

L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil

Brigitte Lefebvre

Volume 37, numéro 2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027089ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027089ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Lefebvre, B. (2007). L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil. *Revue générale de droit*, 37(2), 393–406. <https://doi.org/10.7202/1027089ar>

L'affaire *Dell* : réflexions sous l'angle du droit civil

BRIGITTE LEFEBVRE

Professeure à la Faculté de droit, Université de Montréal
Titulaire de la Chaire du notariat

SOMMAIRE

A. Le caractère externe de la clause d'arbitrage.....	395
B. Le caractère abusif de la clause d'arbitrage	399
1. Lecture de la Cour suprême	400
2. Revue des critères de l'article 1437 C.c.Q.	401

1. La Cour suprême du Canada a rendu un jugement, l'affaire *Dell*¹, qui alimente depuis plusieurs conversations. Cette affaire porte principalement sur la validité d'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation électronique qui a comme conséquence de bloquer l'exercice d'un recours collectif.

2. Rappelons les faits brièvement. Dell vend de l'équipement informatique. Ces ventes peuvent s'effectuer par commande électronique sur son site Internet. Les modalités de la vente prévoient une clause compromissoire pour régler tous les différends pouvant résulter d'un achat. Pendant une courte période, le site Internet de Dell indique des prix erronés. Deux modèles d'ordinateurs sont annoncés aux prix de 89 \$ et 118 \$ au lieu de 379 \$ et 549 \$ respectivement. Dell prend conscience de ces erreurs et bloque l'accès aux pages de

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

commandes usuelles. Toutefois, en empruntant un « lien profond », certains consommateurs internautes avertis et informés de la bonne affaire parviennent à passer des commandes pendant quelques jours². Le lendemain, ils reçoivent un courriel de Dell les informant de l'erreur de prix et du fait que leur commande ne sera pas honorée. Un consommateur (Dumoulin) met Dell en demeure de respecter la commande et de se conformer à la *Loi sur la protection du consommateur* qui énonce à son article 224 qu'aucun commerçant ne peut exiger pour un bien un prix supérieur à celui annoncé.

3. L'Union des consommateurs tente de faire valoir les droits des consommateurs lésés par le biais d'un recours collectif reposant sur le cas type de Dumoulin. Dell soutient que la demande devant la Cour supérieure doit être rejetée et référée à l'arbitrage, car le contrat contient une clause compromissoire qui retire toute juridiction aux tribunaux judiciaires. En vertu du contrat, l'arbitrage est organisé par le National Arbitration Forum (NAF), un organisme d'arbitrage américain.

4. La Cour supérieure³ considère que la clause d'arbitrage retire leur compétence aux « autorités québécoises », ce qui contrevient à l'article 3149 C.c.Q. Après examen du dossier, elle autorise l'exercice d'un recours collectif. Les questions de « clause externe » ou de « clause abusive » ne sont pas discutées en première instance.

5. La Cour d'appel⁴ est d'avis qu'en l'espèce, l'arbitrage soumis aux règles du Code NAF ne contrevient pas à l'article 3149 C.c.Q. L'arbitrage peut se tenir au Québec et le droit québécois s'appliquera. L'intimé n'a donc pas renoncé aux « autorités québécoises ». Toutefois, la Cour d'appel considère que la clause compromissoire est une clause externe au sens de l'article 1435 C.c.Q. et que n'ayant pas été portée à la

2. Le jugement de première instance fait état que 350 commandes ont été passées en provenance du Québec, alors que le volume d'affaire de Dell au Québec est normalement de trois ou quatre appareils durant une telle période.

3. *Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.*, J.E. 2004-457 (C.S.).

4. *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1448 (C.A.).

connaissance du consommateur, l'arbitrage ne lui est pas opposable. Vu cette conclusion, le caractère abusif de la clause n'est pas examiné.

6. Pour sa part, la Cour suprême, dans un jugement majoritaire, conclut à la validité de la clause compromissoire et renvoie l'affaire à l'arbitrage. Compte tenu des conclusions de la Cour suprême en ce qui a trait à la compétence du tribunal d'arbitrage, l'examen des autres questions soulevées par ce pourvoi est secondaire. Toutefois, par souci d'efficacité, la Cour décide de se prononcer sur ces questions, afin de ne pas multiplier les procédures ultérieurement. Deux d'entre elles nous préoccupent, soit l'examen du caractère externe (A) et du caractère abusif (B) de la clause d'arbitrage dans un contrat de cyberconsommation.

A. LE CARACTÈRE EXTERNE DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE

7. Alors que cette question n'a pas été soulevée en Cour supérieure, la Cour d'appel⁵ a considéré que la clause compromissoire et les règles régissant l'arbitrage (Code de NAF) sont toutes deux des clauses externes au contrat. En conséquence, ces clauses sont nulles, car il n'a pas été démontré qu'elles ont été portées à la connaissance du consommateur conformément aux exigences du second alinéa de l'article 1435 C.c.Q. La Cour souligne que l'usage fréquent d'une clause n'équivaut pas à une présomption de connaissance⁶.

8. La Cour suprême décide donc de se prononcer en *obiter* sur la qualification de la clause d'arbitrage du contrat liant Dell et Dumoulin. Pour arriver à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une clause externe, c'est-à-dire un document physiquement séparé et distinct, la Cour suprême utilise le critère de l'accessibilité de la clause. Elle constate qu'un simple clic sur un lien hypertexte figurant sur la page Web initiale est

5. *Id.*, par. 33-34, 36-37 et 42.

6. Comme l'explique la doctrine, « on n'a pas retenu [...] la possibilité de maintenir la validité de cette clause, [...] en prouvant seulement que cette clause externe était d'usage courant : c'eût été rendre la disposition inefficace, tant il est aisé, pour des personnes habituées aux affaires, de créer des usages que ne connaissent pas forcément ceux qui ne sont pas rompus aux mêmes affaires ». Jean PINEAU, Danielle BURMAN, Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 237, p. 421.

suffisant pour accéder aux conditions de vente qui contiennent la clause d'arbitrage. La Cour considère ce geste, le clic, comme pouvant, dans certains cas, être assimilé à celui de tourner une page⁷ dans un contrat sur support papier ou de lire des conditions figurant à l'endos d'un document⁸.

9. À première vue, nous sommes d'accord avec la lecture de la Cour et l'adaptation conceptuelle qu'elle fait du caractère externe ou non d'une clause eu égard à un document sur support électronique⁹. D'un point de vue informatique, une page Web est un document distinct, mais nous sommes dans une situation qui peut être assimilée aux documents juridiquement annexés à un contrat. Or, dans un tel cas, ces documents annexés ne constituent pas des clauses externes¹⁰. Ce sont les règles générales qui régissent le contrat qui trouvent application et non l'article 1435 C.c.Q. Le consommateur est en mesure de donner un consentement éclairé, car il a la possibilité d'avoir connaissance de tout le contenu obligationnel du contrat. Il devrait en être de même du contenu de la page Web jointe par un lien hypertexte, car il est disponible au moment de la formation du contrat. Ainsi, le contractant qui ne le lit pas ne peut se plaindre que de son manque de rigueur. Cette façon d'envisager les choses est sans doute adéquate s'il n'y a qu'un seul lien sur la page Web, mais peut-elle s'appliquer dans tous les cas? En effet, dans un contexte de contrat sur document papier, il est certain que le document annexé est disponible. La réponse ne devrait-elle pas être nuancée si un clic est susceptible d'amener le contractant à contourner par inadvertance l'hyperlien menant aux conditions de vente?

7. *Dell*, par. 236 (j. LeBel et Bastarache dissidents). Cet argument ne saurait être valable dans tous les cas. En effet, la Cour souligne « qu'une page Web peut comporter plusieurs hyperliens et que ceux-ci peuvent cacher le lien qui mène à des renseignements importants sur le droit du consommateur ».

8. *Dell*, par. 100 (j. Deschamps parlant au nom de la majorité).

9. Dans ce sens voir : Jean-Louis BAUDOIN, Pierre-Gabriel JOBIN, Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n° 205, p. 267. Sans prendre position, ces auteurs soulèvent un doute quant à la qualification de clause externe des liens hypertextes.

10. *Id.*, n° 205, p. 267; Didier LLUELLES, « Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 *R. du N.* 11, 12, note 1.

10. Par ailleurs, il importe de souligner que pour conclure à l'inexistence d'une clause externe, la Cour utilise le critère de l'accessibilité de la clause. La Cour se demande si les conditions de vente étaient facilement accessibles pour le consommateur. Or, le critère d'accessibilité retenu par la doctrine¹¹ est envisagé par cette dernière, non pas pour conclure au caractère interne d'une clause, mais plutôt pour valider et donner force de loi à une clause externe au contrat. Le critère de l'accessibilité nous amène dans la sphère de l'article 1435 C.c.Q., soit celle des clauses externes. Il nous apparaît que sur ce point, le chemin emprunté par la juge Deschamps pouvait plutôt amener la Cour à conclure à la validité d'une clause externe dans un contrat de gré à gré. Ce constat n'est pas suffisant en l'espèce pour valider la clause, car il s'agit d'un contrat de consommation qui requiert, en vertu du second alinéa de l'article 1435 C.c.Q., la preuve de la connaissance de cette clause externe par le consommateur. On aurait alors dû s'interroger sur la question de savoir si l'accessibilité de la clause permettait en l'espèce de conclure à la preuve de la connaissance¹².

11. La Cour considère également que les règlements d'arbitrage de la NAF se trouvant sur un autre site Internet ne peuvent être qualifiés de clause externe. Or, il appert que le lien hypertexte renvoie au site de la NAF et non pas précisément au règlement d'arbitrage applicable en l'espèce. La rubrique *rules and forms* de ce site contient plusieurs règlements d'arbitrage différents. Au surplus, notons que ce site est en langue anglaise. Si, selon la preuve, la langue anglaise ne constitue pas un obstacle pour Dumoulin, il importe de souligner que la *Charte de la langue française* exige que les contrats d'adhésion et les documents qui s'y rattachent soient rédigés en français, à moins d'une volonté expresse des parties à l'effet contraire¹³.

11. Didier LLUELLES, Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 1459, p. 753; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, N. VÉZINA, *op. cit.*, note 9, n° 205, p. 268.

12. Un spécialiste en la matière en doute énormément. Voir à ce sujet : Vincent GAUTRAIS, « Dell Computer c. Union des consommateurs — Histoire d'un "Oops" ! », (2005) *C.P.I.* 688, 701-702.

13. *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 55.

12. Ainsi, eu égard au Code NAF, la conclusion de la Cour laisse perplexe¹⁴. La Cour se garde bien de se prononcer sur le nombre de clics ou de liens hypertextes qui ferait qu'une clause soit considérée comme externe. Le consommateur doit-il pour autant se transformer en Sherlock Holmes? Si l'on accepte la qualification de la Cour, c'est-à-dire que le Code NAF n'est pas une clause externe, n'aurait-on pas pu alors le considérer comme illisible, car il faut retracer le règlement d'arbitrage applicable parmi plusieurs? Lorsqu'un consommateur doit se balader sur un site pour trouver le règlement applicable, ne peut-on pas considérer qu'il constitue une clause illisible au sens de l'article 1436 C.c.Q., car elle est dissimulée¹⁵? Dans un tel cas, pour que la clause puisse être annulée, le consommateur devra prouver un préjudice. Toutefois, comme le souligne la juge Deschamps, la qualification de cette clause importe peu dans cette affaire, car même si le Code NAF avait été qualifié de clause externe et en conséquence inapplicable, seules les règles de procédure régissant l'arbitrage auraient été modifiées. Le *Code de procédure civile du Québec* s'y serait substitué. Or, dans la présente affaire, l'enjeu est précisément la validité de la clause compromissaire et non sa procédure.

13. Les juges dissidents, après avoir énoncé que la première question consiste à déterminer si un hyperlien constitue un document externe, n'y répondent pas expressément, ce qui laisse planer une ambiguïté sur le caractère externe ou non de la clause¹⁶. Implicitement, ils semblent retenir la qualification de clause externe, car ils discutent par la suite de la connaissance de la clause par le consommateur. Ils sont d'avis que la clause d'arbitrage a été portée à la connaissance du consommateur. Ils ne se prononcent pas sur le caractère du Code NAF.

14. Les juges dissidents ne se prononcent pas sur la qualification du Code NAF.

15. Selon Lluelles et Moore, « l'emplacement de la clause peut être une raison suffisante pour conclure à l'illisibilité du texte ». De plus, ils sont d'avis que le caractère illisible d'une clause ne s'apprécie pas uniquement eu égard à son aspect matériel (ex. : grosseur des caractères). D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1690, p. 897.

16. Dell, par. 234-240.

14. Force est de constater que tant les juges de la majorité que ceux qui sont dissidents utilisent les critères de validité de la clause externe à l'article 1435 C.c.Q. pour conclure à la validité de la clause d'arbitrage, qu'ils ne considèrent pas comme étant une clause externe¹⁷, mais plutôt comme une clause faisant partie intégrante du contrat. Des règles spécifiques devraient-elles être prévues pour les contrats électroniques?

B. LE CARACTÈRE ABUSIF DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE

15. En décembre 2006, la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸ a été modifiée pour prohiber la clause qui empêche un consommateur d'intenter un recours collectif. L'article 11.1 énonce désormais ce qui suit :

Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.

Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage.

16. Cette modification à la Loi n'ayant pas de portée rétroactive, la Cour arrive à la conclusion qu'elle ne s'applique pas en l'espèce. Toutefois, malgré l'introduction de l'article 11.1 L.P.C., il s'avère encore opportun de se pencher sur le caractère abusif d'une clause compromissaire. En effet, la portée de la modification à la L.P.C. est limitée aux contrats assujettis à cette Loi. Pour les autres contrats répondant aux critères de contrat de consommation¹⁹ ou de contrat d'adhésion du Code civil²⁰, la question demeure

17. Cette position est très claire en ce qui a trait à la majorité. La position des juges dissidents est plus ambiguë.

18. L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après L.P.C.).

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

20. Art. 1379 et 1384 C.c.Q.

entière. Par ailleurs, il y a lieu de se demander si la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant Dell à Dumoulin aurait pu être déclarée nulle parce qu'abusive.

1. LECTURE DE LA COUR SUPRÊME

17. La Cour s'attarde peu sur l'examen du caractère abusif de la clause d'arbitrage. Avec raison, la juge Deschamps conclut que l'Union des consommateurs n'a pas démontré le caractère abusif de la clause. Il est en effet curieux de constater que l'intimée, même si elle annonce dans son *factum* qu'elle entend démontrer le caractère abusif de la clause, ne présente aucune argumentation.

18. Pour leur part, les juges dissidents abondent dans le même sens en faisant remarquer que l'intimée doit prouver le caractère abusif de la convention d'arbitrage. Malgré l'absence d'argumentation, ces derniers sont d'avis que « [la convention] d'arbitrage ne saurait être abusive uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation ou d'adhésion »²¹. Reprenant les arguments de l'intervenante London Court of International Arbitration, ils soulignent que la clause d'arbitrage n'est pas foncièrement inéquitable et qu'elle peut faciliter, dans certains cas, l'accès à la justice pour le consommateur. En effet, parfois, l'arbitrage peut être moins coûteux qu'un procès devant les tribunaux judiciaires. Toutefois, la possibilité d'un recours devant la Cour des petites créances et l'existence du Fonds d'aide aux recours collectif repoussent cet argument. Il est dommage que le regard de la Cour ne se soit pas arrêté sur le mémoire de la CIPPIC²² qui fait état d'une tendance qui se dessine à l'échelle mondiale de considérer ce type de clause comme étant abusive.

19. Quant à l'appelante (Dell), elle oppose légalité et clause abusive. Une clause peut ne pas être interdite et être néanmoins abusive. Soutenir le contraire équivaut à priver d'effet

l'article 1437 C.c.Q., car si une clause est expressément

21. *Dell*, par. 229.

22. Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic et Public Interest Advocacy Center.

prohibée, l'article 1437 C.c.Q. n'est d'aucune utilité et n'a pas à être invoqué.

2. REVUE DES CRITÈRES DE L'ARTICLE 1437 C.C.Q.

20. Selon l'article 1437 C.c.Q. une clause est abusive si elle désavantage le consommateur d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. La doctrine et la jurisprudence, en très grande majorité, considèrent que le critère d'évaluation réside dans le caractère « excessif et déraisonnable » de la clause²³.

21. La bonne foi, quant à elle, s'avère être le fondement de la règle et ne constitue pas un critère d'analyse supplémentaire²⁴. Le professeur Jobin est d'avis que la bonne foi est un facteur pour apprécier la gravité de la clause. Selon ce dernier, « une stipulation sera annulée ou révisée quand le désavantage qu'elle crée est si gros qu'il heurte le sens élémentaire de justice [...] »²⁵. Priver les consommateurs d'un mode efficace d'accès à la justice n'est-il pas de cette nature? Pour sa part, le professeur Moore explique que « la bonne foi ne constitue pas un second critère à rencontrer pour qualifier une clause abusive, mais est plutôt une justification à la nullité de celle-ci ainsi qu'une réaffirmation du principe, omniprésent, de l'article 1375 »²⁶. Il nous apparaît que le fondement de la règle, c'est-à-dire la bonne foi, est déterminant en l'espèce. Ce facteur jouera un rôle de premier plan dans l'évaluation du caractère excessif et déraisonnable de la clause.

23. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, N. VÉZINA, *op. cit.*, note 9, n° 114, p. 158.; D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1855, p. 987; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 241.

24. D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1855, p. 987; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 23, p. 242.

25. Pierre-Gabriel JOBIN, « Les clauses abusives », (1996) 75 *R. du B. can.* 503, 514.

26. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 176, 224, cité dans : P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 514.

22. Comme le soulignent les auteurs Lluelles et Moore « l'article 1437 n'exclut pas toute considération du comportement du stipulant; [...] le comportement pertinent se situe dans l'élaboration du contenu de la clause [...] »²⁷. En effet, le contrôle des clauses abusives est un moyen pour assurer que la bonne foi joue pleinement son rôle en matière contractuelle lors de la formation du contrat même si le caractère excessif se manifeste lors de son exécution²⁸. Au stade de la formation du contrat, abuser de sa position dominante et de la liberté contractuelle pour servir, à outrance, ses propres intérêts est contraire à la bonne foi. Il nous apparaît manifeste que la clause compromissaire vise spécifiquement à contrer les recours collectifs. Par cette clause, Dell a notamment espoir de limiter les réclamations, car il y a de fortes chances que certains consommateurs ne fassent pas valoir leurs droits. De plus, Dell évite la publicité négative qui résulterait d'un tel procès.

23. La clause 13 a) des conditions de vente du contrat liant Dell et Dumoulin énonce que « les parties reconnaissent et conviennent également qu'il est préférable de régler tous les conflits entre eux de façon *confidentielle et individuelle* [...] et conviennent qu'un règlement de conflits hors cour [*sic*] est bien plus souhaitable qu'une poursuite devant les tribunaux ». Le but de cette clause n'est donc pas seulement de soumettre le règlement des conflits à l'arbitrage, mais également de contrer toute possibilité de recourir au mécanisme du recours collectif, évitant ainsi la répercussion d'un jugement défavorable qui a force de chose jugée à l'égard de plusieurs consommateurs. Par l'insertion de cette clause, le comportement de Dell ne va-t-il pas à l'encontre des exigences de la bonne foi lors de la conclusion du contrat? Il importe de rappeler que la bonne foi à laquelle réfère l'article 1437 C.c.Q. est un standard de comportement et ne nécessite pas la preuve d'une intention malveillante²⁹. Les professeurs

27. D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1849, p. 983.

28. Benoît MOORE, « Les clauses abusives : dix ans après », (2003) 63 *R. du B.* 59, 71.

29. Sur la notion de bonne foi, voir : B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 23, p. 82-84.

Lluelles et Moore sont d'avis que la notion de clause abusive est pertinente « lorsque c'est le pouvoir que s'est arrogé le stipulant qui est, en lui-même, abusif »³⁰. Ne peut-on pas y voir un abus de contracter lorsqu'un contractant impose un contenu obligationnel visant uniquement à protéger ses propres intérêts et ce, à outrance³¹? En effet, le consommateur n'a rien à gagner à renoncer à l'avance à un mode d'accès à la justice. Seul Dell y gagne.

24. Le critère d'évaluation du caractère abusif d'une clause réside donc du fait que la clause est excessive et déraisonnable. La notion de caractère « excessif et déraisonnable » a été peu examinée par les tribunaux. Ces derniers se contentent la plupart du temps de faire un constat général qu'une clause est abusive. Dans un arrêt important en la matière, la Cour d'appel³², sous la plume du juge Baudouin, considère que le caractère « excessif » d'une clause peut se déterminer soit de façon objective, soit de façon subjective, selon les circonstances. D'entrée de jeu, les professeurs Lluelles et Moore favorisent une analyse objective, mais n'excluent pas la nécessité d'examiner le caractère excessif d'une clause selon une optique subjective³³.

25. Quant au caractère déraisonnable de la clause, il s'apprécie en fonction des prestations au contrat et s'évalue de façon objective³⁴. Dans notre cas, il est difficile de démontrer que « le caractère déraisonnable [...] [découle de la] disproportion entre les prestations respectives des parties et des avantages qu'elles retirent du contrat »³⁵, car la clause d'arbitrage n'est pas reliée aux prestations du contrat, mais bien un moyen de faire valoir ses droits.

26. En effet, il n'est pas aisé d'appliquer ces critères, conçus pour s'évaluer de façon individuelle, puis d'en extrapoler

30. D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1852, p. 985.

31. B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 23, p. 235 et 242.

32. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 2218, par. 55 (C.A.).

33. D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1838, p. 977.

34. *Procureur général du Québec c. Kabakian-Kechichian*, précité, note 32, par. 57.

35. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, N. VÉZINA, *op. cit.*, note 9, n° 115, p. 160.

l'application eu égard à un moyen collectif. Car ici, ce qui peut être considéré comme excessif et déraisonnable est l'atteinte à l'exercice de plusieurs droits individuels par l'intermédiaire d'un recours collectif.

27. Un auteur³⁶ souligne que le caractère abusif de la clause peut s'apprécier compte tenu de l'effet qu'elle a sur d'autres contrats liés. Ne peut-on pas étendre cette perspective afin d'analyser l'effet de la clause sur l'exercice collectif de droits individuels? Les divers contrats de commande qu'ont passés les différents consommateurs avec Dell ne sont pas des contrats liés entre eux, mais ne le deviennent-ils pas dans l'exercice de leurs droits par ces consommateurs?

28. Ainsi, dans certains cas, Moore et Lluelles prônent une approche pragmatique de l'évaluation de la clause abusive pour ne « pas écarter une appréciation contextuelle, *in concreto*, lorsque nécessaire »³⁷. Pour leur part, les professeurs Jobin et Vézina³⁸ sont d'avis que le tribunal doit centrer son analyse sur le caractère répréhensible de la clause.

29. Dans le présent cas, la clause compromissaire impose au consommateur de recourir au tribunal arbitral, privant ainsi tout consommateur de la possibilité d'intenter un recours collectif. Or, le professeur Lafond a démontré dans sa thèse que le recours collectif est une voie d'accès à la justice privilégiée pour les consommateurs³⁹. En effet, 40 % des recours collectifs émanent du droit de la consommation⁴⁰. Cette clause d'arbitrage a, dans les faits, empêché l'exercice d'un recours collectif. Elle offre par ailleurs un avantage excessif au commerçant en le mettant à l'abri d'une demande collective. Il y a fort à parier que tous les consommateurs lésés n'initieront pas le processus d'arbitrage.

36. P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 25, 514.

37. D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1846, p. 982.

38. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, N. VÉZINA, *op. cit.*, note 9, n° 114, p. 159.

39. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

40. Marc LACOURSIÈRE, « Le consommateur et le procès », Association Henri Capitant, Journées colombiennes, 2007 (rapport québécois, p. 12). Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante : [En ligne] www.henricapitant.org.

30. Certains pourraient prétendre que la clause d'arbitrage n'a rien d'abusive en soi, car il n'est pas certain qu'elle bloquera une initiative de recours collectif. En effet, Dumoulin aurait pu être le seul à passer une commande d'ordinateur et n'avoir aucun motif pour intenter un recours collectif. Ce raisonnement fait fi de la portée du caractère abusif d'une clause qui, dans certains cas, peut s'analyser au moment de l'exécution du contrat. Les professeurs Lluelles et Moore soulignent que « si la clause n'est pas abusive lors de la formation du contrat, c'est parce qu'elle n'est pas encore confrontée à la réalité — au vécu — d'un contractant bien concret, qu'elle ne trouve pas encore application. Mais la source de son caractère excessif s'y trouve déjà — en puissance —, dans l'attente des circonstances de sa cristallisation »⁴¹. De plus, même si Dumoulin avait été le seul à passer une commande, n'est-il pas excessif qu'aux termes du Code NAF, le consommateur doive adresser sa demande en réclamation aux États-Unis pour initier l'arbitrage? Il y a de fortes chances que cette exigence en rebute plus d'un.

31. Ainsi, analysée sous l'angle de l'accès à la justice, une telle clause nous apparaît abusive et ce constat devrait s'appliquer aux autres contrats de consommation non assujettis à la *Loi sur la protection du consommateur*. L'arbitrage, dans certains cas, pourrait être une solution efficace pour le consommateur notamment lorsqu'un tribunal arbitral spécialisé est mis sur pied⁴². Ce qui importe, c'est que le consommateur conserve le choix d'utiliser une voie d'accès à la justice plutôt qu'une autre et qu'une clause au contrat n'ait pas pour effet de lui faire renoncer à ce choix à l'avance. Le consommateur doit pouvoir se soumettre à l'arbitrage de son plein gré au moment de l'exécution du contrat. C'est la voie qu'a choisie le législateur québécois en modifiant la *Loi sur*

41. D. LLUELLES, B. MOORE, *op. cit.*, note 11, n° 1852, p. 985.

42. Pensons au PAVAC (Programme d'arbitrage pour les véhicules automobiles du Canada). Voir à cet effet : M. LACOURSIERE, *loc. cit.*, note 40, p. 18.

*la protection du consommateur*⁴³, c'est l'angle sous lequel le caractère excessif et déraisonnable d'une clause d'arbitrage devrait être apprécié.

Brigitte Lefebvre, professeure
Faculté de droit
Université de Montréal
C. P. 6128, succ. Centre-ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Tél. : 514 343-7677
Téléc. : 514 343-2199
brigitte.lefebvre@umontreal.ca

43. D'autres juridictions ont fait le même choix : *Loi sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, Annexe A, art. 7(2). En droit belge, est abusive la clause qui « oblige le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales qui prévoient un arbitrage spécifique en matière de droit de la consommation. [...] La clause compromissaire n'est dès lors autorisée que si elle offre au consommateur le choix de saisir le tribunal arbitral ou les cours et tribunaux judiciaires ». Cette règle découle de l'intégration en droit belge de la directive européenne 93/13/CEE du 5 avril 1993. Hakim BOULARBAH, « Le consommateur et le procès », Association Henri Capitant, Journées colombiennes, 2007 (rapport belge, p. 17). En Espagne, l'arbitrage entre un entrepreneur et un consommateur ne peut avoir lieu que si le compromis d'arbitrage n'est pas compris dans les conditions générales du contrat. Manuel Jesus Martin LOPES, « Le consommateur et le procès », Association Henri Capitant, Journées colombiennes, 2007 (rapport espagnol, p. 20). Ces rapports peuvent être consultés à l'adresse suivante : [En ligne] www.henricapitant.org.