR

8. Sur tous ces points, le jugement de la Cour est donc rendu sur de fausses prémisses. Au surplus, l'exercice est en quelque sorte faussé puisque sa portée est mise en échec et limitée par le nouvel article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, adopté quelque sept mois avant la décision de la Cour suprême, laissant sous-entendre que le législateur n'a pas voulu faire confiance au plus haut tribunal du pays. À lire l'arrêt *Dell*, on ne peut que lui donner raison. Mais cette restriction ne sera pas simple d'application. Pour que l'article 11.1 L.P.C. s'applique et que la clause compromissoire soit nulle, il faudra d'abord déterminer si la situation visée se trouve à l'intérieur du champ d'application de la loi. Cet exercice n'est jamais simple, du fait de la complexité législative sur ce point, souvent dénoncée mais jamais corrigée. Un contentieux initié par les commerçants risque de se développer autour du champ d'application, uniquement pour échapper à la rigueur de

16. Shelley MCGILL, « The Conflict Between Consumer Class Actions and Contractual Arbitration Clauses », (2006) 43 *Can. Bus. L.J.* 359, 376-379 et références citées.

17. 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

l'article 11.1. Et ceci est sans compter la contestation de l'application de la L.P.C. à l'extérieur des frontières, dans les cas autorisés par l'article 3117 C.c.Q. Là non plus, la simplicité et la clarté ne dominent pas toujours. Le commerce électronique pourrait bien se trouver au cœur de cette dispute, malgré l'existence de l'article 54.2 L.P.C. qui prévoit l'application de la loi de la résidence du consommateur.

9. Les contrats qui échappent au champ d'application de la L.P.C. pourront par ailleurs comporter une clause compromissoire, même s'ils peuvent se qualifier de contrats de consommation au sens de l'article 1384 du *Code civil du Québec*. Ce sera le cas en matière de vente ou de location immobilière, de services professionnels et dans les contrats d'assurance, notamment. Ce pourrait également être le cas dans les contrats de services bancaires si les tribunaux donnent éventuellement raison aux banques dans leur contestation actuelle de l'application de la L.P.C. à leurs activités¹⁸. Sans le vouloir, la Cour suprême accentue la distinction entre le contrat de consommation de la L.P.C. et celui du Code civil, distinction maladroite dont nous avons déjà dénoncé les conséquences¹⁹. Elle renforce le besoin d'uniformisation des deux textes législatifs. Pourquoi un contrat d'assurance pourra-t-il contenir une clause d'arbitrage obligatoire, mais pas un contrat de vente d'un appareil électronique? Où se trouve la logique de protection?

10. Ceci dit, de façon concrète, il est loin d'être certain que l'arbitrage obligatoire se développera dans les secteurs où les réclamations des consommateurs s'avéreront importantes, tels le secteur immobilier ou celui des assurances. Plusieurs entreprises n'en voudront tout simplement pas. Les achats par voie électronique, comme l'affaire Dumoulin, seront pour leur part automatiquement soustraits à pareille obligation sous le couvert de l'article 11.1 L.P.C. La sphère d'activités

18. Voir, à titre d'exemples, *Banque Amex du Canada c. Québec (Procureur général)*, B.E. 2004BE-252 (C.S.); *Option consommateurs c. Banque de Montréal*, J.E. 2007-79 (C.S.); *Option consommateurs c. Banque Amex du Canada*, J.E. 2007-80 (C.S.).

19. Pierre-Claude LAFOND, « Contours et ramifications de la "nouvelle" définition du contrat de consommation du *Code civil du Québec* », (1996) 56 *R. du B.* 569.

résiduelle risque donc d'apparaître fort réduite et ne méritait sans doute pas un jugement aussi substantiel.

11. Tout ce faux débat n'aurait pas eu lieu si le législateur, dans la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*²⁰, avait étendu la portée de l'interdiction de la clause compromissoire aux contrats de consommation du Code civil. S'il ne l'a pas fait, c'est tout simplement parce que cette loi s'inscrivait dans le cadre d'une opération de correction fragmentaire de la *Loi sur la protection du consommateur* menée par l'Office de la protection du consommateur (qui portait surtout sur le commerce en ligne), et non d'une entreprise de révision globale du droit de la consommation dirigée par l'administration gouvernementale. Il faut savoir que, sur la question de l'arbitrage, le projet de loi était également fortement inspiré de la loi modificatrice ontarienne adoptée au même effet en 2002²¹, elle-même limitée au domaine d'application de la *Loi de la protection du consommateur*. Après examen du Journal des débats et des procès-verbaux de la Commission des institutions, on constate qu'il s'agit tout simplement d'une omission qui a échappé aux principaux intéressés.

2. LA VÉRITÉ SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE OU L'ARRÊT *DELL* SOUS L'ANGLE DU RECOURS COLLECTIF

PREMIÈRE VÉRITÉ : LA CLAUSE COMPROMISSOIRE VISE ESSENTIELLEMENT L'EXCLUSION DU RECOURS COLLECTIF

12. La lorgnette dirigée vers l'arbitrage nous éloigne d'une vérité : la raison principale de l'apparition de ces clauses dans les contrats avec les consommateurs, soit le désir non avoué d'empêcher les consommateurs lésés d'exercer un recours collectif au nom de leurs semblables. Avec toute la bonne volonté du monde, nous avons beaucoup de difficulté à croire que les entreprises, conseillées par leurs avocats, ont inséré ces clauses dans leurs contrats pour favoriser le traitement simple et rapide des réclamations des consommateurs et ainsi

20. L.Q. 2006, c. 56.

21. *Consumer Protection Statute Law Amendment Act*, S.O. 2002, c. 30, s. 8.

améliorer leur accès à la justice. Le but de cette manœuvre, empruntée d'un mouvement américain, est très clair : exclure toute possibilité d'un traitement judiciaire collectif et maintenir les revendications sur un plan strictement individuel, en sachant très bien que peu de consommateurs connaissent leurs droits, les font valoir et prennent le temps de faire des démarches pour récupérer une petite somme d'argent. Leur désertion de la Cour des petites créances est éloquent à cet effet. De 1977 à 2004, le nombre de dossiers inscrits devant cette division a chuté de 96 000 à 28 000, soit une baisse de 71 %, malgré un élargissement constant de la compétence matérielle du tribunal²². La méconnaissance et la méfiance des consommateurs est encore pire à l'égard de l'arbitrage. Seul, le consommateur n'agit pas²³. Donc, contrairement aux propos de la Cour suprême exprimés de manière préliminaire dès le second paragraphe de son jugement, il ne s'agissait pas d'un « débat sur la place de l'arbitrage dans le système québécois de justice civile », mais plutôt de la possibilité d'exclure l'application du recours collectif par une clause d'arbitrage. Cette perspective adoptée par le tribunal donne le ton à tout ce qui suit mais, du même coup, passe à côté de l'enjeu véritable. Il est navrant de constater que plusieurs ouvrages et articles rédigés par les grands spécialistes de l'arbitrage ont été cités par la Cour suprême, mais non ceux sur le recours collectif (à l'exception d'un article paru en 1980²⁴), ni aucune étude sur la situation de l'accès à la justice des consommateurs ou des justiciables en général, comme si la question principale en jeu n'impliquait pas fondamentalement le recours collectif. Qui plus est, le jugement ne mentionne

22. MINISTÈRE DE LA JUSTICE (QUÉBEC), Direction générale des services de justice, *Rapport statistique pour les activités judiciaires*, Québec (diverses années); Christiane COULOMBE, « Portrait statistique de l'activité judiciaire en matières civiles à la Cour supérieure et à la Cour du Québec », dans André RIENDEAU (dir.), *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 81, aux p. 92-95.

23. Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphoses de la procédure civile) », (1975) 27 *R.I.D.C.* 571, 576.

24. Mario BOUCHARD, « L'autorisation d'exercer le recours collectif », (1980) 21 *C. de D.* 855.

aucune étude sur la question spécifique du conflit entre l'arbitrage et le recours collectif, ignorant totalement les contributions doctrinales sur le sujet²⁵.

SECONDE VÉRITÉ : LE RECOURS COLLECTIF CONSTITUE UNE MESURE LÉGISLATIVE D'ORDRE PUBLIC

13. En tout respect, le jugement, tant dans sa majorité que dans sa dissidence, renferme une analyse malheureuse d'un argument important, celui du caractère d'intérêt public ou d'ordre public du recours collectif. La vérité est qu'il demeure invraisemblable et illégal de renoncer à exercer un tel recours. L'ordre public prime sur l'autonomie de la volonté des parties et ne peut être écarté. La Cour supérieure du Québec possède une compétence exclusive pour entendre ces recours et un justiciable désireux d'exercer une action de groupe ne peut le faire devant une autre instance ou renoncer à cette possibilité au profit d'un arbitrage. S'il le fait, c'est une renonciation à la compétence des autorités québécoises au sens de l'article 3149 C.c.Q., comme l'énoncent les trois juges dissidents, renonciation d'autant plus lourde de conséquences dans ce cas qu'il s'agit d'une compétence exclusive d'un tribunal judiciaire. En accord avec la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada²⁶, nous continuons de soutenir que le recours collectif constitue une question qui intéresse l'ordre public, pour reprendre les termes de l'article 2639 C.c.Q., et que cette disposition empêche de la soumettre à l'arbitrage. Le recours collectif, tout comme la plupart des dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*, constitue une « matière d'ordre public ». Pour la L.P.C., ce caractère reconnu à son article 261 constitue d'ailleurs la raison d'être de l'article 3117 C.c.Q. qui, à certaines conditions, soumet le contrat de consommation conclu à l'étranger

25. Voir notamment, au Canada, Susan LOTT, Marie Hélène BEAULIEU, Jannick DESFORGES, PUBLIC INTEREST ADVOCACY CENTRE et OPTION CONSOMMATEURS, *Mandatory Arbitration and Consumer Contracts*, Ottawa, 2004; S. MCGILL, *loc. cit.*, note 15.

26. Mémoire de l'intervenante Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada, Université d'Ottawa, présenté à la Cour suprême du Canada, p. 3-12.

à la loi de l'État où le consommateur a sa résidence, en l'occurrence le Québec.

14. En matière de recours collectif, et qui plus est en droit de la consommation, la distinction s'efface volontiers entre le droit substantiel et le droit procédural, le premier n'étant que virtuel sans l'aide d'une procédure adéquate et accessible. On a trop souvent répété, sur toutes les tribunes, le caractère ordinaire de la procédure de recours collectif et l'absence de création de droits nouveaux²⁷. Cette assertion n'est juste qu'à moitié. S'il est vrai que seule la façon de faire valoir le droit substantiel diffère, force est de constater qu'il y va plus que d'une simple différence. Le recours collectif ne se présente pas comme une alternative à l'exercice individuel d'un droit; souvent, il instaure la seule voie praticable d'exercice de ce droit substantiel. Par conséquent, sans créer de nouveaux droits, le recours collectif permet à plusieurs personnes d'en faire valoir d'anciens qui n'auraient jamais vu le jour devant l'appareil judiciaire, ce qui le situe plus près de la reconnaissance de nouveaux acteurs que d'une simple technique procédurale sans effet palpable. La procédure possède indéniablement une influence sur le droit substantiel car elle en définit les contours²⁸. Elle ne se contente pas de contribuer à un meilleur équilibre entre les parties : elle incite à une application plus juste et plus équilibrée du droit, dans le sens d'une mise en œuvre qui ne se veut plus réservée à des figures dominantes.

27. Voir notamment *Association québécoise pour l'application du droit à l'exemption de l'enseignement religieux c. C.É.C.M.*, J.E. 80-12 (C.S.), p. 10 du jugement intégral; *Malhab c. Métromédia CMR Montréal inc.*, J.E. 2003-711 (C.A.), REJB 2003-39077 (C.A.), par. 57 du jugement intégral; *Pearl c. Investissements Contempra ltée*, [1995] R.J.Q. 2697, 2704 (C.S.); DÉBAT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE (QUÉBEC), *Journal des débats — Commissions parlementaires*, 3^e session, 31^e législature (n^o 8, 08/03/1978), p. B-323 (ministre Pierre Marois); DÉBAT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE (QUÉBEC), 20 *Journal des débats*, 3^e session, 31^e législature (n^o 34, 16/05/1978), p. 1475 (ministre P. Marois); Micheline AUDETTE-FILION, « État de la question », dans BARREAU DU QUÉBEC, Formation permanente, *Le recours collectif*, cours n^o 38, [Montréal], 1978-1979, p. 4, à la p. 18; M. BOUCHARD, *loc. cit.*, note 24, 864-865; Hubert REID, « La loi sur le recours collectif : premières interprétations judiciaires », (1979) 39 *R. du B.* 1018, 1029; Hubert REID, « The Class Action in Quebec », [1983] *Cambridge Lect.* 206, 212.

28. M. CAPPELLETTI, *loc. cit.*, note 23, 597; Roderick A. MACDONALD, « Access to Justice and Law Reform », (1990) 10 *Windsor Yearb. Access Justice* 287, 293.

15. L'article 3149 C.c.Q., ni l'article 3148 d'ailleurs, pas plus que l'article 2638 C.c.Q. relatif à l'arbitrage, n'envisagent la possibilité d'un recours collectif. Le fait n'est pas étonnant dans la mesure où on commence à peine à concevoir la possibilité de régler un agrégat de réclamations par la voie de l'arbitrage. L'arbitrage se concevant dans une perspective individuelle et le recours collectif se voulant une procédure dérogatoire à la procédure traditionnelle, il fallait conclure que, dans l'hypothèse où le consommateur choisit de présenter sa seule réclamation individuelle, la clause compromissoire avait préséance. Cependant, dans le cas où il choisirait d'utiliser son cas personnel pour servir de cas représentatif d'un groupe et l'élever au rang d'un recours collectif, la clause ne pouvait plus s'appliquer, l'arbitrage ne pouvant plus servir les mêmes fins. Le procédé individuel doit céder le pas au procédé collectif. Raisonner autrement accorderait priorité à l'initiative individuelle au détriment du groupe, ce qui va clairement à l'encontre de la philosophie et des objectifs du recours collectif. Cette procédure appelle un changement de paradigme d'une conception individualiste à une conception collectiviste de la justice²⁹. Un changement de perspective que n'a vraisemblablement pas réussi à intégrer la Cour suprême.

16. Affirmer, comme le fait Madame la juge Deschamps, que « [s]i M. Dumoulin avait intenté le même recours mais uniquement à titre individuel, l'argument de l'Union fondé sur le caractère d'ordre public du recours collectif ne pourrait évidemment plus être invoqué », participe d'un aveuglement volontaire de cette perspective et de la réalité des justiciables ordinaires. C'est oublier que Dumoulin et les autres consommateurs ne pouvaient réalistement, dans les faits, exercer un recours individuel. De façon concrète, quel consommateur oserait saisir le système judiciaire pour une réclamation de 89 \$ ou de 118 \$, soit les prix des ordinateurs en cause? Les frais d'inscription d'une demande à la division des petites créances de la Cour du Québec s'élèvent à ce jour entre 65 \$ et 149 \$ pour une personne physique, sans compter les dépenses générées par la préparation du dossier, le temps consacré

29. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, chapitre 7, p. 217-269.

à l'audition et l'éventuelle exécution forcée du jugement. En outre, il convient de rappeler que la Cour des petites créances ne possède pas le pouvoir d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation, en l'occurrence la livraison de l'ordinateur au prix annoncé initialement. C'est donc vers la division régulière de la Cour du Québec que les consommateurs auraient dû se tourner, avec les frais qui s'imposent en pareil cas. Toutes des difficultés d'accès à la justice que connaissent les consommateurs et auxquelles le recours collectif entend précisément s'attaquer.

17. Il convient de se rappeler les raisons qui ont présidé à l'adoption du recours collectif en 1978. Ces raisons — déséquilibre des rapports de force, tribunaux inaccessibles, modicité des réclamations qui ne justifie pas un recours judiciaire individuel, isolement des victimes, etc. — ont toujours droit de cité de nos jours. L'arbitrage n'a rien changé à la situation. Le recours collectif est un bijou précieux dans le coffret juridique des victimes d'un préjudice collectif. Le parrain de l'époque de la *Loi sur le recours collectif*³⁰, le ministre Pierre Marois, avait été personnellement impliqué dans le dossier des victimes de la thalidomide et connaissait bien les enjeux des désastres collectifs. Dans la société de consommation d'aujourd'hui, les problèmes causés par la production et la distribution de biens en série ne peuvent être résolus avec une approche de justice individuelle. Il y a longtemps que les spécialistes du droit de la consommation³¹ ont réclamé un traitement collectif des problèmes qui sont à la base collectifs. Tous les ennuis vécus par les consommateurs ne relèvent évidemment pas d'une nature collective, mais de trop nombreux cas le sont pour qu'on éclipse cette réalité, comme vient de le faire la Cour suprême.

30. L.R.Q., c. R-2.1.

31. Thierry BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, coll. « Droit et consommation », v. 16, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Story-Scientia/Centre de droit de la consommation, 1988, p. 128-129, 141-143; Thierry BOURGOIGNIE, Jules STUYCK, « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs », dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial — Actes des XI^{es} journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 597, aux p. 598-605; Jean. CALAIS-AULOY, *Propositions pour un Code de la consommation*, Rapport de la Commission de codification du droit de la consommation, Collection des rapports officiels, Paris, La Documentation française, 1990, art. L. 274 à L. 278, p. 111-112; M. CAPPELLETTI, *loc. cit.*, note 23, 580-581.

18. Qui plus est, le législateur a compris dans sa sagesse que forcer les justiciables à faire une démarche individuelle pour adhérer à un recours collectif serait en contradiction flagrante avec ce principe de massification des problèmes et avec la nature même de l'action de groupe. C'est pourquoi il a choisi la formule de l'*opting out*, c'est-à-dire l'inclusion automatique des victimes dans le groupe, sous réserve d'une possibilité d'exclusion personnelle. Les seuls exemples de *class actions* qui fonctionnent bien dans le monde sont ceux qui ont emprunté cette formule. Olson a très bien décrit l'effet du *free rider* qui caractérise le comportement du consommateur³². Dans le contexte d'une petite réclamation, chaque membre du groupe aura tendance à ne rien faire et à se laisser porter par la force du groupe car, en n'y participant pas personnellement, ils en tirent les bénéfices sans les contrepoids des pertes correspondantes. Exiger du consommateur qu'il prenne du temps et fasse une démarche pour réclamer une somme modeste conduit inévitablement à un taux extrêmement bas de participation. Et c'est précisément ce que visait l'arbitrage en l'instance. Dans cette perspective, l'arbitrage offre une dynamique qui est rétrograde, dépassée et qui refuse de prendre en compte les besoins des intéressés. Ce mode d'adjudication paraît en revanche mieux adapté lorsque la valeur de la réclamation est plus importante et que le préjudice subi ne découle pas d'un « désastre collectif » (*mass wrong*).

19. Mais le recours collectif ne fait pas que s'intéresser à l'attitude peu litigieuse des consommateurs. Il s'appuie sur la conception économique de la relation entre les consommateurs et les entreprises, relation qui peut essentiellement être qualifiée de rapport de pouvoir³³. Comme ce fut le cas autrefois des corporations et des syndicats, « permettre à un groupe

32. Mancur OLSON, *Logique de l'action collective*, trad. de Mario Levi, Collection Sociologies, Paris, P.U.F., 1978, p. 22-23, 63, 70-71. Voir aussi T. BOURGOINIE, *op. cit.*, note 31, p. 43.

33. Bernadette DEMEULENAERE, « La médiation et les droits des consommateurs », (1987) 7 *Windsor Yearb. Access Justice* 118; Laura NADER, « The A.D.R. Explosion — The Implications of Rhetoric in Legal Reform », (1988) 8 *Windsor Yearb. Access Justice* 269, 280-289; Louise G. TRUBEK, David M. TRUBEK, « La justice des tribunaux au service d'une société de justice. Une manière nouvelle de considérer la défense des intérêts d'ordre général aux États-Unis », dans Mauro CAPPELLETTI (dir.), *Accès à la justice et État-Providence*, Paris, Economica, 1984, p. 123, aux p. 123-124.

d'exister légalement, c'est souvent modifier les rapports de force entre les différents intérêts coexistant au sein de la société »³⁴. La publicité initiale du recours collectif utilisait cette image d'une tonne de plumes (les citoyens) qui, dans la balance de la justice, faisait le contrepoids à une tonne de plomb. Fondé sur une conception individualiste des relations, l'arbitrage ne peut s'attaquer à cette dimension de la problématique des consommateurs. Il ne le peut tout simplement pas, car il reproduit le modèle judiciaire classique de l'adjudication individuelle d'un conflit.

20. Le recours collectif procure aussi l'immense avantage de saisir les tribunaux de dossiers qui n'auraient jamais été portés à leur attention dans un cadre strictement individuel, et donc de faire évoluer le droit, particulièrement le droit de la consommation qui en a bien besoin. Des discussions juridiques, sociales et politiques émanent des jugements rendus et des accords intervenus, ce qui est sain pour une société. Un effet dissuasif capital est ressenti par le milieu de l'industrie. En d'autres termes, le recours collectif place la réclamation du consommateur sur la scène publique. Avec son caractère confidentiel, presque secret, l'arbitrage ne peut rivaliser avec ces avantages et les intérêts des consommateurs ne peuvent être aussi bien servis.

21. L'argument principal, consistant à interpréter strictement la notion d'ordre public de l'article 2639 C.c.Q. afin de respecter l'autonomie de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, a de quoi laisser songeur. Les savants magistrats semblent ignorer l'évolution qu'a connue le droit des contrats depuis le début des années 1970 avec la *Loi de la protection du consommateur*³⁵ jusqu'à la récente adoption des règles d'équité contractuelle du *Code civil du Québec*. Peut-on sérieusement continuer de soutenir une réelle autonomie des parties dans un contexte relationnel où le déséquilibre contractuel de l'une des parties, le consommateur, est en cause? Dans les contrats de consommation, il n'existe pas de réelle « volonté des parties » pour le consommateur. Par sa nature de contrat d'adhésion, le consommateur est forcé

34. Carole YOUNES, « Le recours collectif québécois : les réalités collectives à travers le prisme du droit », (2000) 15 *R.C.D.S.* 111, 142.

35. L.Q. 1971, c. 74.

d'adhérer à la clause. Accorder priorité au principe de l'autonomie des parties produit exactement l'effet contraire pour le consommateur à qui l'arbitrage sera systématiquement imposé. C'est là un des principes fondamentaux sur lequel s'appuie le droit de la consommation. En outre, dans le contexte d'un contrat électronique, l'adhérent n'a ni le choix ni le moyen technique de refuser d'adhérer à la clause compromissoire. Le contrat lui est proposé d'un bloc insécable, sans possibilité de négociation. À notre avis, dans un avenir proche, il y aurait lieu d'imiter le modèle de l'Allemagne³⁶ et de pratiquer une distinction entre le contrat et la clause d'arbitrage, laquelle mériterait un accord de volonté spécifique, compte tenu des conséquences importantes qu'elle emporte. Permettre, au nom du respect de la volonté des parties, l'inclusion des clauses anti-recours collectif conduit à l'effet prévisible suivant : ce type de clause deviendrait vite une clause de style dans tous les contrats d'adhésion avec les consommateurs et la procédure de recours collectif se trouverait ainsi grandement émasculée dans le domaine contractuel, faisant fi des objectifs poursuivis par le législateur lors de l'intégration de cette mesure en droit québécois. On ne peut légitimement croire à pareille intention du législateur.

22. En statuant que le recours collectif n'avait pas de caractère d'ordre public, la Cour a manqué de courage. Elle a aussi, semble-t-il, contredit sa position énoncée en 2001 dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*³⁷, dans lequel elle a reconnu l'importance des objectifs de protection du recours collectif. Pour reprendre ses dires, cette procédure cherche à corriger le déséquilibre entre des parties de forces différentes et à s'assurer que les contrevenants n'échapperont pas aux effets de la justice en raison de la modicité des préjudices individuels :

[...] les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaiteurs éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des

36. *Bundesrepublik Deutschland, Zivilprozessordnung*, s. 1031, modifié par l'art. 1, n° 7 de l'*Arbitral Proceedings Reform Act: Tenth Book of the Code of Civil Procedure* 1998.

37. [2001] 2 R.C.S. 534, 549-550. Voir aussi *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 170 et *Bisaillon c. Concordia University*, 2006 CSC 19, par. 16.

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 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 [...].

23. N'est-ce pas là le but d'un ordre public de protection? Permettre à la partie la plus puissante de l'écarter aussi facilement, par une clause insérée dans un contrat aussi long que complexe, a pour effet de maintenir ce déséquilibre. En outre, en donnant priorité à la clause compromissaire, la Cour s'inscrit en faux contre un courant mondial qui va dans le sens d'une invalidation d'une pareille clause, à l'exception des États-Unis où la situation apparaît moins tranchée³⁸.

24. Jamais nous n'aurions cru voir un jour un moyen favorisant l'accès à la justice, en l'occurrence l'arbitrage, entrer en conflit avec un autre de ces moyens, le recours collectif, et l'occulter. La Cour suprême n'a pas de quoi se féliciter en matière d'avancement de l'accès à la justice des justiciables. Le problème, décrié depuis plus de 30 ans par toutes les autorités — les associations, le Barreau, le gouvernement, la magistrature —, connaît ici un net recul que ces groupes n'auront pas l'heur d'apprécier. C'est à se demander si la Cour n'a jamais entendu parler du problème d'accès à la justice vécu par les consommateurs. Nulle part n'en est-il question dans son jugement, comme si cette question — cette vérité, à vrai dire — ne constituait pas l'enjeu principal. Sur ce point, nous sommes au regret de conclure qu'elle s'est discréditée, trop aveuglée par l'analyse littérale, technique et étroite de sens des principes juridiques soumis par les procureurs et le travail de ses recherchistes.

38. *Supra*, note 26, p. 9-11, qui cite, avec les nuances qui s'imposent, les exemples de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de la France, du Royaume-Uni, de la Suède, de l'Allemagne, de la Nouvelle-Zélande, du Japon et du Brésil.

TROISIÈME VÉRITÉ : L'EXCLUSION DU RECOURS COLLECTIF CONSTITUE UNE CLAUSE ABUSIVE

25. Le tribunal a également refusé de considérer la clause d'arbitrage obligatoire comme une clause abusive. C'était pourtant là l'essence de cette clause. Les législateurs européens l'ont compris depuis longtemps en l'inscrivant sur une liste grise, la considérant abusive *prima facie*, sous réserve de la présence de certains critères en garantissant l'efficacité³⁹. Aux États-Unis, où pareille clause n'est pas en soi interdite et où son caractère abusif doit être démontré à la satisfaction du tribunal, son utilisation est vivement critiquée⁴⁰. La clause compromissaire était, selon nous, abusive au sens de l'article 1437 C.c.Q. puisqu'elle « désavantage le consommateur [...] d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ». En privant chaque consommateur d'un moyen d'accès au tribunal adapté à sa situation (le recours collectif), l'entreprise a agi de manière abusive, délibérément et de mauvaise foi, afin de s'assurer de ne pas être poursuivie en cas de préjudice de masse ou de ne l'être qu'à petite échelle.

26. Il est désolant de lire, au paragraphe 104 du jugement, que les juges majoritaires de la Cour ont choisi de ne pas examiner davantage cet argument, l'intimée n'ayant présenté aucun argument à l'appui. Les juges dissidents, plus loquaces sur cet argument, ont saisi l'occasion et répondu à la question. Ils concluent qu'en soi, une clause d'arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation. Ils ajoutent :

La convention d'arbitrage d'un litige de consommation n'est pas foncièrement inéquitable et abusive pour le consommateur. Au

39. UNION EUROPÉENNE, *Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, art. 3 (3), annexe (q). Voir, en France, *Code de la consommation*, art. L.132-1, annexe 1 (q).

40. Mathieu MAISONNEUVE, « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », (2005) *Rev. arb.* 101; S. MCGILL, *loc. cit.*, note 15, 373-376; Jean R. STERNLIGHT, « As Mandatory Binding Arbitration Meets the Class Action, Will the Class Action Survive? », (2000) 42 *Wm. & Mary L. Rev.* 1, en particulier 121-124; Jean R. STERNLIGHT, Elizabeth J. JENSEN, « Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse? », (2004) 67 *Law & Contemp. Probs.* 75, 78-92.

contraire, elle peut très bien lui faciliter l'accès à la justice. Par conséquent, le consommateur qui soulève ce motif de nullité doit prouver que, compte tenu des faits particuliers en cause, la convention d'arbitrage devrait être jugée abusive. La plupart du temps, il aura besoin pour ce faire d'une preuve testimoniale. Le cas échéant, la question devra être débattue devant le tribunal d'arbitrage, en application de l'art. 943.1 C.p.c.

27. Quelle belle démonstration d'un accès simple et rapide à la justice! Le consommateur devra, cas par cas, faire la preuve devant un arbitre que la clause qui l'a mené devant lui est nulle et ce, témoin à l'appui! Non seulement cette décision arbitrale sur la validité de la clause constitue-t-elle un fardeau supplémentaire et quasi insurmontable pour le consommateur qui souhaite exercer une procédure qui a pourtant été spécialement conçue pour lui, le recours collectif, et qui, pour cette raison, devrait recevoir priorité, mais le conflit d'intérêt dans lequel se trouvera l'arbitre soulève un malaise difficilement justifiable. Autant demander au commerçant de défendre les intérêts du consommateur. Il relève du sophisme judiciaire que d'avoir recours au concept de « compétence-compétence » de l'arbitre pour rejeter la seule procédure capable de protéger les consommateurs. On reconnaît ici l'argumentation des procureurs de l'*ADR Institute of Canada* et de la Cour d'arbitrage international de Londres. En l'espèce, l'arbitrage ne facilite pas l'accès du consommateur à la justice, car il lui refuse l'accès au recours collectif. On regrette une fois de plus cette méconnaissance du tribunal de la situation des consommateurs. Par ailleurs, en l'espèce, mis à part l'effet d'exclusion du recours collectif, on a du mal à croire que l'arbitrage individuel puisse apporter un avantage réel à l'entreprise en cause. Les frais de l'arbitre et les honoraires des procureurs de l'entreprise excéderont de loin la différence entre le prix réclamé par le consommateur (89 \$ ou 118 \$, selon le cas) et celui exigé par le commerçant (379 \$ ou 549 \$). Plusieurs entreprises qui, dans le passé, avaient intégré des clauses d'arbitrage semblables, les ont retirées de leurs contrats dans le cas où les recours à l'arbitre s'avéraient trop nombreux. Cet élément consolide notre position selon laquelle le seul motif valable de l'inclusion de cette clause dans le contrat résidait dans son effet à l'égard du recours collectif.

CONCLUSION

28. La Cour suprême a raté l'occasion de donner une direction claire et cohérente au conflit opposant les clauses d'arbitrage obligatoire et le recours collectif. Pourtant, le besoin était grand face au désordre des décisions précédentes au Canada⁴¹. Elle a préféré un alignement sur le droit américain, pourtant ambigu et confus, et la prédominance de la volonté des parties en matière commerciale.

29. Mais trêve de récriminations. Somme toute, le récent jugement de la plus haute instance canadienne risque de connaître peu de portée en droit québécois de la consommation. En premier lieu, en raison du nouvel article 11.1 L.P.C. qui règle la question pour bon nombre de situations contractuelles couvertes par cette Loi particulière. En effet, la plupart des contrats conclus par les consommateurs entrent dans le champ d'application de cette Loi et, il faut le rappeler, cette nouvelle disposition se situe dans la section des mesures générales et a l'avantage de s'appliquer à l'ensemble des situations couvertes par la Loi. Pour les quelques autres, en plus de la possibilité que l'arbitrage ne se développe pas dans certains secteurs, nous gardons espoir que l'effet théoriquement désastreux de ce jugement sera rapidement corrigé par une intervention législative semblable à celle de décembre 2006. Pareille intervention a déjà eu lieu, en partie. Il est désormais urgent que le législateur modifie l'article 2639 C.c.Q. pour écarter l'arbitrage obligatoire dans les contrats de consommation au sens du Code civil. Il ne peut en être autrement. Sinon, les consommateurs québécois devront vivre avec deux règles qui s'appliquent à deux lois et à des types de contrats différents, ce qui ne participe certainement pas à la cohérence du droit, ni à sa bonne compréhension par les principaux intéressés. Ces derniers ont déjà assez de deux définitions du contrat de consommation, ils n'ont pas besoin de deux règles distinctes en matière d'arbitrage, superposées à la façon des figures de Picasso.

30. Le législateur n'a, pour ainsi dire, pas le choix. Il doit achever le travail amorcé en décembre 2006 et corriger son

41. S. MCGILL, *loc. cit.*, note 15, 361.

omission d'inclure la même interdiction des clauses compromissoires pour les contrats de consommation du Code civil. Le choix de l'arbitrage doit être offert au consommateur une fois le différend survenu, et non imposé. La « perspective » d'un embrouillamini législatif sur toile de fond d'une confusion judiciaire suscitée par l'arrêt *Dell*, où il devient difficile de distinguer le réel du faux, n'avantage personne. Le cubisme juridique a assez duré.

Pierre-Claude Lafond
Faculté de science politique et de droit
Université du Québec à Montréal
C. P. 8888, succ. Centre-ville
Montréal (Québec) H3C 3P8
Tél. : 514 987-3000, poste 8313
lafond.pierre-claude@uqam.ca