

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**CONTRAT DE CYBERCONSOMMATION ET ARBITRAGE :
LES LEÇONS DE L'ARRÊT *DELL***

par

Miriam G. Cohen

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit

en vue de l'obtention du grade de

Maîtrise en droit (LL.M.) option droit des affaires

Octobre 2009

© Miriam Cohen, 2009

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

Faculté de Droit

Ce mémoire intitulé :

**CONTRAT DE CYBERCONSOMMATION ET ARBITRAGE :
LES LEÇONS DE L'ARRÊT *DELL***

présenté par

Miriam G. Cohen

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Professeur Nabil Antaki
Président-rapporteur

Professeur Vincent Gautrais
directeur de recherche

Professeur Pierre-Claude Lafond
membre du jury

CONTRAT DE CYBERCONSOMMATION ET ARBITRAGE :
LES LEÇONS DE L'ARRÊT *DELL*

Miriam COHEN*

« *La multiplication des échanges commerciaux alimente sans contredit le développement des normes régissant les relations internationales* »¹.

Résumé

En juillet 2007, la Cour suprême du Canada s'est prononcée pour la première fois sur un litige lié au commerce électronique et dont les faits sont nés au Québec. L'affaire est d'une grande banalité : un contrat de consommation conclu par la voie de l'internet donna lieu à un litige car le prix proposé par le commerçant était erroné. Dans ce jugement historique, la Cour suprême a renversé les décisions des cours inférieures et est allée dans la direction contraire d'une modification législative adoptée le lendemain des auditions à la Cour, qui ne s'appliquait pas au cas en l'espèce. Ce jugement a causé des débats non seulement sur ce que la Cour a dit, mais aussi quant à l'opportunité qui lui était offerte de clarifier plusieurs questions d'importance. Ce mémoire utilise l'affaire *Dell* comme fil conducteur de l'étude du contrat de cyberconsommation et traite aussi de certaines questions incidentes sur ce droit en constant changement. En premier lieu, nous étudions le contrat de cyberconsommation et ensuite nous examinons le fond de l'affaire, une question qui n'a d'ailleurs pas encore reçu une analyse judiciaire. Dans la dernière partie, nous faisons une analyse critique des questions juridiques traitées par la Cour suprême. Nous

¹ *Dell Computer Corp. c. Union des Consommateurs*, 2007 CSC 34 (CanLII), ci-après «*Dell*» ou « la décision de la Cour suprême », au para. 1.

*LL.B. (Montréal). J'aimerais remercier mon directeur de recherche, le professeur Vincent Gautrais, pour l'excellente supervision et l'interaction avec mon mémoire. J'aimerais aussi remercier le Conseil de Recherche en Sciences Humaines du Canada (CRSHC) pour son soutien financier et la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour les bourses Alan B. Gold et Aubrey-Vincent Senez, sans lesquelles ce mémoire n'aurait pas été possible.

concluons en remarquant que la Cour a perdu une occasion unique de clarifier certaines incongruités du droit de la cyberconsommation.

Mots-clés :

Arbitrage – recours collectif – affaire Dell – commerce électronique – cyberconsommation – clause externe – arbitrabilité – erreur sur le prix – protection du consommateur – ordre public - Internet

CONTRAT DE CYBERCONSOMMATION ET ARBITRAGE :
LES LEÇONS DE L'ARRÊT *DELL*

Miriam COHEN

Abstract

In July 2007, the Supreme Court of Canada ruled for the first time in an electronic commerce dispute in Quebec. The case is very ordinary: a consumer contract concluded by means of the Internet gave rise to a dispute because of a pricing error. In this landmark decision, the Supreme Court overturned the decisions of lower courts and went in the opposite direction of a legislative amendment adopted in the wake of the Court hearings, which did not apply in this case. This ruling has caused debate not only on what the Court said, but also the opportunities it had to clarify several important issues. This thesis uses the Dell case as a backdrop for the study of cyberconsumer contract and also covers certain incidental questions on this constantly changing law. First, we study the law applicable to consumer contracts. Secondly, we look to the merits of the case, a question which has indeed not yet received legal analysis. In the third part, we address a critical analysis of legal issues dealt with by the Supreme Court. We conclude by noting that the Court has lost a unique opportunity to clarify some inconsistencies in the law of cybercommerce.

Keywords:

Arbitration- electronic commerce – Dell – class action – pricing error - cybercontract – consumer – external clauses – class arbitration – cyberspace - Internet

TABLE DES MATIÈRES

<u>INTRODUCTION</u>	7
<u>PARTIE I. LE CONTRAT DE CYBERCONSOMMATION AU QUÉBEC ET L’AFFAIRE DELL : ÉTAT DU DROIT AVANT LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME</u>	13
CHAPITRE 1. LES PARTICULARITES DU CONTRAT DE CONSOMMATION ELECTRONIQUE	16
CHAPITRE 2. LE DROIT APPLICABLE AU CONTRAT DE CONSOMMATION ELECTRONIQUE	24
SECTION 1. <i>La formation du contrat</i>	24
SECTION 2. <i>Les clauses abusives</i>	28
SECTION 3. <i>Les clauses illisibles et incompréhensibles</i>	31
SECTION 4. <i>La clause externe dans un contrat électronique</i>	34
<u>PARTIE II. LE FOND DE L’AFFAIRE DELL : L’ERREUR SUR LE PRIX DANS UN CONTRAT DE CONSOMMATION ÉLECTRONIQUE</u>	40
CHAPITRE 1. L’ERREUR EN DROIT QUÉBÉCOIS	40
SECTION 1. <i>L’erreur inexcusable</i>	41
SECTION 2. <i>L’erreur sur le prix</i>	43
A) La disposition concernant l’affichage du prix	45
B) L’erreur sur le prix dans les contrats électroniques	48
C) L’annulation du contrat sur la base d’erreur sur le prix	50
CHAPITRE 2. DÉCISIONS ÉTRANGÈRES CONCERNANT L’ERREUR SUR LE PRIX	57
CHAPITRE 3. L’ERREUR DANS LE CAS DE L’AFFAIRE DELL	60
<u>PARTIE III. L’ANALYSE DE L’ARRÊT DELL SOUS L’ANGLE DES QUESTIONS TRAITÉES EN MATIÈRE DE CYBERCONSOMMATION : LES LEÇONS DE L’ARRÊT DELL</u>	64
CHAPITRE 1. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	65
CHAPITRE 2. ORDRE PUBLIC ET ARBITRABILITE	73
CHAPITRE 3. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET LE RECOURS COLLECTIF EN DROIT DE LA CONSOMMATION ELECTRONIQUE AU QUÉBEC	81
CHAPITRE 4. LA COMPETENCE DE L’ARBITRE EN MATIERE DE LITIGE DE CYBERCONSOMMATION	95
<u>CONCLUSION</u>	102
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	106

Introduction

Le droit de la consommation est un domaine relativement nouveau en droit québécois² ainsi que dans d'autres systèmes de droit occidentaux³. Cette ramification du droit civil est née de la généralisation des échanges entre marchands consommateurs, et ce, bien entendu, avant le développement de l'internet et de « l'époque digitale »⁴. Ce même droit est donc le témoin d'une révolution dans la manière de contracter, du contrat papier au contrat électronique⁵ occasionnant des différences entre ces deux formes qui peuvent avoir un grand impact sur la pratique et le droit.

² Voir par exemple Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, à la page 4, où l'auteure affirme qu'on « peut considérer le discours du président John F. Kennedy, 1962 comme la première reconnaissance officielle des intérêts particuliers des consommateurs ». Aussi, elle indique que « le mouvement pour la protection des intérêts du consommateur est un phénomène relié au développement de la société de consommation », à la page 3.

³ Voir par exemple, en France où, malgré le fait que dès la seconde moitié du XXe siècle fut apparues des lois ayant le but de protéger les consommateurs, les textes législatifs de protection du consommateur ont été le 26 juillet 1993, voir Jean CALAIS-AULOY, « L'expérience de la réforme du droit de la consommation en France » dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 217. Voir aussi, par exemple, en droit brésilien, le premier *Code de Protection et défense du consommateur* est entré en vigueur en mars 1991; voir à cet effet, Claudia L. MARQUES, « L'expérience de codification et réforme du droit de la consommation au Brésil », dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, à la page 187.

⁴ Voir en général sur l'Internet et le milieu technologique, Jonathan ZITTRAIN, *The Future of the Internet and How we Stop it*, New Haven, Yale University Press, 2008.

⁵ Malgré le fait que le terme « contrat électronique » peut englober plus que les contrats formés en ligne, par le réseau Internet, dans cet article nous n'examinerons pas les autres types de contrats que ceux derniers.

Un contrat de consommation dans la forme électronique – le contrat de cyberconsommation – possède, selon nous, certaines caractéristiques propres, lesquelles n’ont pas une importance majeure dans le contrat sous format papier. Par exemple, la signature électronique, le « clic » comme forme de consentement et la preuve en matière de contrat électronique sont certaines des particularités existantes dans le monde des contrats virtuels⁶.

Ces importantes particularités des contrats de consommation électroniques ont donné naissance à un litige d’envergure qui a fait l’objet d’une analyse par la Cour suprême du Canada en 2007, l’affaire *Dell Computer Corp. c. Union des Consommateurs*⁷ (ci-après l’affaire *Dell*), la première affaire en matière de commerce électronique qui est allée jusqu’au plus haut tribunal du pays.

Ce litige est survenu dans le cadre d’une transaction entre certains consommateurs au Québec et le cybermarchand *Dell*, à la suite d’une erreur dans l’affichage du prix des ordinateurs. Cette petite « coquille » a ouvert la porte à une analyse de plusieurs questions juridiques très pertinentes pour le droit de la cyberconsommation. Ce contexte est la toile de fond de la présente étude.

Étant donné l’importance capitale de cette affaire, la décision de la Cour suprême sera le fil conducteur de notre analyse du droit de la cyberconsommation au Québec puisqu’elle étudie un ramassis des questions sur

⁶ Sur les contrats électroniques, voir Chris REED, *Internet Law : Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 203-216; Pierre TRUDEL *et al.*, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997; Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995.

⁷ *Précitée*, note 1.

la protection du consommateur en milieu électronique⁸ ainsi que des questions juridiques du droit des contrats en général⁹. Ainsi, la décision de la Cour suprême est très appropriée au présent mémoire puisque, d'un côté, elle étudie un éventail varié de questions qui sont au cœur du droit de cyberconsommation québécois et que, de l'autre, elle donne lieu à une analyse critique de plusieurs questions non abordées dans la décision, comme l'analyse de la clause abusive dans les contrats électroniques.

Dans cette optique, nous ferons une analyse critique des conclusions de la Cour suprême et de ce que la décision a changé sur l'état du droit de la consommation électronique. Le contrat de cyberconsommation et l'affaire *Dell*¹⁰ seront alors les deux éléments centraux de notre analyse. En premier lieu, nous étudierons le contrat de cyberconsommation et le droit applicable à ce type de contrat au Québec. Il s'agira incidemment de savoir s'il existe un droit de la consommation électronique ou un droit de la « cyberconsommation » ? Ou sera-t-il plus exact de conclure qu'il existe un seul droit de la consommation qui doit être plutôt adapté à la « cyberconsommation » ? De ce point de vue, nous analyserons la protection accordée par le droit commun à la consommation et le droit spécialisé – le régime de la *Loi sur la protection du consommateur*¹¹. En

⁸ Par exemple, la possibilité d'intenter un recours collectif en dépit d'une clause compromissoire. Nous traiterons de cette question dans la troisième partie de ce mémoire.

⁹ Par exemple, le degré du consentement dans une clause externe contenue dans un contrat de consommation. Cette question sera traitée dans la première partie de ce mémoire.

¹⁰ *Précitée*, note 1.

¹¹ L.R.Q. c. P-40.1, disponible à <http://www.canlii.org//qc/legis/loi/p-40.1/20070307/tout.html> (ci-après « Loi sur la protection du consommateur »).

étudiant le droit applicable aux contrats de consommation, nous traiterons de certaines questions qui ont une importance particulière aux contrats de consommation électronique, comme la clause externe.

Dans le cadre de l'étude du contrat de cyberconsommation, l'affaire *Dell*¹² sera omniprésente; après avoir dressé une analyse descriptive de l'état des lois en matière de cyberconsommation, nous examinerons la question en litige, soit l'erreur sur le prix dans les contrats électroniques afin de démontrer que l'aspect électronique d'un contrat de consommation est susceptible de poser des questions juridiques pointues.

À cet égard, le droit applicable à la cyberconsommation est une question délicate puisque, premièrement, c'est un droit spécialisé auquel le droit commun peut aussi s'appliquer dans certaines circonstances. Il n'est pas curieux de constater l'application du droit commun au droit de la consommation lorsque la loi spécifique, soit la *Loi sur la protection du consommateur*, ne fournit pas une réponse¹³. Deuxièmement, c'est un droit qui n'est pas uniforme dans toutes les provinces du Canada, chacune ayant des normes particulières au droit de la consommation¹⁴. Ces différentes lois ne sont pas toujours compatibles entre

¹² *Précitée*, note 1.

¹³ Par exemple, la Cour supérieure du Québec dans *Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.*, 2004 CanLII 32168 (QC C.S.) (ci-après « décision de la Cour supérieure ») a appliqué les dispositions du *Code civil du Québec* pour décider sur la question d'une clause arbitrale.

¹⁴ Voir par exemple, en Ontario, *Consumer Protection Act*, S.O. 2002, c. 30. Voir aussi, Elizabeth MCNAUGHTON et Parna SABET, *A Guide to the Ontario Consumer Protection Act*, Lexis, 2007. En Alberta, voir *Fair Trading Act*, R.S.A., 2000, c. F-2, s. 16.

elles¹⁵. Par conséquent, en situation de litige, il faut très bien savoir le droit applicable pour résoudre le conflit entre les parties¹⁶. Finalement, en tant que droit nouveau, c'est aussi un droit en constant changement¹⁷. Plusieurs des changements sont dus à des nouveaux besoins des consommateurs qui font face à des avancées technologiques, qui veulent être bien protégés, et qui en ont le droit.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dell*¹⁸ s'encadre bien dans cette étude puisqu'elle est venue confirmer l'impact de l'environnement électronique sur les contrats de consommation. Même si la Cour a fait preuve, selon nous, d'une retenue quant à l'impact de la spécificité électronique sur le contrat en cause, cette décision a examiné plusieurs questions importantes comme la classification juridique d'une clause contractuelle liée au contrat principal au moyen d'un hyperlien; l'arbitrage en matière de consommation et le droit applicable aux contrats conclus en ligne. Dans la deuxième partie, qui concerne l'analyse critique de cette décision, ces questions seront le point central de notre analyse. Même si la décision de la Cour suprême date de 2007, l'étude approfondie des questions en litige est cruciale pour le commerce

¹⁵ Par exemple, concernant la question des contrats à distance, voir Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Droit de la consommation sous influences*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2007, pp. 105-137.

¹⁶ Dans le cadre de ce mémoire une analyse limitée du droit international privé au Québec sera faite.

¹⁷ Par exemple les modifications apportées à la *Loi sur la protection du consommateur* en 2007 concernent des spécificités des contrats électroniques, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.R.Q., 2006, c. 56.

¹⁸ *Précitée*, note 1.

électronique puisqu'elle dicte le droit en vigueur au Canada sur la cyberconsommation¹⁹. Nous avons l'intention, avec le présent mémoire, de contribuer à ce domaine de droit en dressant une analyse du droit en vigueur au Québec en ce qui a trait à la cyberconsommation et à la question de fond de l'affaire, laquelle est récurrente dans les cybercontrats. Ensuite, nous ferons une analyse plus globale des questions traitées par la Cour²⁰ et principalement la question sur ce qu'a changé l'affaire *Dell*. Ce questionnement sera le fil conducteur de notre analyse et fera état de l'ensemble des questions qui ont été posées à la Cour suprême.

Vu sous cette optique, dans le cadre du présent mémoire, nous étudierons dans la Partie I, le droit de la consommation électronique au Québec et des règles applicables à ce droit. Nous analyserons les protections spécifiques liées au fait que ce soit un contrat de consommation et comment ces règles sont applicables en milieu électronique. Dans la Partie II, nous examinerons l'erreur sur le prix en droit québécois puisque ce fut la question de fond qui a donné naissance à cette décision juridique.

Après avoir analysé la protection accordée au consommateur, nous étudierons dans la Partie III la décision de la Cour suprême et les questions pertinentes en matière de consommation électronique. Nous discuterons du bien-

¹⁹ Il faut noter, par contre, que la modification de la *Loi sur la protection du consommateur* est contraire à certaines conclusions de la Cour suprême et, de ce fait, au Québec, sur certaines questions, ladite décision ne représente pas le droit en vigueur. Voir art. 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

²⁰ À la date de ce mémoire, il existe très peu d'analyse académique sur toutes les questions qui ont fait l'objet de la décision dans l'affaire *Dell*, précitée, note 1.

fondé des conclusions portant sur des questions contractuelles. La raison d'être de cette étude est d'exposer les fondements juridiques de cette décision et d'introduire notre analyse sur ces questions importantes en droit de cyberconsommation.

Partie I. Le contrat de cyberconsommation au Québec et l'affaire *Dell* : état du droit avant la décision de la Cour suprême

L'affaire *Dell* est très importante²¹; elle traite spécifiquement d'un litige survenu en droit de la consommation électronique. De plus, cette affaire a amené le plus haut tribunal du pays à discuter de questions pertinentes en matière de contrat électronique, notamment l'erreur sur le prix dans un cybercontrat, l'arbitrage en droit de la consommation²² ainsi que la clause externe au contrat et la clause abusive²³.

²¹ Voir par exemple, plusieurs billets sur l'affaire *Dell* dans le blogue de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques (www.gautrais.com) : Vincent GAUTRAIS, *Affaire Dell + vouloir électronique*, 2 novembre 2007, disponible sur http://www.gautrais.com/Affaire-Dell-vouloir-electronique?var_recherche=Dell; Vincent GAUTRAIS, *Achat d'un voyage à 89\$! Une autre affaire Dell ?*, 10 avril 2006, disponible sur http://www.gautrais.com/Achat-d-un-voyage-a-89-Une-autre?var_recherche=Dell (sur l'erreur dans l'affichage du prix d'un bien ou service offert dans un site web d'un marchand); Vincent GAUTRAIS, *affaires Dell - Rogers et ordre public*, 26 juillet 2007, disponible sur http://www.gautrais.com/affaires-Dell-Rogers-et-ordre?var_recherche=Dell (concernant la question sur l'ordre public et le droit de la consommation).

²² Voir Jonnette Watson HAMILTON, « Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice? », (2006) 51 *McGill L.J.* 693 (concernant les clauses compromissaires en droit de la consommation et discutant l'affaire *Dell* brièvement); voir aussi sur les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation en général, *MacKinnon v. National Money Mart*, (2004) 203 B.C.A.C. 103, 2004 BCCA 473; *Ayrton v. PRL Financial (Alta.) Ltd.*, 369 A.R. 235, 2004 ABQB 787; voir aussi, John C. KLEEFELD, « Class Actions as Alternative Dispute Resolution » (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 817.

²³ Chacune de ces questions sera analysée en détail dans le présent mémoire.

D'entrée de jeu, et en quelques mots, voici les faits²⁴, très courants dans le commerce électronique²⁵. Un commerçant (*Dell*) annonce par erreur la vente d'ordinateurs à une fraction du prix réel. Plusieurs consommateurs achètent l'ordinateur avant que *Dell* se rende compte que le prix était erroné. Ensuite, *Dell* prend des mesures pour que son site web soit inaccessible et corrige l'erreur²⁶. Avant la correction de l'erreur, des consommateurs (Dumoulin, membre désigné) commandent des ordinateurs au prix erroné et *Dell* refuse de donner suite à l'achat en expliquant que le prix affiché était erroné. À la suite du refus et d'une mise en demeure de la part du consommateur, l'Union des consommateurs et Dumoulin, membre désigné d'un recours collectif, poursuivent *Dell* à la Cour supérieure du Québec²⁷. Il est très important de noter que le contrat de vente des ordinateurs contenait une clause d'arbitrage obligatoire²⁸, ce qui a déclenché un moyen déclinatoire de la part de *Dell* par rapport à la compétence de la Cour supérieure du Québec d'entendre le litige²⁹.

²⁴ Pour un exposé complet des faits dans cette affaire, voir la décision de la Cour supérieure, précitée, note 13.

²⁵ En l'espèce, c'est un cas pur et simple d'erreur sur le prix de vente et les conséquences sur la formation et l'exécution du contrat qui ont donné naissance au litige initialement. Les questions traitées par la Cour suprême sont une conséquence du fond du litige.

²⁶ Pour d'autres cas d'erreur sur le prix dans une commande faite en ligne, voir Mathew BROERSMA, *Amazon Mis-priced iPaks: No Sale*, ZDNet UK (Mar. 19, 2003), disponible à l'adresse suivante : <http://news.zdnet.co.uk/business/0,39020645,2132174,00.htm>; Benjamin GROEBNER, « Oops! The legal consequences of and Solutions to Online Pricing Errors » (2004) *Shidler Journal for Law, Commerce & Technology* 1-2; Forum des droits sur l'Internet, « L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique », 25/03/2003, disponible à : <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=526>.

²⁷ Décision de la Cour supérieure, précitée, note 13.

²⁸ La clause d'arbitrage était contenue dans la clause 13C du « *Dell's Standard Terms of Sale* », Pièce ARB-3, M.A. Vol. 2, à la page 137-138 : « 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

Les questions en litige peuvent se résumer comme suit : premièrement, Il s'agit de savoir si la clause arbitrale insérée dans le contrat de consommation est valide³⁰. Cette question ne concernait pas uniquement l'examen des dispositions en matière d'arbitrage³¹ mais aussi celles, plus connexes, qui ont été identifiées par La Cour d'appel du Québec de la façon suivante :

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 des 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 de 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>», cité dans le jugement de la Cour d'appel du Québec, *Dell Computer Corporation c. Union des Consommateurs*, 2005 QC C.A. 570 (ci-après « décision de la Cour d'appel du Québec »). Voir aussi *National Arbitration Forum Code of Procedure*, Règles 5O, 11D, 20 à 24, 32A, 35G, 48B.

²⁹ Voir l'affaire décision de la Cour supérieure, *précitée*, note 13. En effet, *Dell* plaidait que tout litige devrait être entendu par l'arbitre en vertu de la clause compromissoire.

³⁰ À cet égard, l'affaire *Dell* n'a pas été la première affaire au Canada qui a traité des clauses compromissoires dans les contrats de consommation, voir J. W. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22 (pour une analyse approfondie de cinq affaires concernant l'inclusion d'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation électronique). Pour un aperçu de l'utilisation des clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation aux États-Unis, voir Ronald J. ADAMS, « Consumer Reaction Toward Arbitration as a Remedial Alternative to the Courts », (1983) 17 *J. Consumer Aff.* 172; Stephen K. HUBER & E. Wendy TRACHTE-HUBER, « Top Ten Developments in Arbitration in the 1990s », (2000-2001) 55:4 *Disp. Resol. J.* 24 (concernant la croissance des clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation), cités dans HAMILTON, *id.*

³¹ Sur l'arbitrage en droit canadien, voir J. Brian CASEY et Janet MILLS, *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, Huntington, N.Y., Juris Publishing, 2005. Au Québec, voir, Raymond TREMBLAY, « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988) 91

« A) Le droit applicable au contrat et le lieu de l'arbitrage; B) La clause externe : - La clause d'arbitrage est-elle une clause externe au contrat? Dans l'affirmative, a-t-elle été portée à la connaissance du consommateur? C) Un arbitre peut-il rendre une sentence sur un sujet relevant de la Loi sur la protection du consommateur? D) La clause d'arbitrage fait-elle échec à l'exercice du droit au recours collectif? » 32.

Ces questions ont été traitées par la Cour suprême du Canada. La question de fond du litige, à savoir l'erreur sur le prix de vente des ordinateurs, n'a quant à elle pas fait l'objet d'une analyse de la Cour; elle sera donc, éventuellement, résolue par l'arbitre puisque la Cour suprême a décidé de renvoyer les parties à l'arbitrage pour la décision de fond³³.

CHAPITRE 1. Les particularités du contrat de consommation électronique

Au Québec, le contrat de consommation électronique est traité³⁴ avant tout comme un contrat de consommation au sens de la *Loi sur la protection du*

R. du N. 246; John E. C. BRIERLEY, « De la convention d'arbitrage : Articles 2638 2643 », dans LA REFORME DU CODE CIVIL : OBLIGATIONS, CONTRATS NOMMES, t. 2, *Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec*, Ste Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 1067 ; John E. C. BRIERLEY, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987) 47 *R. du B.* 259.

³² *Dell Computer Corporation c. Union des Consommateurs*, précitée, note 28, au para. 23.

³³ *Ibid.*

³⁴ Notre analyse portera seulement sur le droit applicable aux contrats de consommation électronique au Québec. Pour une analyse du droit étranger applicable au contrat de consommation électronique, voir en général, Sylvia KIERKEGAARD, «E-Contract Formation: U.S. And EU Perspectives», (2007) 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 12 (pour une approche comparative entre le droit américain et le droit communautaire en matière de droit de la consommation électronique); Lorna E. GILLIES, « Addressing the Cyberspace Fallacy: Targeting the Jurisdiction

consommateur et au sens du *Code civil du Québec*³⁵. Selon l'article 2 de la *Loi sur la protection du consommateur* :

« La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans les cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service. »

Le *Code civil du Québec* prévoit aussi une définition de contrat de consommation, au lieu de renvoyer à celle de la *Loi sur la protection du consommateur*. Comme nous signalent certains auteurs³⁶, la définition du *Code civil du Québec* à l'article 1384 reprend presque au complet la définition de la *Loi sur la protection du consommateur*³⁷. Selon cet article, un contrat de consommation est celui

« dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise qu'elle exploite. »

of an Electronic Consumer Contract », (2008) 16-3 *International Journal of Law and Information Technology* 242 (concernant les problématiques de juridiction dans les contrats électroniques internationaux).

³⁵ Voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 2 (pour un aperçu des lois applicables aux contrats de consommation); voir aussi, Rosario DUASO CALÉS, « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation », (2002) 8 *Lex Electronica* 1 (pour une analyse des lois applicables au contrat de consommation électronique); voir en général sur les contrats électroniques, C. REED, *op. cit.*, note 6, aux pages 203-216 (« contracts revisited »).

³⁶ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, vol. 1, 1998, p. 74.

³⁷ Voir cf. arts. 1432, 1435-1438 du *Code civil du Québec*.

Cette définition spécifique d'un contrat de consommation au *Code civil du Québec* n'existait pas sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, et elle apporte des conséquences juridiques importantes³⁸.

Une précision importante contenue dans l'article 1384 du *Code civil du Québec* est la limitation quant au champ d'application « des lois relatives à la protection du consommateur »³⁹.

Il est pertinent de souligner qu'un contrat peut ne pas être traité comme un contrat de consommation au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* – s'il ne remplit pas les exigences de celle-ci – mais peut être qualifié comme un contrat de consommation au sens du *Code civil du Québec*⁴⁰. Dans un tel cas, ce contrat recevra la protection du *Code civil du Québec*⁴¹ et non pas celle de la *Loi sur la protection du consommateur*. De plus, un contrat

³⁸ Voir en général, 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. Dans les deux conceptions sur les contrats de consommation, le contrat doit être un rapport entre une personne physique qui procure un bien ou un service pour des fins personnelles. Par contre, la définition civile, même si elle paraît très similaire à la définition de la *Loi sur la protection du consommateur*, elle apporte par contre un élément supplémentaire d'importance accrue, soit que l'offre des biens ou des services doit être « dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise » alors que la définition statutaire indique que les biens et services proviennent d'un « commerçant dans les cours de son commerce », voir D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 75. Or, cette précision dans le *Code civil du Québec* est importante puisque la notion de l'exploitation d'une entreprise, définie à l'article 1525 du *Code civil du Québec* est très large, incluant les artisans, les professionnels et les cultivateurs, voir *Bérubé c. Tracto Inc.*, 1998 R.J.Q. 93, 96-97 (C.A.), dans laquelle le Juge Letarte se réfère à une entreprise commerciale comme celle de l'article 1525 du *Code civil du Québec* pour décider sur la notion de commerçant d'une partie au contrat. Dans cette affaire, la Cour d'appel a décidé qu'un artisan qui ne dispose pas de beaucoup d'outils et qui ne spéculé pas sur le produit travaillé, se qualifie comme un consommateur au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*.

³⁹ Il semble que le pluriel indique l'existence d'autres lois concernant la protection du consommateur en plus que la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁴⁰ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, aux pages 74-76.

⁴¹ Par exemple les protections accordées à l'art. 1432 du *Code civil du Québec*, soit l'interprétation du contrat en faveur du consommateur.

peut être exclu du champ d'application de la *Loi sur la protection du consommateur* en raison de l'application de la définition de l'article 2 de cette dernière ou de son règlement d'application, ce qui n'impliquerait pas l'exclusion automatique du champ d'application du *Code civil du Québec*⁴².

Le contraire peut aussi être avéré. Un contrat peut être qualifié de contrat de consommation selon la *Loi sur la protection du consommateur* et pas selon le *Code civil du Québec*⁴³. Par contre, cette dernière situation risque moins de survenir puisque la définition de contrat de consommation du *Code civil du Québec* semble plus large que celle de la *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁴. Ainsi, il importe d'étudier les règles pertinentes des deux cadres législatifs.

Le *Code civil du Québec* énonce les règles de base applicables à tout contrat, voire un contrat de consommation⁴⁵. Il va sans dire, en effet, que le contrat de consommation, qu'il soit un contrat de consommation au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* ou au sens du *Code civil du Québec*, demeure un contrat nommé assujetti au droit commun des obligations et des contrats⁴⁶. Cela veut dire que le contrat de consommation doit suivre les règles sur la conclusion des contrats, notamment les règles sur l'offre et l'acceptation,

⁴² D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 75.

⁴³ Voir *Rancourt c. Ford*, [1990] R.J.Q. 595 (C.Q.).

⁴⁴ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 75; voir aussi, Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177, à la page 210, cité dans D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 75.

⁴⁵ Voir en général Jean PINEAU et Serge GAUDET, *Théorie des Obligations*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001, aux pages 80-82.

⁴⁶ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 73.

sur la qualité du consentement, sur la capacité, l'objet et la cause du contrat. Par ailleurs, si un contrat est qualifié comme un contrat de consommation, il existe certaines règles spéciales qui vont s'appliquer afin d'équilibrer les rapports de force entre le commerçant et le consommateur⁴⁷. Ces règles se trouvent dans la *Loi sur la protection du consommateur* mais aussi dans le *Code civil du Québec*, d'où l'importance de bien qualifier le contrat comme un contrat de consommation afin de déterminer quel régime s'applique en l'espèce. Ces règles sont des lois dérogatoires au droit commun, par exemple, la règle concernant la résolution du contrat au moyen d'un simple avis dans certaines circonstances⁴⁸ ou l'exigence d'un degré de consentement plus élevé donné à une clause externe⁴⁹. En outre, ce régime spécial comprend aussi des règles de forme lors de la conclusion d'un contrat de consommation comme, par exemple, l'exigence d'un écrit⁵⁰.

Le contrat de consommation électronique est inclus dans la définition « traditionnelle » de contrat de consommation⁵¹. Pourtant, le contrat électronique, qu'il soit un contrat de consommation ou un autre type de contrat,

⁴⁷ Voir par exemple, Gérald GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil de Québec », dans *Nouveaux développements en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 8 (sur le principe général de la protection de la partie faible, le consommateur). Voir aussi en général, N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 2.

⁴⁸ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 71. Voir par exemple, art. 59 de la *Loi sur la protection du consommateur* et art. 73 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Il est important de souligner que ce droit appartient seulement au consommateur.

⁴⁹ Art. 1435 du *Code civil du Québec*. Nous analyserons cette question dans la Partie II de ce mémoire.

⁵⁰ Par exemple, art. 23 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁵¹ Voir art. 1389 du *Code civil du Québec* et art. 2 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

est forcément un contrat à distance⁵², puisque les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre lors de la conclusion du contrat. Le contrat de cyberconsommation est alors un « genre particulier » de contrat de consommation, pour lequel une série de règles spécifiques doivent être appréciées.

Ceci dit, la distance entre le commerçant et le consommateur n'est pas la seule particularité du contrat de consommation électronique. L'élément électronique de ce contrat lui assimile certaines caractéristiques qui comportent des conséquences juridiques⁵³. Selon nous, la raison de la nécessité des règles particulières est que le contrat électronique présente certaines différences par rapport au contrat en format papier⁵⁴.

⁵² Voir sur les contrats en ligne Vincent GAUTRAIS, *Le guide juridique du commerçant électronique*, Ch. 4, « Formation des contrats à distance ». Dans cet article, l'auteur affirme que les contrats conclus par le « réseau Internet sont généralement conclus à distance ». Voir aussi V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 15, aux pages 105-137 (pour une analyse des règles sur le contrat à distance depuis la modification de la *Loi sur la protection du consommateur*).

⁵³ Voir Roger TASSÉ et Kathleen LEMIEUX, « Les droits à la protection du consommateur au Canada dans le contexte du commerce électronique », Rapport présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 1998, disponible sur [http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/\\$FILE/cdrcec_f.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/$FILE/cdrcec_f.pdf). Selon les auteurs, « La législation sur la protection du consommateur a été conçue essentiellement pour les transactions conventionnelles sur papier. Bon nombre de ces dispositions législatives demeureront utiles pour les transactions effectuées au moyen du commerce électronique. Cependant, de nouveaux problèmes relatifs aux vendeurs et aux consommateurs sont soulevés. On convient de plus en plus qu'en l'absence d'un ensemble de règles transparentes qui garantissent la prévisibilité des affaires et qui favorisent la confiance du consommateur, le marché électronique international n'atteindra pas son plein potentiel. ».

⁵⁴ Voir par exemple, Raymond T. NIMMER, « Electronic Contracting : Legal Issues », 1997 *Journal of Computer & Information Law* 14; voir en général sur les différences entre le contrat en format papier et en format électronique, Jean BRAUCHER, « Replacing Paper Writings with Electronic Records in Consumer Transactions: Purposes, Pitfalls and Principles », (2003) 7 *North Carolina Banking Institute* 29 (l'auteur propose certaines fonctions que le contrat électronique doit remplir selon la finalité d'un document papier et critique le fait que certaines lois pour le commerce électronique dérivant d'une analogie automatique avec les documents papier sont problématiques. L'auteur affirme, à la page 33: « When thinking about the limits of the effectiveness of electronic records, it is important to remember that electronic records are not

La première différence est attribuable au fait que c'est un contrat à distance où le laps de temps entre l'offre et l'acceptation peut être très long⁵⁵ et qu'une offre peut être adressée à plusieurs personnes par l'intermédiaire d'un site web. En plus d'être un contrat à distance, la deuxième différence avec un contrat de consommation traditionnel est d'être électronique⁵⁶. Cela impose certaines particularités du monde virtuel. Premièrement, la question de la signature électronique est différente d'une signature papier à plusieurs égards⁵⁷. Deuxièmement, le consentement électronique fait à partir d'un clic est

only used in transactions over the Internet, but also in face-to-face dealings, where the business lacks direct evidence that the customer will have access to electronic records later. A key difference between electronic records and paper writings is that receipt and storage of paper do not depend on consumer access to expensive technology. The biggest problem with paper records is finding them later»), cité dans Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », disponible sur <https://papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/bitstream/1866/1357/1/cyberconsommationillegale.doc>, à la page 10.

⁵⁵ Voir Vincent GAUTRAIS, *Le Guide juridique du commerçant électronique*, disponible sur http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap4.pdf, à la page 85. L'auteur indique que le contrat électronique peut avoir trois origines : « celui où les deux parties concluent un contrat par le biais d'un échange de courriers électroniques, celui où l'acceptant répond par courrier électronique à une offre adressée par un autre moyen et, de manière plus courante sur Internet, celui où l'acceptant contracte par le biais d'une offre proposée sur le réseau. Dans chacun de ces cas, plusieurs aspects méritent qu'une adaptation soit faite avant même que la signature ou la conclusion du contrat n'intervienne ».

⁵⁶ Voir en général Valérie SÉDALLIAN, *Droit de l'Internet*, Collection AUI, Ed. Netpress, Paris, 1997; Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », (1999) 5-1 *Lex Electronica*. De plus, une des conséquences importantes d'un contrat électronique est l'inclusion des clauses accessibles par un hyperlien, et la question à savoir si elles sont des clauses externes au contrat. Cette question est au cœur de la décision de la Cour suprême du Canada et pour cette raison nous ne l'étudions pas dans la présente partie de ce mémoire mais plutôt dans la partie où nous analysons les parties importantes de l'arrêt *Dell*.

⁵⁷ Cette question n'est pas traitée dans le présent mémoire. Voir arts. 2837 à 2840 du *Code civil du Québec*. Voir en général sur les signatures électroniques, Minyan WANG, « The Impact of Information Technology Development on the Legal Concept - a Particular Examination on the Legal Concept of Signatures », (2007) 15-3 *International Journal of Law and Information Technology* 253-274 (pour une étude des différentes conséquences juridiques des signatures électroniques dans une perspective de droit comparé); voir aussi, C. REED, *op. cit.*, note 6, aux pages 144-147 (pour une explication de la notion des signatures électroniques); Chris REED, « What is a signature? », (2000) 3 *The Journal of Information, Law and Technology*, disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/reed.html/part 4.3>.

certainement plus direct que le consentement donné sur le format papier, où le consentement est donné par la voie d'une signature⁵⁸. Troisièmement, la lisibilité et l'accessibilité du contrat deviennent d'une extrême importance en ce qui concerne le moyen utilisé pour diffuser le contrat⁵⁹.

Toutes ces questions nous amènent à une certitude et à certaines interrogations. La certitude est que le contrat électronique est sans doute différent du contrat de consommation sur papier⁶⁰, presque une forme de contrat *sui generis*, en raison des différences majeures décrites plus haut⁶¹. Les interrogations concernent principalement la protection accordée au consommateur face à cette façon de contracter. Par conséquent, nous allons plus spécifiquement, dans la prochaine section, étudier les règles qui s'appliquent au contrat de cyberconsommation en tant que contrat de consommation en droit québécois, tout en dressant les nuances nécessaires puisque c'est un contrat électronique.

⁵⁸ Voir art. 2827 du *Code civil du Québec*. Sur le consentement électronique, voir aussi, Vincent GAUTRAIS, « La Couleur du Consentement Électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61-29, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/_textes/consentement2003CPI.pdf; Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer : dommage !* », (2008) 37-2 *Revue Générale de Droit*, 407-444.

⁵⁹ Voir Vincent GAUTRAIS, *Afin d'y voir clair : Guide relatif à la gestion des documents technologiques*, disponible sur http://www.fondationdubarreau.qc.ca/pdf/publication/Guidetech_FR.pdf

⁶⁰ Voir par exemple, V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 60.

⁶¹ Les différences citées plus haut ne sont que certaines divergences entre le contrat de consommation sous format papier et le contrat de consommation électronique. Dans cette étude, nous n'intentons pas de faire une analyse exhaustive des différences entre ces deux formes de contracter.

CHAPITRE 2. Le droit applicable au contrat de consommation électronique⁶²

Dans cette partie du présent mémoire, nous traiterons du droit applicable aux cybercontrats, et ainsi, nous étudierons les règles applicables du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la Protection du consommateur*. En premier, nous examinerons la notion de la formation du contrat en général. Deuxièmement, nous étudierons les clauses abusives. Ensuite nous examinerons les clauses illisibles et incompréhensibles et finalement nous analyserons le concept de clause externe, une question au cœur du litige dans l'affaire *Dell*.

SECTION 1. La formation du contrat

Pour que le contrat soit formé, il faut bien entendu un échange de consentement⁶³. Cet échange est fait par le truchement d'une offre de contracter et d'une acceptation⁶⁴. L'offre doit comporter tous les éléments essentiels du contrat envisagé et doit démontrer une volonté de son auteur de se sentir lié par l'offre⁶⁵. Il s'ensuit qu'une offre de vente qui ne contient pas la valeur de l'objet, par exemple, ou selon laquelle l'auteur peut décider s'il vend ou non un bien,

⁶² Dans cette Section, nous allons étudier seulement le régime applicable au contrat de consommation électronique en tant que contrat nommé en vertu du *Code civil du Québec* et les règles applicables en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁶³ Arts. 1385 et 1386 du *Code civil du Québec*. Voir aussi, J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 45, aux pages 91-93 (sur la distinction entre les conditions de formation du contrat et de validité de celui-ci); voir aussi, Serge GAUDET, « L'inexistence, nullité et annulabilité : essai de synthèse », (1995) 40 *R.D. McGill* 291.

⁶⁴ Art. 1386 du *Code civil du Québec*. Sur l'offre de contracter et l'acceptation, voir D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, aux pages 139-145.

⁶⁵ Arts. 1388 et 1389 *Code civil du Québec*.

n'est pas une offre au sens du *Code civil du Québec*⁶⁶. Il importe de noter qu'une offre qui contient un prix, mais que celui-ci est erroné, demeure une offre valable au sens de l'article 1388 du *Code civil du Québec*⁶⁷ puisqu'elle contient « tous les éléments essentiels du contrat envisagé », dans la mesure où l'erreur ne vicie pas le consentement⁶⁸.

Selon le droit commun – en vertu des règles du *Code civil du Québec* – dès que l'offre est acceptée, le contrat est formé au lieu où l'offrant reçoit l'acceptation⁶⁹. Le lieu de la formation du contrat est une des premières spécificités où l'environnement électronique est susceptible d'avoir un impact sur l'application des règles du droit commun⁷⁰. En droit commun, que les cocontractants soient en présence l'un de l'autre lors de la formation du contrat

⁶⁶ Voir D. LLUELLES ET B. MOORE, *op. cit.*, note 36, aux pages 139-140.

⁶⁷ Voir D. LLUELLES et B. MOORE, *id.*, aux pages 142-145. Voir aussi le prochain Chapitre concernant l'erreur sur le prix.

⁶⁸ L'erreur peut jouer un rôle sur la qualité du consentement, voir art. 1399 du *Code civil du Québec*.

⁶⁹ Art. 1387 du *Code civil du Québec*. Voir aussi, J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 45, à la page 129 (sur la question de l'évolution technologique « des moyens de communication (téléphone portable, courriel, répondeur mécanique ou électronique) nous contraint à réexaminer le problème du moment et du lieu de formation du contrat. Nous croyons que le contrat se forme au moment où le message (quelle que soit sa forme) devient accessible à son destinataire (peu importe le moyen d'accès) et au lieu où ce dernier a l'*habitude* d'en prendre connaissance, ce qui devrait généralement correspondre au lieu de sa résidence ou à un établissement donné. Il faut éviter en effet que, par une application littérale de l'article 1387 C.c.Q., on aboutisse à considérer que le contrat s'est formé en des lieux purement fortuits qui ne peuvent aucunement correspondre à la volonté, réelle ou présumée, des parties. »). Voir aussi, Vincent GAUTRAIS, « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés », (1996) 37 *C. de D.* 121.

⁷⁰ Concernant la formation des contrats électroniques sur le fondement (des notions de droit commun) de l'offre et l'acceptation, voir Graham J.H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, 3rd ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2002, aux pages 449-59; Andrew D. MURRAY, « Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W. », dans Lillian EDWARDS et Charlotte WAELDE (dir.), *Law & the Internet* 2d éd., Oxford, Hart, 2000, à la page 17; cité dans Joseph SAVIRIMUTHU, « Online Contract Formation: Taking Technological *Infrastructure* Seriously », 2 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 105, à la page 105 (l'auteur critique cette « approche linéaire » quant à la formation du contrat en ligne).

importe peu en ce qui concerne la détermination du lieu de formation du contrat puisque le *Code civil du Québec* a adopté la théorie de la réception pour les contrats de droit commun⁷¹. Or, en droit de la consommation, il existe une règle particulière régissant les contrats à distance qui déroge à cette règle de base. Les contrats à distance sont « réputés conclus à l'adresse du consommateur »⁷². Certes, ce ne sont pas tous les contrats de consommation qui sont des contrats à distance au sens de l'article 54.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Cependant, les contrats de consommation électroniques sont, par définition⁷³, inclus dans cette catégorie de contrats.

Dans ce sens, il est important de noter que ce type de contrat – le contrat de consommation à distance – est commun en droit de la consommation⁷⁴, ce qui explique l'action du législateur en modifiant la *Loi sur la protection du consommateur* et en incluant tout un chapitre qui contient des obligations

⁷¹ Art. 1387 du *Code civil du Québec*. Voir aussi, Serge GAUDET et Robert P. KOURI, « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? », (1989) 20 *R.D.U.S.* 175, cité dans D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 189.

⁷² Art. 54.2 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁷³ Voir art. 54.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*: « Un contrat à distance est un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat. Le commerçant est réputé faire une offre de conclure le contrat dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire. » Voir aussi, art. 261 de la *Loi sur la protection du consommateur* concernant le caractère d'ordre public de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁷⁴ Voir UNION DES CONSOMMATEURS, « Mémoire de l'Union des consommateurs portant sur le projet de loi n° 48 Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances », 01 décembre 2006, présenté à la Commission des Institutions – Assemblée nationale du Québec, disponible à <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/memoireUnion122006.pdf>.

accrues pour le commerçant lors de la conclusion de ce type de contrats⁷⁵. Il y a donc une protection supplémentaire pour le cyberconsommateur selon cette catégorie de contrats puisque la loi prévoit, notamment, que, dans ce type de transactions, le consommateur a le droit de demander la résolution du contrat dans des circonstances spécifiques⁷⁶ et le commerçant doit rembourser les sommes payées par le consommateur dans les 15 jours qui suivent la résolution du contrat⁷⁷.

Outre ces règles spécifiques, il est d'autres dispositions générales qui vont s'appliquer et notamment la règle selon laquelle le consentement doit être libre et éclairé⁷⁸, c'est-à-dire qu'il ne soit pas vicié par l'erreur, la crainte ou le dol, règle qui est bien établie en droit des obligations⁷⁹. Ici, il est nécessaire d'apporter une précision à l'égard de la distinction du régime de droit commun du *Code civil du Québec* et le régime spécial de la *Loi sur la protection du consommateur* qui offre la possibilité d'invoquer la lésion comme vice du consentement.

Selon les règles générales du droit des obligations, la lésion ne représente pas un vice du consentement, sauf si le contractant est mineur ou majeur

⁷⁵ Voir sur les nouvelles dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur* concernant le contrat à distance, V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 15.

⁷⁶ Voir arts. 54.7 et suiv. de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁷⁷ Art. 54.13 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁷⁸ Voir en général, Brian BIX, « Consent in contract law », dans Alan WERTHEIMER et Franklin G. MILLER (dir.), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, (forthcoming), Minnesota Legal Studies Research Paper No. 08-36, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1140256> (concernant les différences entre le consentement dans un contrat sous format papier et les contrats sous format électronique).

⁷⁹ Art. 1399 du *Code civil du Québec*. Voir aussi, D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36.

protégé⁸⁰. Or, la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit une forme de lésion qui peut provoquer la demande de nullité du contrat par le consommateur,

« lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante »⁸¹.

SECTION 2. Les clauses abusives

Une autre conséquence de la classification d'un contrat en contrat de consommation est qu'il bénéficie de ce fait de la protection accrue du régime juridique applicable aux clauses abusives⁸². Une clause abusive⁸³ est une clause présente dans un contrat de consommation ou d'adhésion et qui désavantage le

⁸⁰ Art. 1405 du *Code civil du Québec*.

⁸¹ Art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Voir aussi, Louis PERRET, « L'incidence de la nouvelle Loi sur la Protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du code civil », (1984-1985) 15 *R.D.U.S.* 251; Georges MASSOL, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989.

⁸² Art. 1437 du *Code civil du Québec*. Voir Benoît MOORE, « Les clauses abusives : dix ans après », *Revue du Barreau*, T. 1, 2003, à la page 59. Sur les clauses abusives dans les contrats d'adhésion plus spécifiquement, voir Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2000) 41 *C. de D.* 61.

⁸³ Voir en général sur les clauses d'adhésion, Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion: de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 123; Jean H. GAGNON, « Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit commercial* (1995), Cowansville, *Service de la formation permanente*, Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais; Adrian POPOVICI, « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé? », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain : Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974.

consommateur (ou l'adhérant) d'une façon déraisonnable et excessive; cette clause est nulle ou les obligations qui en découlent sont réductibles⁸⁴.

Comme le professeur Gautrais l'a bien souligné, les contrats électroniques, surtout les contrats de cyberconsommation, contiennent régulièrement des clauses illégales dans la mesure où ces clauses sont abusives⁸⁵. Il est donc important de bien connaître le régime prévu sur les contrats de consommation et de bien classer un contrat de consommation sous l'empire du *Code civil du Québec* même si la *Loi sur la protection du consommateur* offre un régime de protection étendu contre certaines clauses⁸⁶. Il faut quand même nuancer que l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, concernant la lésion entre majeurs⁸⁷, a déjà été utilisé comme une espèce de prohibition des clauses abusives dans les contrats de consommation sous l'empire de cette loi⁸⁸.

La prohibition d'une clause abusive dans un contrat de consommation est très pertinente dans les cas des contrats en ligne, parce que les parties n'étant pas

⁸⁴ Art. 1437 al. 1 du *Code civil du Québec*. Voir sur les clauses abusives, Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, aux pages 460-470; Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177 et Marc LEMIEUX, « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 *C. de D.* 841.

⁸⁵ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 55.

⁸⁶ Voir par exemple, art. 10 et suiv. de la *Loi sur la protection du consommateur*.

⁸⁷ Benoît MOORE, « Les clauses abusives : dix ans après », 2003 *Revue du Barreau*, T. 1, à la page 65.

⁸⁸ Voir le commentaire des décisions des tribunaux concernant l'utilisation de l'article 8 dans ces types de situation, Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur – Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999 à la page 152. Voir aussi, Sylvette GUILLEMARD, « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R. du B.* 369.

en présence l'une de l'autre lors de la formation du contrat et ne pouvant pas négocier ou discuter les termes dudit contrat, cela fait en sorte que ce type de clause soit plus fréquent et qu'il soit plus aisément accepté par le consommateur⁸⁹. Cette prohibition est très générale et comporte l'obligation de démontrer que la clause en question désavantage le consommateur de façon « excessive et déraisonnable »⁹⁰. Or, cette preuve n'est pas toujours facile à faire⁹¹. Dans ce sens, le législateur a pris la peine de créer des prohibitions plus spécifiques de certaines clauses qui avaient pour but de léser le consommateur.

De plus, le fardeau de prouver le caractère abusif de la clause repose sur les épaules du consommateur. L'inclusion de cette clause dans un contrat de consommation a eu pour conséquence incidente l'impossibilité par le consommateur de se prévaloir du recours collectif. Au lieu de laisser la discussion ouverte sur le caractère abusif d'une telle clause, le législateur a limité, dans le nouvel article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*,

⁸⁹ Voir en général sur les clauses abusives dans les contrats de consommation en ligne, Marc FALLON, « Les clauses abusives dans les contrats transfrontières », 20ème atelier de la consommation : les clauses abusives, Paris, 25 octobre 2001, disponible sur : http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF/consommation/ateliers_conso/atelier20.htm#bouscharain, cité dans Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat, Laval, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003.

⁹⁰ Voir Benoît MOORE, «Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat», dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, à la page 461.

⁹¹ À cet égard, voir Jean H. GAGNON, «Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec», dans *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, à la page 33 (l'auteur questionne la nécessité d'avoir une définition de la clause abusive). Selon nous, et dans la même veine que ce dernier auteur, une définition si détaillée peut dans certains cas être préjudicielle au consommateur ou adhérent, lors de la preuve du caractère « excessif et déraisonnable ».

l'utilisation des clauses d'arbitrage, enserrant ainsi le débat sur le caractère abusif de la clause compromissoire⁹².

SECTION 3. Les clauses illisibles et incompréhensibles

Une autre disposition intéressante qui est susceptible d'avoir un impact sur les contrats de consommation est celle sur les clauses illisibles ou incompréhensibles dans les contrats d'adhésion ou de consommation. Selon l'article 1436 du *Code civil du Québec* :

« Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent »⁹³.

Dans le contexte des cybercontrats, cette disposition est opportune, car, comme l'a bien souligné Jacob Nielsen, les contrats sous format électronique sont plus difficiles à lire que les contrats sous format papier en raison de la

⁹² Voir notamment, la décision de la Cour du Québec concluant qu'une clause d'arbitrage peut être abusive puisque « l'obligation de payer des honoraires d'arbitrage... constitue dans l'opinion du Tribunal une clause abusive au sens de l'article 1437 Code civil du Québec », *Rémillard c. 9085-9638 Québec inc.*, REJB 2001-29551 (C.Q.). Dans le sens contraire, la Cour suprême du Canada a décidé que la clause d'arbitrage (qui faisait l'objet du litige) « ne saurait être abusive uniquement parce qu'elle se trouve dans un contrat de consommation ou dans un contrat d'adhésion. La convention d'arbitrage d'un litige de consommation n'est pas foncièrement inéquitable et abusive pour le consommateur. Au contraire, elle peut très bien lui faciliter l'accès à la justice », voir *Dell, précitée*, note 1.

⁹³ Art. 1436 du Code civil du Québec. Voir aussi, sur les clauses illisibles et incompréhensibles, Nathalie VÉZINA, « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 69, *Développements récents en droit civil* (1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais.

lecture sur l'écran⁹⁴. Nous ajoutons à cette caractéristique du contrat électronique que toutes les clauses et parties intégrantes du contrat principal ne sont généralement pas sur le même document web.

Étant donné ces conditions, et reprenant encore une fois le litige dans l'affaire *Dell* sur la validité de la clause compromissoire, qui était accessible au moyen d'un hyperlien, une question demeure très pertinente. Tenant pour acquis que la clause ne soit pas considérée une clause externe, et de ce fait, ne bénéficiant pas de la protection du régime de l'article 1435 du *Code civil du Québec*, pourrait-elle être considérée comme une clause illisible ou incompréhensible selon les termes de l'article 1436 du *Code civil du Québec* et, par voie de conséquence, être jugée nulle⁹⁵?

Cet argument a été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dell*⁹⁶. Malgré le bien-fondé de cette décision, il nous semble possible de plaider le caractère illisible de la clause en question. Selon la Cour, les clauses illisibles, contrairement à la clause externe, font partie du contrat principal, mais il existe des éléments autour d'elles qui les rendent illisibles en raison, par exemple, de

⁹⁴ Jacob NIELSEN, « Writing for the Web », disponible sur <http://www.sun.com/980713/webwriting/wftw1.html>. Voir aussi, sur le blogue www.gautrais.com, le billet de Vincent GAUTRAIS, « Lisibilité des contrats électroniques », 21 novembre 2006, disponible sur http://www.gautrais.com/Lisibilite-des-contrats?var_recherche=jacok%20nielsen (citant Jacob Nielsen et d'autres sources concernant certaines usages pour l'écriture sur l'écran).

⁹⁵ Pour que le consommateur puisse plaider la nullité de la clause, il faut satisfaire aux conditions prévues dans le texte de l'article. Premièrement, un critère objectif, à savoir, la clause doit être illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable et non seulement pour le consommateur. Ensuite, un critère plus subjectif, soit, le consommateur doit subir un préjudice découlant de l'illisibilité ou de l'incompréhensibilité de la clause; finalement, le commerçant doit avoir manqué à son obligation de donner des explications pertinentes sur la clause, D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, aux pages 235-237.

⁹⁶ *Dell*, précitée, note 1, au para. 103.

l'endroit où elles sont situées dans le contrat⁹⁷. Or, si on accepte la proposition qu'une clause compromissaire accessible par hyperlien fait partie intégrante du contrat principal, l'endroit où elle est située, voire sur une page web accessible au moyen de plusieurs clics sur des hyperliens contenus sur d'autres pages web, pourrait la qualifier de clause illisible ou « noyée parmi un grand nombre d'autres clauses »⁹⁸.

En outre, un autre argument qui pourrait être utilisé pour démontrer le caractère illisible de la clause est celui de l'accessibilité de la clause. Afin de faciliter la lisibilité du contrat (et forcément de la clause), l'OCDE⁹⁹ et le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique¹⁰⁰ ont fait des recommandations visant à une accessibilité aisée des clauses d'un contrat¹⁰¹.

Il nous semble douteux que la clause en question soit facilement accessible en

⁹⁷ *Dell, précitée*, note 1, au para. 90. Voir aussi, D. LLUELLES et B. MOORE, *loc.cit.*, note 36, à la page 897.

⁹⁸ *Ibid*, cité dans *Dell, précitée*, note 1, au para. 90.

⁹⁹ Voir [Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique](http://www.oecd.org/dataoecd/18/29/34023811.pdf), principes III et IV, disponibles sur <http://www.oecd.org/dataoecd/18/29/34023811.pdf>.

¹⁰⁰ Ce Groupe a établi le « Code Canadien sur les pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique », voir principe 1, article 1.1 disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/protectionconsommateurs03.pdf>. Ce Groupe comprend les organismes suivants : Alberta Government Services; Association canadienne de la technologie de l'information; Association canadienne des fournisseurs Internet; Association canadienne des télécommunications sans fil; Association canadienne de télévision par câble; Association canadienne du marketing; Association des consommateurs du Canada; Bell Canada; Bureau de la consommation, Industrie Canada; Centre pour la défense de l'intérêt public; Conseil canadien des bureaux d'éthique commerciale; Conseil canadien du commerce de détail; Division des politiques et des services de protection du consommateur, ministère des Services aux consommateurs et aux entreprises, gouvernement de l'Ontario; Fondation des normes de télévision par câble; L'Union des consommateurs; Office de la protection du consommateur, gouvernement du Québec; Option consommateurs.

¹⁰¹ Voir par exemple, Vincent GAUTRAIS, « Cyberconsommation. N°9 : Le contrat est-il facile à lire ? », disponible sur <http://www.gautrais.com/Le-contrat-est-il-facile-a-lire>.

raison des divers clics avant de pouvoir la lire, faisant en sorte que sa lisibilité soit, selon nous, pour le moins difficile à effectuer¹⁰².

SECTION 4. La clause externe dans un contrat électronique

Une importante considération dans la formation d'un contrat est celle des clauses externes et le degré de consentement requis du consommateur pour se voir obligé par ce type de clauses¹⁰³. En ce qui concerne les contrats électroniques, ce type de clauses pose une grande problématique, à savoir dans quels cas une clause accessible par un lien hypertexte – et qui, par sa nature même, n'est pas sur la même page web que le contrat principal – peut être classifiée comme une clause externe¹⁰⁴.

Cette question a été traitée dans l'affaire *Dell*¹⁰⁵ et fait l'objet de notre analyse dans la présente Partie. Afin de juger de la validité de la clause arbitrale, il fallait en premier décider si pareille clause était une clause externe au contrat

¹⁰² Voir les discussions à cet égard sur le site de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques, disponible sur http://www.gautrais.com/Affaire-Dell-pourquoi-la-clause?var_recherche=Dell%20clause%20externe#forum100.

¹⁰³ Sur la clause externe dans le droit québécois, voir en général, DIDIER LUELLES et BENOÎT MOORE, *Manuel de doctrine sur le régime des obligations*, t. 1, Montréal, Thémis, 2005, aux pages 26-33.

¹⁰⁴ À cet égard, voir notamment Adrian POPOVICI, « Le nouveau contrat Code civil et les contrats d'adhésion » 1992 *Mer. Mem. Lect.* 137, 140-144. Voir aussi, Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177-237.

¹⁰⁵ *Précitée*, note 1.

au sens de l'article 1435 du *Code civil du Québec*, ce qui aurait eut un impact sur le degré de consentement du consommateur alors exigé¹⁰⁶.

Nicolas Vermeys et François Sénécal, en analysant la décision en relation à la clause externe, affirment que la «troisième question abordée par la Cour, soit celle relative aux clauses externes, mérite cependant une plus grande analyse puisque l'arrêt semble venir complètement redéfinir la portée de l'article 1435 du *Code civil du Québec*»¹⁰⁷.

D'après certains auteurs, pour savoir si une clause doit être traitée comme clause externe, il importe de regarder ce qui suit :

«Pour les documents sur support-papier, les tribunaux utilisent le critère de la séparation physique entre la clause de renvoi et la clause externe. Ainsi, la clause qui apparaît au dos d'un contrat ou la clause sur un document broché au reste du contrat ne peuvent être considérées comme des clauses externes. Dans le cas d'un support électronique (contrat conclu sur Internet), la clause sera considérée comme externe et ne faisant pas partie intégrante du contrat si elle n'est pas facilement accessible à l'internaute, si elle requiert des manœuvres complexes pour accéder à sa lecture»¹⁰⁸.

Pour déterminer le caractère externe de la clause¹⁰⁹, il fallait d'abord analyser si le contrat était un contrat d'adhésion ou de consommation¹¹⁰ au sens

¹⁰⁶ Le *Code Civil du Québec* n'offre pas une définition de clause externe. L'article 1435 du *Code civil du Québec* prévoit: «si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance.».

¹⁰⁷ Nicolas W. VERMEYS et François SENECAI, « Commentaire sur la décision *Dell, Computer Corp. c. Union des consommateurs* — La dénaturation de la notion de clause externe», *Repères*, août 2007.

¹⁰⁸ D. LLUELLES et B. MOORE, *loc. cit.*, note 36.

¹⁰⁹ Sur la conclusion que la clause en question est une clause externe en vertu du *Code civil du Québec*, voir *Dell, précité*, note 1. Pour une analyse de la clause externe, voir JEAN-LOUIS.

du *Code civil du Québec*¹¹¹. Comme, en l'espèce, le contrat était un contrat de consommation, la clause devrait avoir été portée à la connaissance du consommateur pour être opposable¹¹². Ici, le contexte électronique joua un grand rôle. D'abord, la clause d'arbitrage était accessible au moyen d'un lien hypertexte¹¹³, qui était à quelques clics de la page initiale. De plus, le cheminement pour trouver la clause ne nous paraissait pas facile puisqu'il fallait toujours la chercher dans chaque nouvelle page du site web.

Pourtant, au regard du droit, plusieurs critères semblent devoir être valorisés pour que l'article 1435 du *Code civil du Québec* s'applique. Néanmoins, la Cour suprême du Canada a décidé que la clause d'arbitrage intégrée au contrat au moyen d'un hyperlien n'était pas une clause externe au sens du *Code civil du Québec*¹¹⁴. Ensuite, la Cour a conclu que les manœuvres pour accéder à la clause n'étaient pas d'une complexité telle au point de la

BAUDOIN et PIERRE-GABRIEL JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998. D. LLUELLES et B. MOORE, *loc. cit.*, note 36.

¹¹⁰ Voir article 1435 al. 2 du *Code civil du Québec* : «Dans le contrat de consommation ou d'adhésion, en plus de la présence de la clause expresse de renvoi, s'ajoute une obligation d'information. La clause externe à laquelle renvoie le contrat est nulle, si l'autre partie ne l'a pas portée à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent lors de la formation du contrat (art. 1435 , al. 2 Code civil du Québec)».

¹¹¹ Comme les dispositions sur la clause externe sont au Code Civil du Québec, il fallait que le contrat soit un contrat d'adhésion ou un contrat de consommation au sens du Code Civil du Québec, en vertu de l'article 1384 Code civil du Québec et non au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*

¹¹² Article 1435 al. 2 du *Code civil du Québec*.

¹¹³ Voir l'affaire *Eclipse Optical Inc. c. Bada U.S.A. Inc.*, [1998] R.J.Q. 289 (C.Q.) qui traite de la question d'un règlement d'arbitrage contenu dans une clause externe.

¹¹⁴ *Dell, précitée*, note 1, au paras 96 et suiv., spécialement para. 101.

rendre inaccessible au consommateur et, par conséquent, elle était valide puisque portée à la connaissance du consommateur¹¹⁵.

Pour le professeur Alain Prujiner, la question centrale reliée à une clause externe tant dans un contrat papier que sur format électronique, comme ce fut le cas dans l'affaire *Dell*, est de savoir si le renvoi dans le document principal suffit à lier les parties¹¹⁶. Selon la majorité de la Cour suprême, l'hyperlien ne dénote pas un élément de séparation entre le contrat principal et la clause externe, mais équivaut plutôt à une différence des pages comme en format papier¹¹⁷. Ainsi, la présence de la clause arbitrale dans la clause sur les conditions de vente, qui est accessible par le lien hypertexte, fait partie du contrat et, de ce fait, l'article 1435, al. 2 ne doit pas s'appliquer (en conséquence, le consommateur doit en prendre connaissance sans qu'il soit obligatoire que le commerçant l'indique)¹¹⁸.

À notre avis, la Cour suprême, a fait une analyse très technique de la clause compromissaire en l'espèce, et a raté l'occasion d'examiner le contenu de la clause pour décider si elle était effectivement une clause externe¹¹⁹.

¹¹⁵ *Ibid*, para. 100.

¹¹⁶ Alain PRUJINER, «Canada – Cours suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note», (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 593-607, à la page 595.

¹¹⁷ *Dell*, précitée, note 1, au para. 97.

¹¹⁸ Voir V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 15 (pour une analyse critique de la décision de la Cour suprême à cet égard).

¹¹⁹ Voir sur l'analyse du renvoi dans le document principal, A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 596; voir aussi, Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, à la page 178 (pour une étude comparée des clauses de renvoi en Europe), cité dans A. PRUJINER, *id.*

Il nous semble que la présence d'une clause d'arbitrage qui n'est pas sur la page principale du contrat devrait être expressément mentionnée dans la clause de renvoi (dans ce cas, l'hyperlien). Nous sommes d'accord avec le professeur Prujiner sur le point que la Cour aurait dû examiner en premier si la clause compromissoire était mentionnée dans le contrat principal et, ensuite, analyser son accessibilité au moyen de l'hyperlien :

« En l'espèce, pour que le renvoi soit explicite, il semble qu'il aurait fallu que l'existence d'une clause d'arbitrage fût indiquée avec l'intitulé des conditions générales de vente et pas seulement après l'activation de l'hyperlien pour les atteindre... Dans le cas d'espèce, pour déterminer si la clause d'arbitrage était opposable à Dumoulin, il aurait fallu se demander si, premièrement, cette clause était mentionnée dans le contrat de vente principal, avant de se demander si, par l'hyperlien y donnant accès, elle était effectivement accessible¹²⁰ .

Pour conclure sur le caractère « non » externe de la clause arbitrale, le point de vue de la Cour sur l'aspect technologique de la clause – à savoir l'examen de l'effet de l'hyperlien sur la notion de clause externe – semble indiquer que tout document accessible par un hyperlien n'est pas une clause externe, et ce, malgré le nombre de recherches que le consommateur doit faire (ainsi que les difficultés qui peuvent survenir) pour y accéder¹²¹. Cette approche en ce qui concerne cette pratique commerciale problématique est, selon nous, très libérale sur le plan analytique.

¹²⁰ A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 596.

¹²¹ *Ibid.*

Pour conclure cette première Partie, il importe de répéter que les règles applicables au contrat de consommation sur papier s'appliquent aussi aux contrats électroniques, avec les adaptations nécessaires. Ainsi, l'objectif de la Partie II est de traiter d'une question qui nous semble oubliée par les auteurs, soit la question de fond du litige, l'erreur dans l'affichage du prix. Bien qu'elle ait été laissée un peu de côté, l'importance de cette question est capitale non seulement concernant l'affaire *Dell*, mais aussi, étant donné la fréquence de ce type d'erreurs, dans le milieu électronique. De même, nous traiterons des cas similaires à celui de l'affaire *Dell* dans d'autres juridictions et les solutions qui furent alors proposées.

Partie II. Le Fond de l'affaire *Dell* : l'erreur sur le prix dans un contrat de consommation électronique

Notre propos dans cette partie de l'exposé étant d'analyser l'erreur sur le prix dans l'affaire *Dell*, il s'avère nécessaire de dresser un portrait général de l'état du droit au Québec en matière d'erreur. En conséquence, nous avons l'intention d'exposer les erreurs reconnues en droit civil québécois et de discuter dans quelle mesure l'erreur peut vicier le consentement. Nous allons distinguer les erreurs en tant que vice du consentement de celles qui n'ont pas d'impact sur la validité du contrat. Dans cette optique, nous analyserons la notion d'erreur matérielle et si l'erreur dans l'affichage du prix peut vicier le consentement. En premier lieu, nous étudierons l'erreur en tant que vice du consentement en droit civil québécois (Chapitre 1) et ensuite nous examinerons certains cas d'étude en droit étranger (Chapitre 2) et finalement nous analyserons l'erreur sur le prix dans le cas spécifique de Dell (Chapitre 3).

CHAPITRE 1. L'erreur en droit québécois

Pour avoir un engagement, il faut un échange des volontés. En effet, le droit québécois est clair sur cette question, en indiquant que l'échange de

consentement est une des conditions de formation du contrat¹²². À cet égard, l'erreur est un vice du consentement dans la mesure où il porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou sur tout autre élément essentiel¹²³. Il s'ensuit que le consentement n'est pas vicié par toute erreur, mais seulement par celles encadrés par la loi. D'ailleurs, l'erreur inexcusable ne vicie pas le consentement¹²⁴.

L'erreur fait en sorte que l'échange de consentement est imparfait et la conséquence qui en résulte constitue l'invalidité du contrat¹²⁵. Toutefois, l'erreur ne vicie pas toujours le consentement. En premier lieu, nous allons distinguer les différents types d'erreurs et dans quelle mesure ils peuvent vicier le consentement. En deuxième lieu, nous aborderons le cas spécifique de l'erreur sur le prix, car ce type d'erreur est le plus courant dans les contrats électroniques.

En lisant l'article 1400 du *Code civil du Québec*, qui énonce les principes de base en matière d'erreur, nous pouvons établir qu'il existe deux catégories d'erreur en droit civil québécois : l'erreur inexcusable qui ne vicie pas le consentement et l'erreur qui le vicie¹²⁶.

SECTION 1. L'erreur inexcusable

¹²² *Code civil du Québec*, Section III, Des conditions de formation du contrat.

¹²³ Art. 1400 du *Code civil du Québec*.

¹²⁴ Art. 1400 al. 2 du *Code civil du Québec*.

¹²⁵ Art. 1419 du *Code civil du Québec*.

¹²⁶ J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 109, à la page 199.

L'article 1400 du *Code civil du Québec* énonce une des caractéristiques de l'erreur inexcusable¹²⁷, à savoir qu'elle ne vicie pas le consentement¹²⁸. Selon les professeurs Didier Luelles et Benoît Moore, l'erreur inexcusable est celle que « la personne aurait pu aisément éviter en prenant un minimum de précautions qu'elle n'a pas prises »¹²⁹. Il s'agit ici d'un cas qui s'apparente à la négligence ou à la faute grossière¹³⁰ de la part de la victime, qui ne pourra invoquer sa propre faute pour annuler le contrat¹³¹. La stabilité contractuelle est un principe qui régit le droit civil des contrats. Les personnes doivent donc faire l'objet d'un minimum de prudence lors de la conclusion des contrats. À titre d'exemple, la Cour supérieure a considéré comme une erreur inexcusable le fait de signer un contrat sans l'avoir préalablement lu¹³².

En ce qui concerne l'évaluation du caractère inexcusable de l'erreur, il faut tenir compte des circonstances particulières de chaque affaire, tels l'âge, la position économique ou financière des parties¹³³. En somme, lorsque les parties font face à une erreur inexcusable, selon les caractéristiques invoquées ci-dessus, le contrat demeurera parfaitement valide, car ce type d'erreur n'étant pas un vice du consentement, il n'a pas d'impact sur la validité du contrat.

¹²⁷ Voir en général sur l'erreur inexcusable, *Quirion c. Chantigny*, [1957] C.S. 282.

¹²⁸ Voir aussi, *Armoires D.L.M. Inc. c. Constructions Plani-sphère Inc.*, J.E. 96-639 (C.S.), qui confirme le principe selon lequel l'erreur inexcusable ne vicie pas le consentement.

¹²⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36.

¹³⁰ Sur le sens du caractère inexcusable, voir J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 109, à la page 206.

¹³¹ À cet égard, nous faisons référence à la maxime de droit romain « nul ne peut invoquer sa propre turpitude ».

¹³² *Banque Nationale du Canada c. Marcoux*, 99BE-292 (C.S.).

¹³³ *Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459.

SECTION 2. L'erreur sur le prix

Pour être considérée comme une erreur sujet d'être un vice de consentement, l'erreur sur le prix doit faire partie d'une des catégories reconnues à l'article 1400 du *Code civil du Québec*, soit l'erreur sur la nature du contrat, l'erreur sur l'objet de la prestation ou l'erreur sur un élément essentiel du contrat. De fait, selon la Cour d'appel du Québec, l'erreur sur la valeur, dans la mesure où elle est déterminante, peut parfois être considérée comme une erreur sur la considération principale¹³⁴, pour autant que l'erreur soit au centre de la décision de contracter.

L'erreur sur le prix est très similaire à la notion de lésion. Nous sommes d'accord avec certains auteurs pour affirmer qu'il s'agit «en réalité, d'un déséquilibre économique en matière des prestations réciproques, donc, d'une lésion (art. 1406, al. 1^{er})»¹³⁵. En droit civil québécois, la lésion n'est permise que dans des circonstances spécifiques¹³⁶. Or, plaider l'erreur sur le prix comme vice du consentement serait de faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, puisque la lésion n'est pas admissible entre majeurs. Par voie de conséquence, et selon ce qui a été établi par les tribunaux canadiens, l'erreur

¹³⁴ *Cayer c. Martel*, J.E. 95-2071 (C.A.).

¹³⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, n° 569.

¹³⁶ En effet, selon l'article 1405 du *Code civil du Québec*, la lésion ne vicie le consentement que dans les cas des mineurs et des personnes inaptes protégées. Voir à cet égard, *Beaurivage & Méthot Inc. c. Hôpital de Saint-Sacrement*, [1986] R.J.Q. 1729 (C.A.).

économique ne constitue pas une cause de nullité du contrat, sauf si c'est l'une des catégories admises par la loi¹³⁷.

Pour conclure sur la question de l'erreur sur le prix en droit civil général, il nous apparaît nécessaire d'analyser l'erreur dans l'affichage du prix. À notre avis, ce type d'erreur se distingue de celui où le vendeur se trompe quant à la valeur de l'objet et le vend à un prix inférieur¹³⁸. L'erreur sur l'affichage du prix représente plutôt une erreur matérielle¹³⁹, une erreur humaine¹⁴⁰. En effet, le vendeur connaît très bien la valeur du bien dans le marché, mais, lors de l'affichage du prix de ce bien, il oublie, par exemple, un chiffre à la fin¹⁴¹. Il est certain que ce type d'erreur est plus fréquent lorsque les biens sont vendus en ligne. Dans ce cas, le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence

¹³⁷ Voir à cet égard *Racicot c. Bertrand* [1979] 1 R.C.S. 441, 473 et *Beaurivage & Méthot Inc. c. Hôpital de St-Sacrement*, *id.*

¹³⁸ Ici, nous faisons la distinction, par exemple, à celui qui vend un tableau authentique pour un prix clairement inférieur à sa valeur dans le marché en raison de sa méconnaissance des cours et le commerçant qui veut vendre un bien pour sa valeur dans le marché, mais l'annonce pour un autre prix, voir D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 36, à la page 298.

¹³⁹ Sur l'erreur matérielle, voir en général, *Landry c. Lévesque*, [1966] B.R. 326; *Prêt Hypothécaire c. Habitations du Futur Inc.*, [1981] C.S. 1092. Voir aussi, Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006) 291 *R. du B.* 66.

¹⁴⁰ La question de l'erreur matérielle a aussi été l'objet de l'affaire *Rogers Cable Communications Inc. et Aliant Telecom Inc.*, Décision de Télécom CRTC 2006-45. Cette affaire concernait une erreur matérielle dans le contrat de Rogers, à savoir l'inclusion d'une virgule où elle n'avait pas lieu.

¹⁴¹ Voir le cas de la compagnie aérienne Alitalia, qui au lieu d'annoncer les billets d'avion pour \$3300, l'a affiché pour \$33, disponible à : http://blog.ic-agency.com/fr/2006/04/alitalia_erreur.html.

l'un de l'autre lors de la formation du contrat¹⁴². De ce fait, l'erreur devient plus difficilement perceptible avant la conclusion du contrat¹⁴³.

Dans le contexte des contrats électroniques, l'erreur sur le prix devient beaucoup plus constante et les conséquences peuvent être néfastes pour le marchand¹⁴⁴. Les exemples ne manquent pas¹⁴⁵. En 2003, le site Amazon.com a annoncé un ordinateur à 99,99 \$ au lieu de 1°049 \$¹⁴⁶. Il y a eu 6°000°commandes avant que Amazon.com se rende compte de l'erreur. Les commandes ont été annulées, évitant ainsi une perte de 500 000°\$ au marchand¹⁴⁷.

A) La disposition concernant l'affichage du prix

¹⁴² Sur la formation des contrats en ligne, voir par exemple, Diane ROWLAND et Elizabeth MACDONALD, *Information Technology Law*, 2d éd., Londres, Cavendish, 2000, aux pages 295-306.

¹⁴³ Normalement, le commerçant ne se rend compte de son erreur qu'après certaines commandes ont été faites avec les prix erronés. Voir à cet égard, B. GROEBNER, *loc. cit.*, note 26.

¹⁴⁴ Voir notamment l'exemple de Amazon, qui a affiché erronément les prix des iPacs pour moins de 10£, alors que le vrai prix était d'environ 287£ : <http://news.zdnet.co.uk/itmanagement/0,1000000308,2132174,00.htm>. Voir aussi le cas de KMart's BlueLight.com, qui a annoncé le Nomad Jukebox MP3 player pour \$US 26.89 au lieu de \$US 299, disponible à : <http://www.unlimited.co.nz/unlimited.nsf/0/B333D06B92AAF897CC256A630072620C?OpenDocument>. De même, voir un cas en 2007 d'un voyage à Cuba annoncé pour \$89 au lieu de \$899, disponible à : http://www.gautrais.com/article.php3?id_article=95&var_recherche=Dell

¹⁴⁵ Un exemple néfaste concerne une erreur d'une compagnie aérienne sur les prix des vols qui a causé une perte de \$320.000 pour Malaysia Airlines, voir <http://www.etravelblackboard.com/showarticle.asp?id=75999&nav=130&suc=&cid=&email=&news=>. Voir aussi, une analyse d'une étude de cas concernant une erreur sur le prix comme le prisme pour l'étude d'autres questions liées à la formation des contrats électroniques, J. SAVIRIMUTHU, *loc. cit.*, note 72, à la page 110.

¹⁴⁶ Voir http://seattlepi.nwsourc.com/local/106251_amazon29.shtml.

¹⁴⁷ Voir l'histoire complète à l'adresse suivante : http://seattlepi.nwsourc.com/local/106251_amazon29.shtml.

Nous sommes d'accord avec la Cour supérieure que le contrat intervenu entre les parties est un contrat de consommation au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁴⁸. De ce fait, il est clair que les dispositions de cette loi s'y appliquent. Son article 224c) détermine qu'« [a]ucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit : [...] c) exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé »¹⁴⁹. En conséquence de l'analyse proposée plus haut, *Dell* ne peut pas changer le prix annoncé sur son site web, suivant la disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*. Tout autre résultat enlèverait à cette disposition sa raison d'être. Cette disposition a pour objectif de protéger le consommateur contre les changements des commerçants sur les prix de leurs marchandises. Dans ce cas, la disposition de la *Loi sur la protection du consommateur* empêche les commerçants d'annuler les commandes lorsque la publicité a été faite. Selon le régime du droit des obligations prévu au *Code civil du Québec*, il reste de savoir si la même conclusion est applicable puisque, comme nous en avons discuté précédemment, le contrat entre *Dell* et les consommateurs peut être qualifié de contrat de consommation selon le régime des obligations du *Code civil du Québec*.

Outre l'analyse ci-haut, selon laquelle l'erreur sur le prix en matière de consommation sous l'empire de la *Loi sur la protection du consommateur* est rectifiable si l'erreur sur l'affichage du prix est classifiée comme une erreur

¹⁴⁸ Décision de la Cour supérieure, *précitée*, note 13, au para. 22.

¹⁴⁹ Art. 224 c) de la *Loi sur la protection du consommateur*.

matérielle¹⁵⁰, il peut y avoir des conséquences dans le droit des obligations. La question qui se pose alors est de savoir si le régime du droit des obligations québécois reconnaît l'erreur matérielle comme une erreur vice du consentement ou une erreur inexcusable.

Nicolas Vermeys nous enseigne que l'erreur matérielle n'est pas prévue à l'article 1400 du *Code civil du Québec*¹⁵¹. La jurisprudence et la doctrine classifient l'erreur matérielle selon deux critères : qui a commis l'erreur matérielle (un seul contractant ou tous les cocontractants) et de quel type d'erreur il s'agit (erreur d'écriture, erreur de calcul)¹⁵².

Vermeys conclut que l'erreur sur le prix est un type d'erreur d'écriture, une erreur dans l'énonciation du prix¹⁵³. Selon lui, l'erreur sur le prix n'est pas automatiquement un motif d'annulation du contrat :

« Tout comme l'erreur de calcul, l'erreur sur le prix ne pourra donner lieu à l'annulation du contrat sauf si l'erreur est à ce point évidente que le maintien du contrat choquerait la conscience collective. Bref, le contrat sera annulé si le cocontractant savait ou aurait dû savoir qu'il y avait erreur lorsqu'il a contracté »¹⁵⁴.

Par voie de conséquence, l'erreur sur le prix dans l'affaire *Dell* ne devrait pas permettre d'annuler le contrat sauf s'il était évident que c'était une erreur et

¹⁵⁰ Voir Audrey LÉBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8, cité dans N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 295.

¹⁵¹ N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 297.

¹⁵² *Ibid.*, à la page 300.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, à la page 307.

si les consommateurs n'agissaient pas de bonne foi. La Cour d'appel du Québec s'est prononcée sur la bonne foi d'un cocontractant en matière d'erreur sur le prix d'un bien ou d'un service¹⁵⁵. Selon la Cour :

« Devrait-on considérer que l'hôpital intimé avait par ses propres estimations antérieures à l'appel d'offres connu le coût approximatif des travaux évalués à quelque 200 000,00 \$? Ainsi, ouvrant les soumissions, notant celle de Beaurivage à quelque 110 000,00 \$, n'aurait-elle pas dû conclure à l'erreur? Séduisant à première vue, un tel raisonnement va totalement à l'encontre du processus des soumissions publiques qui s'adresse à des gens avertis soit des entrepreneurs en construction dans l'espèce. Tout le système est précisément destiné à l'obtention d'un prix avantageux, nous l'avons déjà mentionné. De multiples raisons peuvent inciter des soumissionnaires à faire le mémoire à un prix inférieur aux estimations pour des raisons aussi variées qu'étrangères aux propriétaires. Celles-ci peuvent être justifiées de mille façons... Un tel système comporte nombre d'avantages et d'inconvénients que les parties acceptent conscientes des risques qu'il comporte. Malheureusement, l'équité n'y a guère place »¹⁵⁶.

B) L'erreur sur le prix dans les contrats électroniques

L'erreur sur le prix est très courante dans les offres en ligne¹⁵⁷. Par exemple, Kodak, en 2001, a offert une caméra digitale qui valait 329^o£ pour

¹⁵⁵ *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement, précitée*, note 136, cité dans VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 308.

¹⁵⁶ *Ibid.*, au paras. 35-37.

¹⁵⁷ Voir par exemple, Peter HOWITT, « Contracts: The Perils of Online Pricing », (2003) 5-4 *E-Commerce Law & Policy* 2 (en constatant que les erreurs sur les prix sont courant dans les contrats électroniques, l'auteur fait un survol des types des précautions que le marchand peut mettre en place pour éviter des erreurs sur le prix). Voir aussi, *The Unfair Terms in Consumer*

100°£¹⁵⁸. Résultat : Kodak a honoré ses obligations et a subi une perte de 2°millions de°£. Cela dit, il existe des possibilités préventives¹⁵⁹ pour que les compagnies soient à l’abri des engagements indésirables. En ce qui concerne le mécanisme de formation du contrat, une solution possible serait d’inclure une condition au contrat. Par exemple, insérer une clause selon laquelle le contrat ne sera pas conclu avant que le consommateur ne reçoive une confirmation du marchand, comme l’a fait *Dell* dans l’exemple plus haut. Ainsi, les erreurs pourront être détectées avant que le contrat ne soit formé¹⁶⁰.

Avant l’erreur qui a donné naissance au litige dans la présente affaire, en 2004, *Dell* a annoncé sur son site web un appareil photo à 196°\$ au lieu de 1 600°\$¹⁶¹. En constatant l’erreur, *Dell* a affirmé que ce n’était qu’une coquille et qu’elle ne devrait pas honorer le prix erroné. Les consommateurs se sont tournés vers des fora de résolutions des différends en ligne pour résoudre la question¹⁶². Ce qui a sauvé *Dell* dans ce cas fut le contrat de vente qui indiquait qu’en faisant la commande le consommateur faisait une offre d’achat et, seulement après avoir reçu la commande, *Dell* enverrai un message en acceptant

Contracts Regulations 1999, S.I. 1999/2083, disponible sur <http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si1999/19992083.htm>; Amanda C. BROCK, « Amazon and Pricing », (2003) *Electronic Business Law* 5 (5), à la page 16.

¹⁵⁸ Citée dans Mathew BROERSMA, « Amazon Mis-priced iPags: No Sale », ZDNet UK (19 mars, 2003), disponible à : <http://news.zdnet.co.uk/business/0,39020645,2132174,00.htm>.

¹⁵⁹ Voir à cet égard, Lawrence H. HERTZ, « Don’t Get Trapped into Honoring Online Pricing Errors! », (2002), 4-7 *E-Com. L. R à la page 6* et Christian L. KUNZ, et al., « Click-Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent », (2001), 57 *Bus. Law* 40.

¹⁶⁰ Pour d’autres possibles solutions, voir notamment B. GROEBNER, *loc. cit.*, note 26.

¹⁶¹ Voir Mat LONEY, « Dell customers get snappy at pricing error », ZDnet, 13 décembre 2004, disponible sur <http://news.zdnet.co.uk/internet/0,1000000097,39181032,00.htm>.

¹⁶² *Ibid.*

l'offre ou en la rejetant¹⁶³. De cette façon, *Dell* s'est protégée contre d'éventuelles erreurs sur le prix. Au lieu de traiter l'affichage du bien pour un prix sur le site Internet comme étant l'offre, *Dell* a stipulé dans le contrat que c'est le consommateur qui fait l'offre. De plus, *Dell* a spécifié n'être pas responsable pour des erreurs sur le prix ou tout autre type de coquilles¹⁶⁴.

C) L'annulation du contrat sur la base d'erreur sur le prix

Dans l'affaire *Dell*, après s'être rendu compte de l'erreur sur le prix, *Dell* a annoncé sur son site web, entre autres, que « (...) *Dell* is not obligated to sell products based on pricing errors on our website »¹⁶⁵, et ce, même si 350 commandes avaient été faites. La question demeure de savoir si *Dell* est obligée d'exécuter son obligation découlant de cette vente, soit de délivrer le bien vendu¹⁶⁶, malgré cet énoncé sur son site web.

Dans le cas qui nous occupe, l'erreur de *Dell* constitue une erreur sur l'affichage du prix, une erreur matérielle¹⁶⁷. Il faut donc analyser si l'erreur peut être rectifiée ou si elle entraîne la nullité du contrat¹⁶⁸.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Voir OUT-LAW.COM, *How to protect your site against pricing errors*; disponible sur <http://www.out-law.com/page-429>.

¹⁶⁵ *Dell*, précitée, note 1, au para. 16.

¹⁶⁶ Art. 1716 du *Code civil du Québec*.

¹⁶⁷ N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139.

¹⁶⁸ Pour une analyse des ces questions, voir *id.*, à la page 309. Voir aussi, *Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée*, [1971] C.A. 685.

L'erreur peut vicier le consentement d'un des contractants. Pour le juge

Jean-Louis Baudouin :

« L'erreur simple (par opposition à l'erreur provoquée par le dol) ne peut entraîner désormais qu'une seule sanction, soit la nullité relative de l'engagement. La phraséologie précise de l'article 1407 *Code civil du Québec* exclut, en effet, la possibilité qu'elle puisse donner naissance à un recours en dommages-intérêts ou en réduction des obligations »¹⁶⁹.

Il faut encore analyser si l'erreur est attribuable aux deux parties ou si elle est une erreur unilatérale. Vermeys, encore, souligne que « l'erreur matérielle « mutuelle » ne saurait être considérée comme une erreur au sens des articles 1400 et suivants du *Code civil du Québec* »¹⁷⁰. Il nous indique que si l'erreur est concomitante aux deux parties, par exemple, la mauvaise transcription sur le contrat d'un prix accordé pour un bien¹⁷¹ ou une erreur unilatérale.

Nous allons analyser l'erreur *unilatérale*, car, dans les contrats électroniques (comme cela a été le cas de l'affaire *Dell*), les erreurs sur le prix sont généralement des erreurs unilatérales¹⁷². Dans le cas d'erreur unilatérale n'ayant pas été provoquée par le dol du cocontractant, le remède pour une telle

¹⁶⁹ J-L BAUDOUIN, *op. cit.*, note 109, à la page 212.

¹⁷⁰ N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 311.

¹⁷¹ Voir *id.*, à la page 315 (L'auteur indique que ce type d'erreur ne pose pas vraiment des problèmes juridiques car « ce type d'« erreur » n'affecte pas la volonté réelle des parties, mais bien sa constatation matérielle »).

¹⁷² Voir B. GROEBNER, *loc. cit.*, note 26.

erreur est la résiliation du contrat. Selon la Cour du Québec dans *Lussier*

Pontiac Buick GMC ltée c. Breton :

«Ce n'est donc pas une erreur de nature cléricale, comme le suggère la demanderesse, qui pourrait être corrigée. Il s'agit plutôt d'une erreur unilatérale et simple, en ce sens qu'elle n'a pas été provoquée, en aucune manière, par la défenderesse. Cependant, cette erreur commise par la demanderesse est substantielle et vicie son consentement parce qu'elle concerne un élément essentiel du contrat à savoir, le taux d'intérêt et les modalités de remboursement. Une telle erreur peut entraîner la nullité du contrat comme le prévoit l'article 1407 du *Code civil du Québec*»¹⁷³.

Quoiqu'il en soit, dans le cas des marchands qui eux-mêmes font des erreurs dans l'affichage du prix, il semblerait illogique qu'ils puissent obtenir la nullité du contrat en raison de leur propre turpitude ou négligence¹⁷⁴. L'erreur sur le prix en soi n'est pas énoncée comme un vice du consentement à l'article 1400 du *Code civil du Québec*¹⁷⁵.

La nullité du contrat et des obligations qui en découlent doit donc être permise sur la base des règles de l'erreur *vice du consentement* (par opposition à

¹⁷³ EYB 2003-41898 (C.Q.), cité dans N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139.

¹⁷⁴ Voir N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 321 (l'auteur cite une décision de la Cour suprême du Canada à l'effet que «la personne en affaires qui invoque sa propre erreur unilatérale pour se soustraire aux conditions – couchées par écrit – d'un document qu'elle a signé et qui, à première vue, semble parfaitement clair, doit surmonter de sérieux obstacles. Le droit est résolu à prévenir la proverbiale avalanche de poursuites que pourraient vouloir engager des contractants insatisfaits, qui veulent se délier d'un marché peu avantageux», *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, REJB 2002-28038, au para. 35 (Cour suprême, en appel d'une décision de la Cour d'appel d'Alberta, Juge Binnie.).

¹⁷⁵ Tel que l'avons déjà exposé, l'erreur sur le prix n'est pas reconnue comme vice du consentement en droit civil québécois, sauf dans des cas exceptionnels. Voir à cet égard, J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 109.

l'erreur inexcusable)¹⁷⁶. L'erreur sur le prix est similaire à l'erreur économique (l'erreur quant à la valeur de l'objet d'une prestation dans un contrat)¹⁷⁷. Malgré la ressemblance à première vue, l'erreur sur le prix ne doit pas être confondue avec l'erreur sur la valeur d'une prestation¹⁷⁸ qui représente

«[L]’expression d’une appréciation économique erronée du produit, autrement dit d’une méprise intellectuelle. [...] Contrairement à l’erreur sur la valeur, l’erreur sur le prix qui provient d’un mauvais étiquetage est purement matérielle. Elle n’est aucunement l’expression d’une méprise intellectuelle»¹⁷⁹.

La Cour d'appel du Québec a décidé que, si l'erreur sur la valeur se situe au « centre même de la décision » et « s'élève au rang de considération principale et de condition même de l'engagement », la nullité doit être autorisée¹⁸⁰.

L'erreur unilatérale sur le prix pourrait être considérée comme une erreur inexcusable en vertu de l'article 1400 du *Code civil du Québec* lorsqu'elle ne constitue aucun des types d'erreurs qui vicient le consentement des parties¹⁸¹.

¹⁷⁶ Voir à cet égard, *Cayer c. Martel*, J.E. 95-2071 (C.A.) et *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.)

¹⁷⁷ J.-L. BAUDOIN, *op. cit.*, note 109, n° 226.

¹⁷⁸ La Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Beaurivage et Méthot Inc. c. Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*, précitée, note 136, au para. 31-32 a conclu qu'admettre « l'erreur quant au prix, en cette matière, ce serait admettre l'erreur d'appréciation économique et en conséquence, la lésion qui en résulte. Celle-ci n'est pourtant pas admise entre majeurs dans notre droit. ».

¹⁷⁹ Audrey LÉBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8.

¹⁸⁰ *Légaré c. Morin Légaré*, [2003] R.J.Q. 2545, REJB 2002-33389 (C.A.).

¹⁸¹ Voir aussi N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139.

Nathalie Vézina et Louise Langevin concluent qu'une « erreur de forme, comme une erreur de calcul ou d'écriture, constitue un autre exemple d'erreur qui ne peut être considérée comme un vice du consentement, sauf s'il s'agit d'un élément essentiel au contrat »¹⁸².

Dans la même optique, la Cour d'appel du Québec (confirmant une décision de la Cour du Québec) a circonscrit comme une erreur inexcusable celle d'un vendeur professionnel qui avait vendu une auto à un prix inférieur à sa valeur à la suite d'une erreur de calcul¹⁸³.

« Dans le cas sous étude, ce n'est pas le silence du défendeur qui a entraîné ou provoqué l'erreur de la demanderesse. L'erreur avait déjà été commise par la demanderesse qui avait elle-même préparé les contrats. C'était une erreur subjective, unilatérale et en fait, inexcusable. Ce n'est pas parce que le directeur des ventes a remplacé le directeur commercial qui avait démissionné durant le mois précédant le contrat que l'erreur est excusable. Le directeur des ventes possédait l'expérience nécessaire pour vérifier correctement les contrats. L'intervention d'autres personnes (dont un vendeur et le président) au dossier rendait encore plus facile la détection de cette erreur »¹⁸⁴.

¹⁸² Louise LANGEVIN et Nathalie VEZINA, *Le contrat*, Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec, vol. 5, 2006, EYB2006CDD126.

¹⁸³ Cité dans N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139.

¹⁸⁴ *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, REJB 2001-22774, par. 49 (C.Q.) (confirmée en appel, REJB 2003-41863). Voir également *Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth (1987) ltée*, REJB 2000-19318, au para. 32 (C.Q.) : « Non seulement Longue Pointe est-elle un vendeur professionnel mais son représentant remplit le contrat, calcule les taxes, fait signer le document puis appose sa signature. Toutes ces étapes font en sorte que le vendeur avait la possibilité de réaliser son erreur et était en mesure de la constater », cité dans N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 326.

Une analogie existe entre cette décision et l'erreur dans l'affichage du prix dans l'affaire *Dell*. Comme l'ont décidé les tribunaux dans l'affaire précédente, lors de l'affichage d'un bien sur le site Internet de *Dell*, il est juste de présumer qu'il y a une intervention d'autres personnes, ce qui fait en sorte que la détection de l'erreur sur l'affichage du prix était rendue aussi plus facile. Ce fait contribue au caractère inexcusable de l'erreur sur le prix, en analogie avec la décision précédente.

Malgré ce fait, Vermeys examine une exception à la notion de l'erreur matérielle unilatérale inexcusable. Selon cet auteur, si le cocontractant de l'auteur de l'erreur agit de mauvaise foi, cela constitue une exception au caractère inexcusable de l'erreur unilatérale¹⁸⁵ : « La partie victime de sa propre erreur peut donc invoquer la mauvaise foi de son cocontractant pour se libérer de ses obligations contractuelles »¹⁸⁶. Cette mauvaise foi peut être constatée parce que l'erreur est tellement évidente que le cocontractant ne peut pas prétendre avoir cru (de bonne foi) que ce n'était pas une erreur. En effet, la Cour supérieure du Québec a décidé dans l'affaire *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.* que le montant que le cocontractant prétendait avoir accordé était si loin de la réalité que la mauvaise foi de ce dernier allait de soi :

« Après analyse, le Tribunal est d'avis que Coginter savait pertinemment que Viau avait commis une erreur matérielle et qu'elle a voulu en tirer profit. Il ne fait

¹⁸⁵ N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139, à la page 330.

¹⁸⁶ N. VERMEYS, *id.*

aucun doute que c'est pour cette raison que Berranger n'a pas signé le document contenant l'offre à l'endroit prévu et qu'il a préféré écrire sur le document «We hereby accept the settlement, final and full, of \$7 500 000 »¹⁸⁷.

Toutefois, la conclusion quant à la mauvaise foi du cocontractant à la suite d'une erreur dans l'étiquetage du prix d'un bien sur un site web n'est pas aussi automatique que dans le cas discuté plus haut. Jon Fel et John Salmon prétendent que « pricing errors aren't always obvious to consumers, as the internet is often seen as the place to find good deals ».¹⁸⁸ Il va sans dire que l'environnement informatique est rempli de consommateurs qui cherchent de bonnes opportunités d'épargner de l'argent, tout en sachant que le marchand a commis une erreur tout à fait honnêtement !

Il s'ensuit que tout dépendra des circonstances en question et de l'appréciation des tribunaux. Par exemple, un tribunal de Singapore a conclu que, puisque les consommateurs savaient que le marchand avait commis une erreur matérielle en annonçant une imprimante à 66°\$ au lieu de 3 854°\$, le contrat ne pouvait être valablement formé. Cette décision a pris comme fil conducteur de l'analyse le fait que les consommateurs, avant d'avoir fait leurs commandes, étaient au courant de l'erreur du marchand puisque celle-ci était tellement évidente¹⁸⁹.

¹⁸⁷ *Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203 (C.S.).

¹⁸⁸ Jon FEL et John SALMON, OUT-LAW.COM, *loc. cit.*, note 174.

¹⁸⁹ *Ibid.*

Nous estimons que les décisions qui traitent de l'erreur sur le prix dans les contrats en format papier peuvent s'appliquer aux contrats électroniques. Étant donné que la décision quant à l'erreur sur le prix et la validité du contrat n'est pas encore rendue, nous proposons l'analyse de certaines décisions étrangères¹⁹⁰.

CHAPITRE 2. Décisions étrangères concernant l'erreur sur le prix

Une décision du Tribunal d'instance de Strasbourg¹⁹¹, datant du 24 juillet 2002, portait sur l'erreur dans l'affichage du prix d'un rétroprojecteur sur le site web de la compagnie *Netbusiness*. Les faits de cette affaire sont très similaires à ceux de l'affaire *Dell*¹⁹². En effet, un consommateur a fait une commande auprès de *Netbusiness* d'un rétroprojecteur dont le prix annoncé était de 5°290°F, montant qui représentait un dixième de la valeur réelle de l'objet. Ce rétroprojecteur se vendait 50°000°F. La compagnie a envoyé un accusé de réception confirmant la commande et en l'acceptant. N'ayant pas reçu l'appareil, le consommateur a déposé une demande d'injonction au Tribunal d'instance de Strasbourg afin d'obliger *Netbusiness* à lui livrer le rétroprojecteur. Le Tribunal a décidé que le contrat devrait être annulé sur la base de « l'erreur matérielle

¹⁹⁰ Cette partie n'est pas une analyse approfondie de la jurisprudence étrangère en matière de l'erreur sur le prix, mais simplement une illustration des positions jurisprudentielles dans certains pays. Nous avons choisi les décisions les plus pertinentes sur ces questions.

¹⁹¹ *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount*, Tribunal d'Instance de Strasbourg, 24 juillet 2002.

¹⁹² *Dell*, précitée, note 1.

d'étiquetage informatique »¹⁹³. Le Tribunal est d'avis que l'erreur a vicié le consentement de *Netbusiness*, laquelle n'a pas exprimé une volonté éclairée de vendre l'objet pour le prix erroné.

Nous estimons que l'écart flagrant du prix affiché de l'objet et de son prix réel a eu un impact dans la décision du juge. La bonne foi du consommateur était douteuse puisqu'il était clair qu'il y avait une erreur sur le prix du rétroprojecteur, compte tenu de la valeur minimale demandée pour le bien. Nous pouvons conclure, à la lecture de cette décision, que le droit français exige que l'acheteur soit de bonne foi.

Une autre décision française ayant trait à l'erreur sur le prix provient de la Cour de cassation¹⁹⁴. Dans cette affaire, la Cour a refusé d'annuler un contrat conclu entre un commerçant et un consommateur à l'égard d'une bague de luxe vendue 100°000°F au lieu de 460°000°F. Le juge a refusé d'annuler la décision puisque la différence entre le prix réel et le prix affiché n'était pas dérisoire.

Pour conclure sur le droit français concernant la question de l'erreur sur le prix, la notion de bonne foi de l'acheteur est importante. En droit français « [l]es tribunaux considèrent en effet, de manière restrictive, qu'une telle nullité ne pourra être retenue que si l'erreur d'affichage fait apparaître un prix dérisoire

¹⁹³ *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount*, précitée, note 191.

¹⁹⁴ Bulletin 1995 I N° 303 à la page 212, Cour de Cassation, 4 juillet 1995, disponible à: <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1995X07X01X00303X000>.

tel que le consommateur ne peut prétendre avoir pris ce prix pour la valeur réelle du bien »¹⁹⁵.

Une décision en Allemagne¹⁹⁶ illustre bien aussi l'argument de la bonne foi de l'acheteur. Une décision datant du 15 juillet 2004 a porté sur la même question de l'erreur sur le prix. Le tribunal a estimé dans cette affaire « qu'un consommateur pouvait exiger la livraison d'un produit frappé d'une erreur sur le prix dès lors, compte tenu de la marge de différence, que ce dernier n'avait pas connaissance de cette erreur »¹⁹⁷.

Aux États-Unis, dans une décision datant du 28 janvier 2003, la juge Eileen Kato, de la King County District Court, a annulé un contrat conclu sous l'empire de l'erreur sur le prix¹⁹⁸. Dans cette affaire, Barry Sweet avait acheté un téléviseur sur le site d'Amazon.com à un prix équivalant à 10 % du prix réel du bien. Encore une fois, la raison de ce « rabais » était l'erreur dans l'affichage du prix. Dans sa décision, la magistrate n'a pas annulé le contrat sur la base d'une erreur vice du consentement, mais plutôt en s'appuyant sur les conditions de vente affichées sur le site d'Amazon, lesquelles prévoient, entre autres, que ce

¹⁹⁵ Voir à cet égard : *Forum des droits sur l'Internet*, « L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique », 25/03/2003, disponible à : <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=526>.

¹⁹⁶ La décision est disponible, en Allemand, à l'adresse suivante : <http://www.jurpc.de/rechtspr/20040269.htm>.

¹⁹⁷ Voir des commentaires sur cette affaire à l'adresse suivante : <http://tabaka.blogspot.com/2004/11/allemande-une-erreur-sur-le-prix-qui.html>.

¹⁹⁸ Voir les commentaires de cette affaire à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=526>

dernier peut annuler les commandes lorsque le prix d'un bien est supérieur au prix affiché sur le site web.

Il nous semble que, dans ces décisions étrangères, l'accent est mis sur l'acheteur lors de l'évaluation du caractère viciant ou non de l'erreur du marchand. Nous concluons que les tribunaux se sont basés surtout sur le caractère raisonnable du prix d'un bien. Or, la décision française¹⁹⁹ a autorisé l'annulation du contrat en se basant sur l'évidente marge de différence entre le prix affiché et la valeur normale du bien. Dans le même sens, la décision allemande n'a pas annulé la vente puisque l'erreur sur le prix n'était pas évidente pour l'acheteur qui a fait la commande en croyant que le prix était correct.

CHAPITRE 3. L'erreur dans le cas de l'affaire Dell

À notre avis, l'erreur doit être analysée selon les critères établis par la Cour d'appel du Québec, à savoir sur le fait de savoir si l'erreur « s'élève au rang de considération principale et de condition même de l'engagement »²⁰⁰. Dans l'affaire *Dell*²⁰¹, nous estimons que l'erreur n'a pas eu pour résultat de vicier le consentement du marchand. En effet, l'erreur de *Dell* n'est simplement qu'une erreur dans l'affichage du prix de l'objet, en l'espèce les ordinateurs. Ce type d'erreur matérielle, comme le souligne Nicolas Vermeys, constitue, sauf

¹⁹⁹ *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount, précitée*, note 205.

²⁰⁰ *Légaré c. Morin Légaré, précitée*, note 180.

²⁰¹ Décision de la cour supérieure, *précitée*, note 13.

l'exception concernant la mauvaise foi du cocontractant, une erreur inexcusable, laquelle n'est pas une cause de nullité du contrat²⁰². Il faudrait, par contre, examiner la bonne foi des cocontractants, à savoir les consommateurs, dans l'affaire *Dell* afin de décider si l'erreur d'étiquetage pourrait constituer une cause de nullité du contrat (*Dell* serait alors libérée de son obligation d'honorer les commandes d'achat des ordinateurs)²⁰³.

Nous considérons que, dans les faits de *Dell*, la mauvaise foi des consommateurs ne peut pas être établie automatiquement puisque le prix de l'ordinateur n'était pas tellement dérisoire pour conclure que les consommateurs entendaient réaliser un profit au détriment du marchand. De plus, même si le prix était inférieur au prix normal des ordinateurs, comme nous l'avons analysé plus haut, Internet est connu comme un lieu où l'on peut trouver des bons prix.

En outre, maintes fois le marchand affiche des biens à un prix inférieur à la valeur réelle par pure négligence ou en pleine connaissance de l'erreur. Il ne faut pas automatiquement écarter la possibilité pour un commerçant de se prévaloir d'une apparente erreur comme une stratégie de marketing²⁰⁴. Dans cette optique, il peut s'avérer parfois délicat pour l'acheteur de savoir si le prix affiché est un prix promotionnel ou un prix erroné. L'acheteur, comme toute

²⁰² N. VERMEYS, *loc. cit.*, note 139.

²⁰³ Voir sur l'effet de la nullité des contrats, J. PINEAU et S. GAUDET, *op. cit.*, note 45, aux pages 695 et suiv.

²⁰⁴ Voir à cet égard, le cas de la compagnie aérienne Alitalia, qui a vendu des billets d'avions pour 33\$ au lieu de \$3300. Il n'est pas certain s'il s'agissait d'une erreur ou d'une stratégie de publicité afin de promouvoir une nouvelle ligne. Histoire disponible à : http://blog.icagency.com/fr/2006/04/alitalia_erreur.html

autre personne, et sans que cela ait une connotation négative, veut profiter des bonnes occasions. Cela ne veut pas nécessairement dire que l'acheteur est de mauvaise foi en faisant une commande pour l'acquisition d'un objet à bas prix.

Normalement, les marchands qui transigent en ligne comptent sur une équipe nombreuse pour la gestion de la vente des produits en ligne. Le consommateur est donc bien fondé à présumer qu'un bien, avant d'être offert en ligne à des milliards de consommateurs, passe par un processus de « vérification » de prix. Enfin, il est ironique que les marchands, compte tenu de leur structure d'affaires, soient encore la partie faible de l'histoire et que le consommateur soit l'opportuniste.

Par voie de conséquence, *Dell* devrait honorer ses obligations et livrer les ordinateurs aux acheteurs, car l'erreur sur le prix était une erreur matérielle unilatérale qui ne constitue pas une cause automatique de nullité. Toute autre solution serait contraire aux principes établis en la matière²⁰⁵. Les cybercommerçants sont conscients des possibles erreurs qui peuvent survenir. Ils peuvent, en toute connaissance de cause, prendre les mesures nécessaires pour

²⁰⁵En effet, il a été affirmé maintes fois que l'erreur sur le prix ne peut pas être considérée comme une cause de nullité du contrat. Voir sur l'interdiction d'accepter l'erreur sur le prix en droit québécois et en droit canadien, notamment, *Université Laval c. Black & Mc Donald limitée*, 2005 CarswellQue 4680 (C.S.), qui fait une revue des autorités concernant l'erreur sur le prix et conclut que le contrat en l'espèce ne peut pas être annulé pour motif d'erreur économique. Voir aussi, *Beaurivage & Méthot Inc. c. La Corporation de l'Hôpital de Saint-Sacrement*, précitée, note 183, à la page 1734, j. Chouinard : « Admettre l'erreur quant au prix, en cette matière, ce serait admettre l'erreur d'appréciation économique et en conséquence la lésion qui en résulte. Celle-ci n'est pourtant pas admise entre majeurs dans notre droit. ». Voir aussi, Ogilvy RENAULT, *La construction au Québec: Perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, à la page 197. Pour les provinces de common law, voir au même effet *Calgary v. Northern Construction co.*, [1987] 2 S.C.R. 757.

minimiser les conséquences draconiennes²⁰⁶. Nous estimons que *Dell*, qui est le premier cas d'erreur dans un contrat électronique porté à l'attention des plus hauts tribunaux, doit donner l'exemple qu'en matière de commerce électronique les erreurs sont susceptibles d'arriver et que les commerçants doivent prendre leurs responsabilités. Dans l'attente de la décision de l'arbitre quant au fond du litige, il convient d'analyser plusieurs des questions juridiques pertinentes pour le contrat électronique qui ont traitées par la Cour suprême dans l'affaire *Dell*.

²⁰⁶ Voir B. GROEBNER, *loc. cit.*, note 26, sur certaines mesures qui peuvent être implémentées pour minimiser les conséquences des erreurs sur le prix.

Partie III. L'analyse de l'arrêt *Dell* sous l'angle des questions traitées en matière de cyberconsommation : les leçons de l'arrêt *Dell*

L'affaire *Dell* et la décision de la Cour suprême²⁰⁷ ont marqué un événement historique, selon nous, en ce qui concerne l'arbitrage de consommation. L'arbitrage commercial est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre au cours des dernières années, au Québec²⁰⁸ et ailleurs. La décision de la Cour suprême a renversé les décisions des cours inférieures, en l'espèce la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec²⁰⁹. Étant donné qu'il s'agit de la décision du plus haut tribunal du pays concernant une question d'actualité, nous allons procéder à une analyse des questions pertinentes pour le contrat de cyberconsommation traitées par la Cour suprême²¹⁰. D'entrée de jeu, une remarque cruciale doit être faite concernant cette décision. Cet arrêt est une

²⁰⁷ *Dell*, précitée, note 1.

²⁰⁸ Voir en général, Frédéric BACHAND, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? » (2006), 22 *Arb. Int'l* 463; Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005; John E. C BRIERLEY, « De la convention d'arbitrage : Articles 2638 2643 », dans *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Ste Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 1067; John E. C BRIERLEY, « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259 ; Éric LOQUIN, « Compétence arbitrale », dans *Juris-classeurs, Procédure civile*, fasc. 1034, « Arbitrage », n° 105, France, Éditions Techniques, 1994 ; Sabine THUILLEAUX, *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; Sabine THUILLEAUX et Proctor DEAN, « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470; Raymond TREMBLAY, « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988), 91 *R. du N.* 246, cité dans la décision de la Cour suprême du Canada, *id.*

²⁰⁹ Voir sur le site-web *Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques*, la conférence sur l'état du droit après l'affaire *Dell*, « L'après *Dell* : État du droit ou droit dans tous ses états ? » disponible sur <http://www.gautrais.com/-L-apres-Dell-Etat-du-droit-ou->

²¹⁰ Voir *Dell*, précitée, note 1.

succession de questions sur des éléments incidents à la consommation électronique ; c'est une décision « fourre-tout ». Dans cette optique, la présente Partie a pour objet de faire une présentation de ces questions pertinentes éclaircies par la Cour suprême.

Ainsi, nous allons étudier au Chapitre 1, le droit international privé relatif à un contrat électronique. Le Chapitre 2 concernera la clause compromissoire et l'ordre public dans le contexte du droit de la consommation électronique. Les Chapitre 3 et 4 seront consacrés à l'étude de l'arbitrage en matière de contrat de consommation, en analysant, d'abord, la relation entre l'arbitrage et le recours collectif et, ensuite, le pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence.

CHAPITRE 1. Le droit international privé

Comme point de départ, il convient d'affirmer qu'il existe plusieurs règles concernant le droit des contrats qui s'appliquent au contrat de consommation²¹¹. Parmi les règles générales applicables au droit de la consommation au Québec, le droit international privé est d'une importance majeure, car, dans le contexte du commerce électronique, la réalité est que les commerçants et les consommateurs se trouvent souvent à différents endroits du

²¹¹ Voir Roger TASSÉ et Kathleen LEMIEUX, *Droit de la protection du consommateur au Canada dans le contexte du commerce électronique*, disponible sur [http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/\\$FILE/cdrcec_f.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/$FILE/cdrcec_f.pdf), à la page 26 et suiv.

globe²¹², dans lesquels diverses règles et lois s'appliquent à chacun d'eux²¹³

Dans la présente section, nous traiterons donc, brièvement, des règles de droit international privé concernant le droit applicable aux contrats de consommation²¹⁴.

Il est important de savoir quel droit sera applicable à un futur litige survenu entre un consommateur au Québec et un commerçant à l'extérieur de la province ou à l'extérieur du pays²¹⁵. D'après Sylvette Guillemard :

« [L]orsque les contractants relèvent d'ordres juridiques différents, leurs rapports sont régis par le droit international privé. Celui-ci permet de déterminer

²¹² Voir Zheng TANG, « Parties' choice of law in e-consumer contracts », (2007) 3 *Journal of Private International Law* (concernant les approches pour déterminer le choix du droit applicable dans les contrats de cyberconsommation); voir aussi Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat, Laval, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003.

²¹³ R. TASSÉ et K. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 211, à la page 5, dans lequel les auteures illustrent cette réalité du commerce électronique : « La transition des consommateurs vers le commerce en ligne comportera de plus en plus de transactions dans lesquelles l'acheteur et le vendeur se trouvent dans des juridictions ou des pays différents. Traditionnellement, un consommateur achète des biens fabriqués à l'étranger d'un vendeur se trouvant dans le pays de ce consommateur. La transaction internationale n'est pas conclue par le consommateur, mais plutôt par le vendeur ou par une autre entité qui fait partie de la chaîne d'approvisionnement du vendeur. Dans une transaction conclue sur Internet, il y a donc suppression de l'intermédiaire, puisque le consommateur achète des biens ou des services directement du vendeur qui se trouve dans un autre pays. ». Voir aussi, R. SCHU, « The Applicable Law to Consumer Contracts made over the Internet: Consumer Protection through Private International Law », *I.J. L.I.T.*, vol. 5, no 2, 192.

²¹⁴ Nous n'avons pas l'intention de faire une analyse approfondie du droit international privé québécois.

²¹⁵ Voir en général sur les règles de droit international privé au Québec : John E. C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Edmond Montgomery, 1993; Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t.I et II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003; Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006; Alain PRUJINER, « Le droit international privé : un droit du rattachement », dans Ch. DOMINICÉ, R. PATRY et C. REYMOND, (dir.), *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1993, 161.

d'une part quelle autorité pourra éventuellement être appelée à trancher les litiges et d'autre part quelles règles de droit seront appliquées pour y apporter une solution »²¹⁶.

En droit québécois, la règle de base est énoncée à l'article 3111 du *Code civil du Québec*²¹⁷. La loi applicable doit être expressément indiquée dans l'acte.

Dans le cas contraire, c'est l'article 3112 du *Code civil du Québec* qui nous indique la marche à suivre :

« En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte. »

Ces deux règles de droit international privé semblent nous donner les réponses, quant au droit applicable au Québec, aux contrats en général²¹⁸.

Toutefois, le fait que le contrat soit un contrat de consommation peut présenter

²¹⁶ Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat, Laval, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003, à la page 2, disponible sur : file:///E:/Maitrise%20Montreal/DIP%20ecommerce_LLD%20thesis.htm

²¹⁷ Art. 3111 du *Code civil du Québec* : « L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte. On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique. ». Voir aussi, Sylvette GUILLEMARD, « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, <http://www.ejcl.org/82/abs82-1.html>, cité par la minorité dans l'affaire *Dell*, précitée, note 1, concernant les clauses d'élection de for et les clauses d'arbitrage.

²¹⁸ Voir aussi l'article 3113 du *Code civil du Québec* : « Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement ». Concernant l'application de l'article 3149 du *Code civil du Québec* en matière de contrat de consommation, voir Geneviève SAUMIER, « La sphère d'application de l'article 3149 du *Code civil du Québec* et le consommateur québécois », (2007) 37 *R.G.D.* 463-476.

certaines différences dans la pratique. Le contrat de consommation n'est pas un contrat où les parties sont toujours dans un équilibre contractuel; c'est d'ailleurs plus généralement le contraire. Ainsi :

« Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue »²¹⁹.

Dans le cas où le consommateur a dû se rendre à l'étranger pour conclure le contrat, ou si le contrat est muet quant au droit applicable, le droit québécois s'applique à ce contrat si le consommateur y a sa résidence (et que les autres conditions de l'article 3117 du *Code civil Québec* sont satisfaites), selon le principe énoncé à cet article. Les dispositions décrites plus haut semblent laisser le consommateur et le commerçant libres de discuter et de choisir le droit applicable à leur contrat²²⁰. Toutefois, une ambiguïté se fait avec l'article 19 de la *Loi sur la protection du consommateur*, lequel statue que toute clause dans un contrat de consommation assujettissant ce dernier à une loi étrangère est nulle.

Les clauses d'un contrat relatives au droit applicable deviennent très importantes lorsqu'une clause compromissoire est incluse dans le contrat²²¹ afin

²¹⁹ R. TASSÉ et K. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 211, à la page 37.

²²⁰ *Ibid.*, à la page 37.

²²¹ Ce fut le cas notamment de l'affaire *Dell*, précitée, note 1, où une des questions en litige était l'applicabilité du droit québécois par un arbitre à l'extérieur du Québec. En effet, selon la Cour suprême, précité, note 1, au para. 50, « Le seul fait de stipuler une clause d'arbitrage ne

de savoir si le régime de droit international privé s'applique à un litige. En effet, comme le constate le professeur Prujiner, la question dans l'affaire *Dell* était de savoir si le contrat conclu entre les parties (c'est-à-dire le contrat de vente des ordinateurs) était soumis au régime de droit international privé du Québec, et plus particulièrement à l'article 3149 du *Code civil du Québec*²²². À cet égard, si cette disposition s'applique, toute stipulation du contrat qui exclut la compétence des juridictions québécoises serait inopposable au consommateur²²³. La Cour supérieure a procédé à une analyse des règles de droit international privé puisque la clause d'arbitrage renvoyait le différend au National Arbitration Forum (NAF) et que ce dernier se situe aux États-Unis²²⁴. La Cour a analysé l'article 3149 du *Code civil du Québec* :

«Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de mémoire si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée»²²⁵.

constitue pas en lui-même un élément d'extranéité justifiant l'application des règles du droit international privé québécois. La neutralité de l'arbitrage comme institution est en fait l'une des caractéristiques fondamentales de ce mode amiable de règlement des conflits. Contrairement à l'extranéité, qui signale la possibilité d'un rattachement avec un État étranger, l'arbitrage est une institution sans for et sans assise géographique ». La minorité, par contre, a conclu que « la clause d'arbitrage suffit en soi à déclencher l'application de l'art. 3148, al. 2, et par le fait même, de ses exceptions, notamment l'art. 3149 », au para. 204.

²²² Alain PRUJINER, «Canada – Cours suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note», (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 593-607, à la page 602.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ Décision de la Cour supérieure, *précitée*, note 13, para. 31 et suiv.

²²⁵ *Ibid.*, au para. 33.

L'intimée *Dell* a présenté un moyen déclinatoire invoquant que la Cour supérieure n'a pas de compétence pour entendre le litige en vertu de la clause compromissoire et qu'il revient à l'arbitre de décider de sa propre compétence²²⁶. L'analyse de cette disposition est fondée sur le fait que le consommateur serait obligé de soumettre le litige à un arbitre étranger et que les règles de droit international privé seraient alors violées, spécifiquement celles énoncées à l'article 3149 du *Code civil du Québec*.

La Cour a étudié la jurisprudence québécoise en matière d'arbitrage, spécialement la décision *Dominion Bridge Corp. c. Steinar Knai*²²⁷ pour répondre à cette question. Dans cette affaire, le contrat concerné n'était pas un contrat de consommation mais plutôt un contrat de travail. Ce jugement a analysé l'application de l'article 3149 du *Code civil du Québec* dans le contexte d'une clause compromissoire qui énonçait que l'arbitrage devrait se faire à l'extérieur de la province du Québec. La partie pertinente de cette décision est la suivante :

« Bref, en permettant que la réclamation de l'appelante fasse l'objet d'un arbitrage étranger, la Cour supérieure de Montréal accepterait qu'un droit ou une obligation de l'intimé en vertu de son contrat de mémoire ne soit pas déterminé par un tribunal québécois, mais par un arbitre étranger ce qui, encore une fois, violerait l'esprit de l'art. 3149 »²²⁸. (Nous soulignons).

²²⁶ *Ibid.*, aux paras. 19 et 20.

²²⁷ [1997] R.J.Q., 1637 (C.S.).

²²⁸ *Ibid.*, à la page 5, cité dans la décision de la Cour supérieure, *précitée*, note 13, aux paras. 34 et 35.

À la lumière de cette décision, la Cour supérieure a conclu que la clause compromissoire violait les principes de droit international privé québécois et qu'en conséquence elle était inopposable au consommateur²²⁹. À notre avis, bien que l'argument basé sur l'article 3149 du *Code civil du Québec* soit un raisonnement plausible pour répondre à la question sur l'opposabilité d'une clause compromissoire dans un litige de consommation, la décision de la Cour supérieure a été faible en sa conclusion. En effet, nous estimons que la Cour supérieure a minimisé l'importance d'une clause compromissoire en droit de la consommation²³⁰.

D'abord, la décision sur laquelle la Cour s'est fondée pour sa conclusion, quant à la clause compromissoire, concernait le droit du mémoire²³¹ et non pas le droit de la consommation. Ensuite, la décision a été très peu loquace en ce qui a trait à l'analyse du droit international privé.

De plus, il s'agissait, en l'espèce, d'une question juridique qui se situait dans une zone grise du droit, où il n'existait pas de règles spécifiques applicables à l'arbitrage de consommation; c'est une raison de plus d'analyser

²²⁹ Décision de la Cour supérieure, *précitée*, note 13, aux paras. 36 et 37.

²³⁰ Voir sur une clause compromissoire dans un contrat de consommation, Claude MARSEILLE, « L'arbitrage et les recours collectifs au Québec : où en sommes-nous? », *Développements récents sur les recours collectifs* (2006), Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais; J. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22.

²³¹ Sur la clause compromissoire en droit du travail, voir par exemple, Samuel ESTREICHER, « Predispute Agreements to Arbitrate Statutory Employment Claims », (1997) 72 *N.Y.U.L. Rev.* 1344; Lewis L. MALTBY, « Private Justice: Employment Arbitration and Civil Rights », (1998) 30 *Colum. H.R.L. Rev.* 29; Christine M. REILLY, « Achieving Knowing and Voluntary Consent in Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements at the Contracting Stage of Employment », (2002) 90 *Cal. L. Rev.* 1203, cités dans J. HAMILTON, *id.*, à la page 695.

en profondeur le droit international privé, car les décisions judiciaires peuvent avoir un impact considérable dans le développement de ce domaine.

Finalement, la Cour n'a pas tenu compte que l'arbitre en question pouvait appliquer les règles de droit québécois et que la place de l'arbitrage ne devrait pas nécessairement se situer à l'extérieur du Québec²³². D'ailleurs, ce fut un des arguments utilisés par l'intimé *Dell* dans son appel. Que l'arbitre puisse appliquer les règles de droit québécois, même celles d'ordre public, affaiblit l'argument basé sur l'article 3149 du *Code civil du Québec*. Or, nous estimons que l'objectif de cet article est justement de ne pas priver le consommateur des règles juridiques québécoises, ni de l'obliger à répondre à un litige en dehors de son lieu de domicile, soit le Québec²³³.

L'analyse de la Cour d'appel a été plus approfondie en ce qui concerne la clause arbitrale et le droit international privé²³⁴. La Cour a commencé par étudier le droit applicable en question et conclut de prime abord que les parties ont admis que c'est le droit du Québec qui s'appliquait en la matière et qu'en conséquence l'arbitre devrait appliquer ces règles²³⁵.

Dans la même optique, la Cour exclut l'application du principe établi dans l'affaire *Dominion Bridge Corp. c. Steinar Knai*²³⁶, en expliquant que, dans

²³² *Dell*, précitée, note 1.

²³³ Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la justice : le Code civil du Québec : un mouvement de société*, article 3149, Québec, Les Publications du Québec, 1993, .

²³⁴ Voir décision de la Cour d'appel du Québec, précitée, note 28.

²³⁵ *Ibid*, aux paras. 24 et 25.

²³⁶ *Précitée*, note 227.

cette dernière affaire, il y avait un élément d'extranéité qui déclenchait l'application de l'article 3149 du *Code civil du Québec* alors que, dans la présente affaire, cet élément était absent puisque l'arbitrage serait tenu au Québec en application des règles de droit québécois²³⁷. Ces deux décisions démontrent la complexité de l'application du droit international privé dans un litige de cyberconsommation qui met en jeu une clause compromissoire.

CHAPITRE 2. Ordre public et arbitrabilité

Une question importante de l'affaire concernait la validité de la clause compromissoire en l'espèce²³⁸. Les dispositions 2638 à 2643 du *Code civil du Québec* démontrent les principes applicables en matière d'arbitrage, sans faire aucune référence à l'arbitrage de consommation²³⁹.

En ce qui concerne la différence entre une loi d'ordre public et une question intéressant l'ordre public, la Cour d'appel a conclu qu'une « question qui intéresse l'ordre public ne peut faire l'objet d'un arbitrage comme l'énonce l'article 2639 C.c.Q. »²⁴⁰. En outre, la cour suprême du Canada a décidé que

²³⁷ Sur l'élément d'extranéité, voir A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116.

²³⁸ La Cour a catégoriquement constaté qu'« il convient de poser la règle générale que, lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier. Le tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. », *id.*, au para 84.

²³⁹ Voir John E. C. BRIERLEY, « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 1067.

²⁴⁰ Décision de la Cour d'appel, précitée, note 28, au para. 47.

« [s]auf dans quelques matières fondamentales, [...] l'arbitre peut statuer sur des règles d'ordre public, puisqu'elles peuvent faire l'objet de la convention d'arbitrage. »²⁴¹ Ainsi, la Cour d'appel dans l'affaire *Dell* a conclu que « les parties ne peuvent, par le recours à l'arbitrage, échapper à l'application des règles d'ordre public »²⁴².

La Cour suprême a décidé qu'il ne fallait pas retenir l'argument selon lequel l'arbitrage dans un contrat de consommation n'est pas valide puisque c'est une matière intéressant l'ordre public. En se basant sur l'article 2639 du *Code civil du Québec*, la Cour conclut qu'un « litige de consommation ne constitue pas une de ces autres questions qui intéressent l'ordre public »²⁴³.

Dans ce chapitre, nous allons analyser l'incidence de l'ordre public dans l'arrêt *Dell*. À notre avis, le concept d'ordre public a plusieurs portes d'entrée dans cette affaire. Par exemple, un argument pourrait être le caractère d'ordre public de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁴⁴. Dès lors, l'article 2639 du *Code civil du Québec*, qui dispose que les matières concernant l'ordre public ne peuvent pas être soumises à l'arbitrage, devrait s'appliquer pour les contrats de consommation. Cependant, cet argument n'est pas très convaincant, d'autant plus qu'il fut rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dell*. La minorité de la Cour, en se référant à une décision antérieure²⁴⁵, a conclu que

²⁴¹ *Desputeaux c. Les Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, pp. 212-213.

²⁴² Décision de la Cour d'appel, précitée, note 28, au para. 50.

²⁴³ *Dell*, précitée, note 1, au para. 218.

²⁴⁴ Voir art. 261 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

²⁴⁵ *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17.

« [L]e fait que certaines des règles de la *L.p.c.* que l'arbitre devrait appliquer présentent un caractère d'ordre public n'empêche en rien un tribunal arbitral d'instruire l'affaire. C'est ce qu'édicte clairement le deuxième alinéa de l'art. 2639 C.c.Q. (...). Le silence de la *L.p.c.* et du *C.c.Q.* quant à l'arbitrabilité d'un litige de consommation tend à indiquer que l'arbitrage est permis. Aucune loi ne devrait être interprétée comme excluant le recours à l'arbitrage, sauf s'il est clair que telle était l'intention du législateur. Aucune disposition de la *L.p.c.* et du *C.c.Q.* ne nous amène à penser que c'est le cas des litiges de consommation »²⁴⁶.

Nous sommes d'accord avec cette conclusion. D'une part, si le législateur avait voulu inclure les contrats de consommation dans les domaines interdits à l'arbitrage, il aurait dû le faire expressément, comme ce fut le cas du droit de la famille. D'autre part, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Condominiums Mont St-Sauveur c. Construction Serge Sauvé ltée*²⁴⁷, a décidé qu'un arbitre a le même pouvoir qu'un tribunal pour appliquer des règles d'ordre public²⁴⁸.

Un autre argument que soulève l'analyse de l'affaire sous l'angle de l'ordre public afin d'interdire qu'un litige de consommation soit soumis à l'arbitrage se trouve dans la *Loi sur la protection du consommateur*. Même si

²⁴⁶ *Dell, précitée*, note 1 (minorité), au paras. 220 et 221. Voir aussi, sur ce point, A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 598, citant *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand Inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, à l'effet que la décision a « affirmé le principe de la primauté de la volonté des parties sur le mode de règlement de leurs litiges dans un jugement unanime rédigé par le juge Lebel en 2005 portant sur une élection de for mais qui traite de l'arbitrage par la même occasion ».

²⁴⁷ [1990] R.J.Q. 2783 (C.A.), cité par Alexia ROUSSOS, « La résolution des différends », (2000) 6-1 *Lex-Electronica*, au para. 62, disponible sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/roussos.htm>

²⁴⁸ *Ibid.*, à la page 2789.

cette loi n'avait pas, lors de la naissance du litige, une disposition spécifique à l'arbitrage, comme c'est le cas maintenant de son article 11.1, l'article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur* pourrait être interprété comme l'interdiction à une clause compromissoire. Cette disposition établit l'invalidité d'une clause ayant pour effet de limiter le droit du consommateur de se prévaloir d'un droit que lui confère la *Loi sur la protection du consommateur*.

Or, le droit d'intenter un recours en justice est prévu à la *Loi sur la protection du consommateur*²⁴⁹. D'ailleurs, la nature même de l'arbitrage a pour effet automatique la limitation du droit d'ester en justice, comme l'indique l'article 2638 du *Code civil du Québec*²⁵⁰. En outre, une des caractéristiques de base de la convention d'arbitrage est l'exclusion des autorités judiciaires²⁵¹. Par conséquent, l'article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui est d'ordre public²⁵², devrait avoir pour effet d'interdire une clause compromissoire dans un contrat de consommation.

Cette conclusion, d'ailleurs, semble être en accord avec la volonté du législateur, exprimée dans le nouvel article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, lequel interdit toute stipulation ayant pour effet de restreindre le

²⁴⁹ Voir, par exemple, l'art. 178 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

²⁵⁰ Voir aussi, J.G. MERRILS, *International Dispute Settlement*, 4^{éd.}, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, aux pages 91-126 (concernant l'arbitrage international et les pouvoirs de l'arbitre).

²⁵¹ Voir art. 2638 du *Code civil du Québec*. Voir aussi, *Commentaires du Ministre de la Justice*, *loc. cit.*, note 233, t. II, à la page 1649.

²⁵² Voir art. 261 de la *Loi sur la protection du consommateur* pour les dispositions d'ordre public de cette loi.

droit d'ester en justice. Le professeur Prujiner, dans son analyse de la décision de la Cour suprême sur ce point, constate que

« [La Cour,] dans les deux jugements, ne considère pas que cette nouvelle disposition doive être appliquée immédiatement en vertu des règles de droit transitoire, ce qui semble exact techniquement, mais elle n'en tient aucun compte pour vérifier si cette législation ne clarifie pas une intention antérieure mal exprimée »²⁵³.

D'un autre côté, en plus de ceux fondés sur la *Loi sur la protection du consommateur*, il existe d'autres arguments quant à l'inopposabilité au consommateur de la clause arbitrale pour motifs d'ordre public.

Pour Nicolas Vermeys, en vertu du droit international privé québécois²⁵⁴ :

« (L)'article 3148 C.c.Q. semble écarter tout recours forcé à l'arbitrage dans le cadre de contrats de consommation. [. . .] Il résulte de cet article que la notion d'« autorité québécoise » exclut expressément celle d'« arbitre ». Or, puisqu'en vertu du Code le consommateur ne peut renoncer à la compétence des autorités québécoises, la clause d'arbitrage lui serait nécessairement inopposable »²⁵⁵.

²⁵³ A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 599. De plus, l'auteur constate sur la décision de la Cour suprême, qui fut dans la direction contraire à cette disposition de la *Loi sur la protection du consommateur*, que « la victoire de *Dell* dans ce dossier est une victoire à la Pyrrhus, car s'il se produit une nouvelle erreur de même type, elle ne pourra plus échapper à la juridiction des tribunaux québécois malgré toute clause à l'effet contraire. La modification législative de décembre 2006 a exclu que l'arbitrage puisse être désormais imposé aux consommateurs québécois tant en droit interne qu'en droit international ».

²⁵⁴ Sur le droit international privé québécois par rapport à l'arbitrage, voir en général J. BRIERLEY et R. MACDONALD, *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993; Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 2e éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.

²⁵⁵ Nicolas VERMEYS, « Commentaire sur la décision *Dell c. Union des consommateurs* — Quand « browsewrap » rime avec « arbitrabilité » » Droit civil en ligne, *Repères*, août 2005, EYB2005REP375.

Quoiqu'il en soit, cet argument n'a étonnamment pas été utilisé dans l'affaire *Dell*. De toute façon, selon le raisonnement de la Cour, quant à la validité de la clause arbitrale, cet argument aurait aussi échoué. À notre avis, cet argument textuel est très superficiel. En effet, il paraît boiteux d'invoquer une disposition de droit international privé pour analyser la clause compromissoire sous le prisme de l'ordre public. En outre, selon la majorité de la Cour suprême, en l'espèce, il n'y avait pas lieu d'appliquer les règles de droit international privé.

Selon la professeure Goudreau, la pertinence de l'ordre public dans l'arrêt *Dell* a été incomprise²⁵⁶. L'auteure voit la question sous l'angle de la nature du recours collectif. L'argument se présente de la façon suivante : comme l'arbitrage a pour conséquence l'exclusion des tribunaux et que le recours collectif peut seulement être intenté au Québec à la Cour supérieure²⁵⁷, une clause compromissoire a pour effet l'exclusion de l'accès au recours collectif. Or, si le recours collectif avait été considéré comme une institution d'ordre public, la clause compromissoire serait donc invalide. Selon l'auteure,

« La décision porte un dur coup à la protection des consommateurs. Mais elle est aussi de mauvais augure pour l'ensemble du système juridique québécois. Niant tout caractère d'ordre public à la procédure du recours collectif, la Cour (y compris les trois juges dissidents) adopte une attitude hostile aux arguments d'ordre public »²⁵⁸.

²⁵⁶ Mistrale GOUDREAU, « À propos de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris », (2007) 37 *R.G.D.* 379-391.

²⁵⁷ Voir art. 1000 du *Code de procédure civile*.

²⁵⁸ M. GOUDREAU, *loc. cit.*, note 256, à la page 381.

Effectivement, la Cour a décidé que c'était une question de partage de compétence entre le Parlement et les tribunaux dans la mesure où, le législateur n'ayant pas déterminé qu'il s'agissait d'une loi à caractère d'ordre public, les tribunaux ne doivent qu'interpréter les lois²⁵⁹. Cette position de la Cour met en évidence un trait essentiel de la notion d'ordre public : est-ce qu'il faut dégager le caractère d'ordre public d'une loi en vertu de « l'importance des valeurs sociales essentielles qu'il défend »²⁶⁰ ou d'un texte de loi qui indique le caractère d'ordre public de la loi ?

Dans le contexte de l'affaire *Dell*, la réponse à cette première question imposait une deuxième question, à savoir si la protection du consommateur pourrait être considérée comme faisant partie des valeurs sociales que défend l'ordre public. La professeure Goudreau adhère à cette dernière thèse²⁶¹ et s'appuie sur une décision célèbre de la Cour suprême sur la garantie légale de vente²⁶², en affirmant que l'ordre public a été invoqué avec succès en droit de la consommation.

Malgré cela, selon l'arrêt *Dell*, les valeurs sociales ne furent pas suffisantes pour déterminer le caractère d'ordre public d'un litige en droit de la consommation. En concluant sur l'analyse de l'application de l'ordre public

²⁵⁹ *Dell, précitée*, note 1, au para. 225.

²⁶⁰ M. GOUDREAU, *loc. cit.*, note 256, à la page 384.

²⁶¹ *Ibid.*, à la page 388.

²⁶² *General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790.

comme une interdiction de soumettre le litige à l'arbitrage, la Cour est d'avis qu'il ne faut pas interpréter une loi qui n'est pas claire à ce sujet comme empêchant le recours à l'arbitrage; or, en l'espèce, selon la Cour – tant la minorité que la majorité²⁶³ – ni le *Code civil du Québec* ni la *Loi sur la protection du consommateur* ne prévoient clairement une interdiction à l'utilisation de l'arbitrage²⁶⁴. La Cour suprême a donc conclu à la validité de la clause compromissoire et a décidé de renvoyer le litige à l'arbitrage, ce qui empêchait tout type de recours collectif et vidait l'argument fondé sur l'ordre public.

Il semble que la Cour ait fait preuve de conservatisme en refusant de reconnaître le caractère d'ordre public en l'espèce. La Cour a rejeté l'argument sur l'ordre public, comme nous l'avons dit précédemment, puisque le législateur n'a pas explicitement indiqué que c'était une matière d'ordre public, tout en précisant que le recours collectif en tant que tel est un moyen procédural qui n'existe que lorsque le droit d'action existe (et la clause arbitrale étant valide, elle écartait le droit d'intenter un recours au tribunal).

Sur le premier point, même si la modification à la *Loi sur la protection du consommateur*, et plus particulièrement l'article 11.1, qui interdit les clauses contractuelles qui ont pour effet d'interdire au consommateur d'intenter un

²⁶³ Voir A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 599.

²⁶⁴ *Dell, précitée*, note 1, aux paras. 218 à 221.

recours en justice)²⁶⁵, ne s'appliquait pas en l'espèce, cette action du législateur aurait dû être la preuve de sa volonté quant au fait que la protection du consommateur est une matière d'ordre public.

Sur le deuxième point, l'affirmation que le recours collectif est un moyen procédural et non pas un droit nous semble superficiel. La Cour est arrivée à cet argument à partir de la conclusion que l'arbitrage exclut le recours individuel et conséquemment que le recours collectif était aussi exclu. Toutefois, l'argument basé sur l'ordre public était justement à cet effet que l'arbitrage ne pouvait pas exclure le droit du consommateur d'intenter une action en justice par voie d'un recours collectif.

Quoiqu'il en soit, la Cour suprême non seulement ne nous a pas beaucoup enseigné sur cette question, mais aussi sa décision n'est pas le droit applicable aux litiges nés depuis l'adoption de l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur* qui statue l'opposé de la leçon de la Cour suprême.

CHAPITRE 3. La clause compromissoire et le recours collectif en droit de la consommation électronique au Québec²⁶⁶

L'affaire *Dell* met en cause deux institutions très connues comme moyens de résolution des conflits, soit l'arbitrage²⁶⁷ et le recours collectif²⁶⁸. À

²⁶⁵ Voir en général, bien avant l'adoption de cette modification législative, sur le droit du consommateur d'intenter un recours collectif : Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

²⁶⁶ Le sujet concernant l'arbitrage d'un côté, et le recours collectif de l'autre côté est très vaste. Pour les fins de notre analyse, nous allons nous concentrer sur le droit québécois relatif au recours collectif et l'arbitrage ainsi que l'interrelation entre ces deux types de recours.

cet égard, chacun ayant ses avantages et ses inconvénients²⁶⁹, les deux recours semblent incompatibles. Une clause d'arbitrage obligatoire aurait pour conséquence l'exclusion des institutions judiciaires, et le recours collectif est une institution importante pour notre société, lequel permet à un plus grand nombre de personnes d'accéder à la justice. Étant donné la pertinence de la question, certaines cours au Canada ont dû analyser les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation²⁷⁰. Vu l'importance de la décision de la Cour suprême en la matière²⁷¹, il est nécessaire d'analyser ces deux types de recours dans un contrat de consommation électronique au Québec.

²⁶⁷ Pour un aperçu en droit comparatif de l'arbitrage dans les contrats de consommation, voir par exemple, Richard M. ALDERMAN, « Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform », (2002) 5 *Journal of Texas Consumer Law* 58, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923206 (une analyse critique du droit aux États-Unis); David COLLINS, « Compulsory Arbitration Agreements in Domestic and International Consumer Contracts », (2008) 19-2 *King's Law Journal*; Rajendra PRASAD, « Arbitration and consumer protection : the Indian perspective », (2009) 8 *The Icfai University Journal of Alternative Dispute Resolution* 49-57.

²⁶⁸ Voir en général sur la compatibilité de ces deux institutions, Lindsay R. ANDROSKI, « A Contested Merger: The Intersection of Class Actions and Mandatory Arbitration Clauses », (2003) *U. Chicago Legal F.* 631 ; Genevieve SAUMIER, « Consumer dispute resolution : the evolving Canadian landscape », (2007) 1-4 *Class Action Defence Quarterly* 52-57 (l'auteur fait une analyse de la scène juridique aux États-Unis concernant les clauses d'arbitrage dans les contrats de consommation, des décisions au Canada ainsi que les modifications législatives à cet égard en Ontario et Québec); Shelly MCGILL, « The conflict between Consumer class actions and contractual arbitration clauses », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 359 ; 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.

²⁶⁹ Voir par exemple, John C. KLEEFELD, « Class Actions as Alternative Dispute Resolution », 39 *Osgoode Hall L.J.* 817.

²⁷⁰ Premièrement, l'affaire *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, [2002] O.J. No. 665 en Ontario, en 2002. Ensuite, *MacKinnon v. National Money Mart*, précitée, note 22; *Ayrton v. PRL Financial (Alta.) Ltd.*, 369 A.R. 235, 2004 ABQB 787; *Dell*, précitée, note 1; *Stop n Cash 1450 v. Box*, [2005] O.J. No. 1233 (Ct. J. (Gen. Div. Sm. Cl. Ct.) (QL); *Smith v. National Money Mart Co.* (2005), 258 D.L.R. (4th) 453, 204 O.A.C. 47, autorisation d'appeler en Cour suprême a été rejetée en 2 mars 2006), No. 31233 (QL). Pour une analyse approfondie de ces affaires, voir J. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22, aux pages 7 et suiv.

²⁷¹ En effet, la décision de la Cour suprême est allée à l'encontre des décisions de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel du Québec. En outre, elle propose une approche

Le cadre juridique applicable aux recours collectifs au Québec est défini par les articles 999 à 1051 du *Code de procédure civile*. Selon l'article 999, le recours collectif est

« [L]e moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres. La personne morale de droit privé, la société ou l'association ne peut être membre d'un groupe que si, en tout temps au cours de la période de 12 mois qui précède la requête pour autorisation, elle comptait sous sa direction ou son contrôle au plus 50 personnes liées à elle par contrat de travail et qu'elle n'est pas liée avec le représentant du groupe ».

Selon le professeur Pierre-Claude Lafond, « le recours collectif québécois, pour sa part, est un véhicule procédural général, applicable dans tous les secteurs du droit, contrairement aux modèles européens d'actions collectives. C'est toutefois en droit de la consommation qu'il connaît la plus vaste application »²⁷². C'est d'ailleurs pour cela que les commerçants insèrent une clause d'arbitrage dans les contrats de consommation afin d'éviter le recours

juridique divergente de l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, adopté avant que la décision ne soit rendue mais qui ne s'appliquait pas aux faits en litige, sur ce point, voir A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 599.

²⁷² Voir Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif québécois des années 2000 et les consommateurs : deux poids, quatre mesures », dans *Développements récents sur les recours collectifs*, 2001, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, à la page 39 (l'auteur explique à la page 43 que presque la moitié des recours collectifs sont les recours collectifs en droit de la consommation), cité dans Pierre-Claude LAFOND, « Rapport général : Le consommateur et le procès », *Cahiers de droit*. Voir aussi, Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », (2005) 394 *Petites affiches* n° 115, 11, à la page 13, où l'auteur signale que dans environ 85% des recours collectifs, ce sont les personnes physiques qui agissent comme représentant.

collectif²⁷³. Or, ces deux types de recours sont, par leur définition même, contradictoires puisque le recours collectif est défini comme « le moyen de procédure qui permet à un membre d’agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres »²⁷⁴ alors que l’arbitrage exclut les tribunaux judiciaires. Ainsi, selon l’article 2638 du *Code civil du Québec*, d’une part :

« La convention d’arbitrage est le contrat par lequel les parties s’engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d’un ou plusieurs arbitres, à l’exclusion des tribunaux. » (Nous soulignons).

D’autre part, l’article 1000 du *Code civil du Québec*²⁷⁵ prévoit que le recours collectif doit obligatoirement être intenté devant les tribunaux : « La Cour supérieure connaît exclusivement, en première instance, des demandes exercées en vertu du présent livre. » Il s’ensuit que la clause d’arbitrage a pour effet de mettre les parties, consommateurs et commerçants, à deux niveaux

²⁷³ Sur cette pratique qui est devenue fréquente dans le milieu commercial après l’affaire *Rogers*, précitée, note 285, voir J. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22, à la page 697 (l’auteure se réfère à cette pratique comme « class action risk management strategy »). Voir à cet égard, Andrew D. BORRELL, « Arbitration and Choice of Law Provisions as Class Action Risk Management Tools », Vancouver, 2002, disponible en ligne : <http://www.fasken.com>; Steven H. LEITL, « Ontario Court Forces Proposed Class Action Plaintiffs to Arbitrate Claims », *Vantage: Class Actions Newsflash*, 2002, disponible en ligne : <http://www.macleodixon.com/content/files/NEWSFLASH.pdf>; Dalton MCGRATH, « Avoiding Class Actions in the Oil & Gas Industry », (2002) disponible en ligne : Blake Cassels & Graydon, http://www.blakes.com/english/publications/bog/BOGSept2006/Environmental_Class_Actions.asp, cités dans J. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22. Voir aussi, M.W. NISSEN, « Class Action Arbitrations », (2005) *Dispute Resolution Magazine*.

²⁷⁴ Art. 999 al. 1 (d) du *Code de procédure civile*.

²⁷⁵ La compétence exclusive de la Cour supérieure du Québec en matière de recours collectif est la conséquence de la combinaison entre l’art. 31 et l’art. 1000 du *Code de procédure civile*.

différents²⁷⁶ puisque la présence d'une telle clause dans un contrat interdit au consommateur la possibilité d'intenter son recours par la voie du recours collectif au Québec²⁷⁷.

Étant donné que, dans un litige de consommation, le recours collectif peut s'avérer très intéressant pour le consommateur, principalement dans le commerce électronique où plusieurs personnes se trouvent dans une même situation juridique défavorable par rapport à leur opposant²⁷⁸, les commerçants ont trouvé une façon de prohiber indirectement ce que l'interdiction directe ne permet pas, soit un blocage complet au recours collectif²⁷⁹. Or, le vide juridique qui existait en matière de consommation, c'est-à-dire le silence de la loi (et particulièrement de la *Loi sur la protection du consommateur*) quant à la validité d'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation, a été utilisé

²⁷⁶ Sur la relation entre le recours collectif et la clause d'arbitrage, voir John C. KLEEFELD, « Class Actions as Alternative Dispute Resolution » (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 817, aux pages 819 et suiv. Aux États-Unis, voir aussi, Thomas BURCH, « Necessity never made a good bargain : when consumer arbitration agreements prohibit class relief », 31 *Fla. St. U. L. Rev.* 1005; Alan S. KAPLINSKY, « Arbitration and class actions: a contradiction in terms », (2007) *Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order No. 11165. Dans cette étude, l'auteur fait une analyse de la jurisprudence américaine concernant l'arbitrage et le recours collectif. Dans cette même veine, voir Alan S. KAPLINSKY, « A Scorecard on Where Federal and State Appellate Courts and Statutes Stand on Enforcing Class Action Waivers in Pre-Dispute Consumer Arbitration Agreements », (2007) *Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series* PLI Order No. 11165.

²⁷⁷ Voir en général sur le recours collectif au Québec, Mario BOUCHARD, « L'autorisation d'exercer le recours collectif » (1980), 21 *C. de D.* 855.

²⁷⁸ Comme ce fut le cas dans l'affaire *Dell*. Cette constatation est conforme au principe établi dans l'affaire *Bisailon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19, au para. 16, qui établit que le recours collectif « vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits », cité dans *Dell*, précité, note 1, au para. 106.

²⁷⁹ Il maintenant est interdit de prohiber le recours collectif directement dans un contrat, voir l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Voir aussi, Susan G. DRUMMOND, « Is the class action a public order institution? », *The Court*, 17 Juillet 2007, disponible sur <http://www.thecourt.ca/2007/07/17/is-the-class-action-a-public-order-institution/>.

(abusivement même)²⁸⁰ par des commerçants conscients du danger que peuvent présenter les recours collectifs, notamment en matière de commerce électronique.

Plusieurs arguments peuvent être invoqués pour soutenir la position exprimée plus haut. Le domaine de la consommation est gouverné par un régime spécial pour lequel le législateur a établi des règles propres en vue de protéger le consommateur contre les abus des commerçants, notamment par l'inclusion des clauses « dures ». À cet égard, D. Lluelles et B. Moore expliquent:

« Cette catégorie est apparue avec les années 70, pour remédier aux insuffisances du droit civil classique - au sens large - à l'égard de certaines catégories de contractants dans leurs rapports contractuels avec des personnes mieux armées qu'eux sur les plans économique et technique. Le contractant mieux armé pouvait donc prévoir, en toute légalité, des clauses dures, souvent contraires aux règles générales ou spéciales du Code civil »²⁸¹.

Telle est donc l'intention du législateur en adoptant une loi spéciale pour la protection accrue des consommateurs : minimiser, voire abolir la possibilité des « clauses dures ». Il va de soi que l'arbitrage en tant qu'institution n'est pas toujours négatif pour la société ou pour les contractants plus faibles²⁸².

²⁸⁰ Pour des exemples des contrats de cyberconsommateurs qui contiennent une clause d'arbitrage, voir Shelley MCGILL, « The conflict between consumer class actions and contractual arbitration clauses », (2006) 43 *Can. Bus. L.J.* 359 (l'auteure défend la position que les clauses compromissaires avant la naissance du litige met les consommateurs dans une position inférieure puisque, *inter alia*, « the consumer may not be aware of the arbitration clause until after the dispute arises »). Voir aussi, J. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22.

²⁸¹ D. LLUELLES et B. MOORE, *loc. cit.*, note 36, à la page 70.

²⁸² Voir par exemple, Stéphanie RAYMOND-BOUGIE, *L'arbitrage des différends en droit de la consommation*, Collection Minerve, Éditions Yvon Blais, 2005 ; Frédéric BACHAND, « Droit de

L'argument que nous défendons ici concerne les conséquences d'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation, soit la limitation de l'accès au recours collectif. Cela nous semble être contraire à l'intention du législateur en adoptant la *Loi sur la protection du consommateur*.

Ensuite, puisque la *Loi sur la protection du consommateur* était muette quant à la validité d'une telle clause, à notre avis, il fallait interpréter la loi comme interdisant le recours à l'arbitrage²⁸³ du seul fait qu'elle limite une voie judiciaire importante en matière de consommation, la voie collective. En effet, pour le professeur Prujiner :

« l'arbitrage était tellement marginal au Québec lors de la rédaction de la LPC qu'il est compréhensible qu'il ait été relativement ignoré par les rédacteurs à l'époque, alors qu'il a fait l'objet, plus tard, d'un traitement particulier dans le Code civil en droit international privé parce qu'à ce moment, l'arbitrage commençait à jouer un rôle croissant »²⁸⁴.

Ceci dit, il a été argumenté à bon droit qu'une simple insertion d'une clause d'arbitrage dans un contrat de consommation ou tout autre type de contrat puisse ne pas être suffisante pour empêcher une cour d'autoriser le recours

l'arbitrage. Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des finalités s'y rapportant», (2004) 64 *R. du B.*

²⁸³ Voir à cet égard, A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 599 (exprimant l'idée que la modification de la *Loi sur la protection du consommateur* avec l'introduction du nouvel article 11.1 pouvait indiquer que cette modification de la législation clarifie « une intention antérieure mal exprimée »).

²⁸⁴ *Ibid.*

collectif²⁸⁵. De fait, la jurisprudence canadienne et américaine sur ce sujet semble indiquer qu'une solution n'élimine pas l'autre, c'est-à-dire que l'inclusion d'une clause d'arbitrage générale²⁸⁶ n'écarterait pas le recours collectif. Ici, une nuance très importante doit être faite : aux États-Unis, l'institution du recours collectif par la voie de l'arbitrage existe (le « class arbitration »)²⁸⁷, ce qui n'est pas le cas au Canada.

Au Canada, à cet égard, des tribunaux en Colombie Britannique, en Ontario et au Québec ont analysé la compatibilité d'une clause d'arbitrage et du recours collectif. Dans l'affaire *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*²⁸⁸, les défendeurs ont intenté une action contre leur serveur Internet pour bris de contrat devant la Cour supérieure de l'Ontario, et ce, en dépit d'une clause d'arbitrage qui excluait tout recours judiciaire et éliminait expressément la possibilité d'intenter un recours collectif ou d'y participer. La Cour a décidé que « Without deciding the point, it would appear that section 20(1) would permit an arbitrator, at the very least, to consolidate a number of arbitrations which raise the same issue. Therefore, it appears at least arguable that if each of the five named

²⁸⁵ Randy A. PEPPER, « When Will Online Arbitration Agreements Be Enforced in a Class Action Context? “It Depends,” Says the Quebec Court of Appeal in *Dell Computers* », 21 *B.F.L.R.* 323.

²⁸⁶ *Ibid.* Par « clause d'arbitrage générale » nous référons à une clause qui n'empêche pas expressément le recours collectif. Voir aussi, J. HAMILTON, *loc. cit.*, note 22, à la page 720.

²⁸⁷ Voir à cet égard, Donald BISSON et Shaun FINN, « A Disputed Alternative to Alternative Dispute Resolution - A Discussion of Class-Wide Arbitration and its Relevance for Québec Class Action Litigants and Practitioners », (2004) 83 *Can. Bar. Rev.* 309; Kirk D. KNUTSON, « The necessity of an opt-in approach to class arbitration », (2008) disponible sur <http://ssrn.com/abstract=12998678> (pour un aperçu historique et une analyse critique de l'institution de « class arbitration »).

²⁸⁸ *Précitée*, note 285.

representative plaintiffs here chose to seek arbitrations of their claims, an arbitrator might well decide that those arbitrations could be dealt with together thereby saving time and expense for all parties. Such possibilities serve to militate against the central assertion of the plaintiffs that the arbitration clause operates so as to erect an economic wall barring customers of the defendant from effectively seeking relief»²⁸⁹.

La Cour a rejeté la demande de recours collectif et référé le litige à l'arbitre, et ce, en conformité avec la clause compromissoire interdisant expressément la possibilité d'intenter un recours collectif ou d'y participer. Il faut noter qu'après cette décision, la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*²⁹⁰ a été modifiée afin de « neutraliser » les effets de ladite décision en ce qui concerne l'impossibilité d'intenter un recours collectif en raison d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de consommation. De fait, l'article 8(1) neutralise presque complètement²⁹¹ le précédent créé dans l'affaire *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*²⁹² :

« 8(1) Le consommateur peut, en vertu de la Loi de 1992 sur les recours collectifs, introduire une instance au nom des membres d'un groupe ou devenir membre d'un groupe dans une telle instance à l'égard d'un

²⁸⁹ *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, précitée, note 270, au para. 55.

²⁹⁰ L.O. 2002, CHAPITRE 30, disponible sur http://www.elaws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws_statutes_02c30_f.htm.

²⁹¹ Voir aussi l'article 8(4) de cette même loi : « Le paragraphe 7 (1) de la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* ne s'applique pas à l'instance visée au paragraphe (1), sauf si le consommateur consent à soumettre le différend à l'arbitrage.» Par conséquent, une Cour peut encore décider de rejeter une requête en recours collectif et soumettre le litige à l'arbitre lorsque le consommateur a consenti à l'arbitrage après la naissance du litige.

²⁹² *Précitée*, note 270.

différend relatif à une convention de consommation malgré toute condition ou reconnaissance, énoncée dans la convention de consommation ou une convention connexe, qui aurait ou a pour effet de l'empêcher d'introduire un recours collectif ou de devenir membre d'un tel groupe²⁹³.

La Cour supérieure de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Mackinnon v. National Money Mart Co.*,²⁹⁴ est arrivée à une constatation intéressante concernant le devoir d'un tribunal par rapport au recours collectif et à l'arbitrage. Effectivement, la Cour a bien noté que l'article 4 de la *Loi sur les recours collectifs*²⁹⁵ oblige la Cour à autoriser l'exercice d'un recours collectif dès que les conditions requises sont satisfaites. Par ailleurs, la *Loi sur l'arbitrage commercial*²⁹⁶ nous indique que la Cour doit référer le litige à l'arbitrage, ce qui cause une inconsistance entre les deux obligations. La Cour supérieure est arrivée à la conclusion que le recours collectif devrait être autorisé puisque le montant en litige était trop minime pour devenir l'objet d'une procédure en arbitrage²⁹⁷.

²⁹³ Art. 8(1) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, précitée, note 306.

²⁹⁴ 41 B.L.R. (3d) 198 (B.C. S.C.).

²⁹⁵ R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 4.

²⁹⁶ [RSBC 1996] c. 55, art. 15.

²⁹⁷ *Mackinnon v. National Money Mart Co.*, précitée, note 294. Cependant, contrairement à la décision de première instance, la Cour d'appel, 2004 BCCA 473 (B.C. C.A.), aux paras. 305 et suiv., a décidé que face à une clause d'arbitrage, les cours canadiennes ont normalement soumis un litige à l'arbitrage pour des raisons, notamment, de liberté contractuelle. En adressant la question de l'incompatibilité des deux lois citées plus haut, aux pages 95-97, la Cour a décidé que la requête en autorisation du recours collectif devrait être jugée avant de référer la dispute à l'arbitrage.

D'ailleurs, aux États-Unis l'enjeu en cause a aussi été une raison pour que le recours collectif soit préférable à l'arbitrage. En effet, dans l'affaire *Jaliyah Muhammad c. County Bank of Rehoboth Beach*²⁹⁸, la Cour suprême du New Jersey a décidé qu'en raison du montant minimal en cause (en l'espèce, 200\$), le recours collectif était la solution la plus adéquate pour la résolution du conflit. Dans cette affaire²⁹⁹, la Cour a fait remarquer l'opportunité du phénomène de la « class arbitration » :

« New Jersey's public policy favoring arbitration is not determinative of whether a specific class arbitration waiver is unenforceable. Nothing in the arbitration process requires that claims be brought only by individuals »³⁰⁰.

Toujours sur la question d'un recours collectif intenté en dépit d'une clause d'arbitrage dans un contrat électronique, une décision américaine s'avère très pertinente en raison de la similitude des faits avec l'affaire *Dell* et, spécialement, des questions en litige très semblables³⁰¹. La Cour d'appel d'Illinois a décidé dans l'affaire *Hubert c. Dell Corporation*³⁰² que la requête pour autorisation du recours collectif devrait être rejetée et que la question devrait être soumise à l'arbitrage.

²⁹⁸ 189 N.J. 1, 912 A.2d 88.

²⁹⁹ Voir le commentaire sur le blogue de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques du 28 août 2006, disponible sur <http://www.gautrais.com/L-equivalent-de-Dell-et-Rogers-aux>.

³⁰⁰ Voir sur le blogue www.gautrais.com, *ibid*.

³⁰¹ En effet, la question à savoir si la clause compromissoire était une clause externe a été soulevée.

³⁰² Appellate Court of Illinois, Fifth District in *Hubbert v. Dell Corporation*, 5-03-0643, cité dans R. PEPPER, *loc. cit.*, note 285, à la page 340.

Avant de conclure sur l'interdiction du recours collectif par la voie d'une clause contractuelle, notamment la clause d'arbitrage, il est intéressant de noter un autre moyen par lequel les commerçants essaient de bloquer l'accès au recours collectif : la clause de choix de for. En effet, par un tel moyen, le recours collectif peut ainsi être évité lorsque, dans la juridiction indiquée dans le contrat, les consommateurs ne peuvent pas intenter des recours collectifs. C'est un cas encore plus dissimulé de limitation des droits du consommateur puisque ce n'est pas clair qu'un consommateur ait connaissance qu'en acceptant une clause de choix de for il sera limité dans ses recours. Ce fut le cas dans l'affaire *Dix c. ICT Group Inc.*³⁰³ où un consommateur a poursuivi, à Washington, le commerçant *AOL* pour surcharge de services à Washington, et ce, malgré une clause dans le contrat indiquant que tout litige devrait être résolu selon les lois de l'État de Virginie. Or, il n'est pas étonnant de découvrir que les lois de cet État ne permettent pas à un consommateur d'intenter un recours collectif alors que les lois de l'État de Washington sont protectionnistes à l'égard du consommateur et prévoient la possibilité de recours collectifs³⁰⁴. La Cour a remarqué l'importance des dispositions de la loi de Washington quant à la protection du consommateur et a décidé qu'en validant la clause de choix de for la Cour irait à

³⁰³ *Dix v. ICT Group, Inc.*, 125 Wash. App. 929 (Wash. App. Div. 3, 2005).

³⁰⁴ *Washington Consumer Protection Act*, RCW 19.86 *et al.* (2006).

l'encontre de l'intention du législateur, soit de mettre les consommateurs à l'abri des pratiques déloyales³⁰⁵.

Notons, toutefois, que les cours américaines ne sont pas toutes d'accord sur l'invalidité d'une clause de choix de for qui met le consommateur dans l'impossibilité d'intenter un recours collectif³⁰⁶. Par conséquent, nous ne pouvons pas affirmer que la jurisprudence américaine soit unanime quant à la préséance du recours collectif en droit de la consommation comme un type de recours qui doit toujours être disponible aux consommateurs.

Il nous semble donc que, dans le « jeu » de la compatibilité de l'arbitrage et du recours collectif, l'affaire *Dell* a fait état d'un côté, de la tentative du commerçant *Dell* (qui n'est évidemment pas le premier à essayer cette approche) de fermer tout accès au recours collectif au moyen d'une clause bien dissimulée dans son contrat. Belle tentative, premier échec. De l'autre côté, le consommateur, bien téméraire, a essayé de passer outre la clause d'arbitrage obligatoire en déposant une requête pour autorisation du recours collectif. Quelques cahiers judiciaires plus tard, la solution législative est arrivée.

Comme l'affirme un auteur, nous estimons que le droit dans cette matière, après l'affaire *Dell*, n'est pas toujours clair et dépendra beaucoup de l'interprétation qui sera faite de la décision de la Cour suprême :

³⁰⁵ *Dix v. ICT Group, Inc.*, précitée, note 303. Voir aussi, Rachel C. ANDERSON, « Enforcement of contractual terms in click-wrap agreements: courts refusing to enforce forum selection and binding arbitration clauses », (2007) 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 11, à la page 4.

³⁰⁶ Voir par exemple, *Koch v. America Online, Inc.* 139 F.Supp. 2d 690, 695 (D.Md. 2000); *contra*, voir *Homa v. American Express Co.*, 558 F.3d 225 (2009) (concluant qu'une clause d'arbitrage qui rend le recours collectif impossible est invalide si les consommateurs individuellement avaient des causes d'action d'un montant très bas).

« Taking a broad interpretation, *Dell* stands from the proposition that class proceedings legislation cannot create new substantive rights. Specifically, class proceedings legislation does not create a substantive right to avoid an arbitration agreement. This means that the court needs to look at an intended class action as if it were an ordinary class action brought by an individual. In those circumstances, if the arbitration agreement is enforceable, class proceedings legislation cannot provide additional rights to a plaintiff to avoid arbitration. Read broadly *Dell* stands for this proposition and, arguably, overturns *MacKinnon* and *Smith*. Further, it can be read as being contrary to one of the key statements from *RudDell* that provides that a mandatory arbitration is not a matter of “jurisdiction.”

Read narrowly, *Dell* can stand for a much simpler proposition. In Quebec, the exemptions from the enforcement of an arbitration agreement are more limited than in other provinces. The exceptions that are available are most closely akin to the “void” exception found in Ontario as originally interpreted in *Kanitz*. If one adopts this interpretation, then the *Dell* case becomes one where the arbitrator is granted something akin to exclusive jurisdiction under the *Quebec Civil Code*. In those circumstances, the court is not provided with the necessary legislative discretion to allow it to choose when to enforce arbitration agreements. In an exclusive jurisdiction model, the issue of preferability does not arise because a court is without jurisdiction in the first instance.

The lower courts in Canada are going to have to grapple with this debate for the foreseeable future. Given the decision in *Dell*, there will likely be further efforts to stay class proceedings in favour of arbitration. Even in Quebec, Ontario and Alberta where consumer class actions are now protected, arbitration agreements will likely be relied upon in other contexts in an effort to halt class proceedings. *Dell* has provided

neither the clarity sought by some nor the result sought by others. »³⁰⁷

CHAPITRE 4. La compétence de l'arbitre en matière de litige de cyberconsommation

Une autre question qui était au cœur du litige et qui mérite analyse était de savoir qui du juge ou de l'arbitre était compétent à décider du fond du litige³⁰⁸. Pour ce faire, nous allons analyser la question du pouvoir de l'arbitre de statuer sur sa propre compétence.

Même si, maintenant, la *Loi sur la protection du consommateur* est claire sur l'arbitrage de consommation au Québec, à son article 11.1, il est important d'analyser les paramètres de la compétence de l'arbitre³⁰⁹ puisqu'il est encore possible d'avoir un arbitrage en matière de consommation après la naissance du litige, car le consommateur peut «s'il survient un litige après la conclusion du

³⁰⁷ Craig A. B. FERRIS, « Understanding Arbitration Clauses in Class Actions: Have the Sands Shifted Once Again? », (2007) Lawson LunDell LLP, disponible en ligne sur <http://www.lawsonlunDell.com/Resources/News-and-Publications/Understanding-Arbitration-Clauses-in-Class-Actions-Have-the-Sands-Shifted-Once-Again>.

³⁰⁸ Voir *Dell*, précitée, note 1, aux paras. 61 et suiv.

³⁰⁹ Nous ne traiterons pas ici de la compétence de l'arbitre en matière d'arbitrage commercial international. En général, les règles que nous analysons s'appliquent aussi d'une certaine façon à l'arbitrage commercial international, avec certaines nuances. Voir en général sur l'arbitrage commercial international : Frédéric BACHAND, *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*, Cowansville, Yvon Blais, 2005; Jacques BEGUIN, *L'arbitrage commercial international*, Montréal : Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987; Emmanuel GAILLARD et John SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; Louis MARQUIS, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 448. Voir aussi, Emmanuel GAILLARD, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage »³¹⁰ (et les arbitrages sont encore possibles sous l'empire du *Code civil du Québec*)³¹¹.

La règle de base sur la convention d'arbitrage est édictée à l'article 2638 du *Code civil du Québec*. Aussi, l'article 2639 du *Code civil du Québec* exclut certaines matières de la compétence de l'arbitrage, soit celles « portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public ». Ces règles ne laissent pas de doute : lorsqu'il existe une convention d'arbitrage, c'est en principe l'arbitre qui devrait être saisi du litige³¹². Cependant, la question demeure lorsqu'il y a un litige sur la validité ou l'applicabilité de la clause arbitrale plutôt que sur la matière soumise à l'arbitrage. Autrement dit, qui devrait décider sur l'étendue de la compétence de l'arbitre, le tribunal ou l'arbitre lui-même ? Frédéric Bachand et Pierre Bienvenu décrivent très bien la question : « le juge saisi d'une demande de renvoi à l'arbitrage doit-il se prononcer pleinement sur l'efficacité de la convention d'arbitrage invoquée ? »³¹³.

³¹⁰ Art 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

³¹¹ Voir Chapitre 18 du *Code civil du Québec*.

³¹² Voir les MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 233, t. II, à la page 1649, « en attribuant une compétence juridictionnelle aux arbitres [on] exclut la compétence habituelle de l'ordre judiciaire ». Toutefois, voir aussi A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116, à la page 600 : « le débat en cours à cet égard entre ceux qui défendent le principe que la compétence matérielle doit être évaluée par les arbitres d'abord au nom de l'autonomie de l'arbitrage et ceux qui préfèrent invoquer l'efficacité procédurale pour éviter qu'un tribunal n'envoie un dossier à un arbitre uniquement pour que celui-ci confirme une incompétence qu'il serait plus rapide et économique d'établir immédiatement »).

³¹³ Frédéric BACHAND et Pierre BIENVENU, « L'arrêt *Dell* et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage », (2007) 37 *R.G.D.* 477-490.

La majorité de la Cour suprême a décidé que « lorsqu'il existe une clause d'arbitrage, toute contestation de la compétence de l'arbitre doit d'abord être tranchée par ce dernier »³¹⁴. Selon la minorité de la Cour, le juge devrait statuer sur la validité de l'arbitrage seulement s'il le fait « sur la foi des documents et des actes de procédure produits par les parties, sans devoir entendre la preuve ni tirer des conclusions sur la pertinence et la fiabilité de celle-ci »³¹⁵.

Le professeur Prujiner est d'avis que l'approche de la minorité dans l'affaire *Dell* a été plus éloquente que celle de la majorité³¹⁶ :

« il vaut mieux éviter de favoriser les manœuvres de harcèlement procédural avec des critères trop rigides sur les questions de compétence et il est à souhaiter que la souplesse mise de l'avant par les juges minoritaires finisse par l'emporter. »

Selon Frédéric Bachand et Pierre Bienvenu, la Cour, face à une clause arbitrale, passera à un examen « sommaire » de la convention d'arbitrage afin de décider si « la réclamation *semble* bel et bien relever de la compétence d'un tribunal arbitral »³¹⁷.

Au Québec, c'est le *Code de procédure civile* qui édicte les règles procédurales en matière d'arbitrage. Si les parties n'ont pas choisi une autre procédure, ce sont les dispositions du Livre VII, titres I et II, qui s'appliquent à

³¹⁴ *Dell, précitée*, note 1, au para. 84.

³¹⁵ *Dell, précitée*, note 1, au para. 176.

³¹⁶ A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 116 à la page 601.

³¹⁷ F. BACHAND et P. BIENVENU, *loc. cit.*, note 313, aux pages 479-480.

la procédure arbitrale³¹⁸. Sur la compétence de l'arbitre, l'article 943 du *Code de procédure civile* indique que « les arbitres peuvent décider sur leur propre compétence ». Ce principe est à la base de l'institution, soit le principe de la compétence-compétence³¹⁹. Le principe selon lequel les tribunaux doivent référer les parties à l'arbitre lorsqu'il existe une convention d'arbitrage est édicté à l'article 940.1 du *Code de procédure civile* :

« Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal saisi d'un litige sur une question au sujet duquel les parties ont conclu une convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande d'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention. La procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue tant que le tribunal n'a pas statué. »

Selon cette disposition, premièrement, une des parties doit demander le renvoi à l'arbitrage, le tribunal ne pouvant le faire d'office. Deuxièmement, le tribunal ne peut renvoyer l'affaire à l'arbitrage s'il constate une nullité dans la convention. La Cour suprême a décidé de la question en formulant « un critère d'examen d'une demande de renvoi à l'arbitrage qui soit fidèle à l'article 943 du *Code de*

³¹⁸ Art. 940 du *Code de procédure civile*.

³¹⁹ Sur le principe de la compétence-compétence voir Emmanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans Jacques HALDY, Jean-Marc RAPP, Phidias FERRARI (dir.), *Études de procédure et d'arbitrage en honneur de Jean François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université Lausanne, 1999, p. 387; Pierre MAYER, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », (1989) 217 *R.C.A.D.I.* 319; Antonias DIMOLITSA, « Autonomie et kompetenz-kompetenz », (1998) *Rev. arb.* 305, cités dans F. BACHAND et P. BIENVENU, *loc. cit.*, note 313, à la page 477.

procédure civile et au critère de l'analyse sommaire de plus en plus retenu à l'échelle internationale »³²⁰.

Le principe est donc que c'est en premier lieu l'arbitre qui doit statuer sur sa propre compétence puisque si, à chaque fois qu'il y a un litige quant à la compétence de l'arbitre, il faut s'adresser aux tribunaux pour une réponse, quelle serait la raison d'être de l'arbitrage? Il faut alors analyser ce qui peut constituer une cause de nullité de la convention d'arbitrage afin que les tribunaux ne renvoient pas les parties à l'arbitrage. À cet égard, la Cour suprême nous enseigne que

« [L]e tribunal ne devrait déroger à la règle du renvoi systématique à l'arbitrage que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit ».³²¹ Alors que, « Si la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires »³²². Et finalement, « pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier »³²³.

Cet enseignement est pertinent même après la modification de la *Loi sur la protection du consommateur* et, conséquemment, la clarification du droit en

³²⁰ *Dell, précitée*, note 1, au para. 83.

³²¹ *Dell, précitée*, note 1, au para. 84.

³²² *Ibid.*, au para. 85.

³²³ *Ibid.*

matière d'arbitrage de consommation est pertinente. La majorité de la Cour a décidé qu'en l'espèce la question sur la validité et l'application de la clause compromissoire aurait dû être soumise à l'arbitre pour que ce dernier décide sur sa propre compétence de se saisir de l'affaire puisque, dans les faits, la question était mixte portant à la fois sur le droit et les faits, et que ces types de questions devraient être normalement décidés par l'arbitre³²⁴. Cependant, pour des raisons pratiques, la Cour a décidé qu'il serait « contre-productif » de renvoyer l'affaire à l'arbitrage pour décider des prétentions des parties³²⁵.

Nous considérons que la Cour a eu raison dans sa conclusion quant à la compétence de l'arbitre de décider sur la validité de la clause arbitrale. Bien que nous soyons d'avis que la clause compromissoire n'était pas valide en l'espèce, nous estimons que c'est l'arbitre qui aurait dû arriver à cette conclusion. Autrement dit, l'invalidité de la clause arbitrale aurait dû être dictée par l'arbitre, et, par la suite, les parties auraient pu s'adresser au tribunal pour la décision de leur litige, et ce, par la voie individuelle ou collective.

Cette position peut être expliquée de deux façons. Premièrement, le principe conducteur de l'arbitrage est que l'arbitre puisse être libre de décider si la clause d'arbitrage est valide et que, exceptionnellement, seul le tribunal devrait être saisi. Il semble que les questions en litige – en l'espèce, la validité de la clause compromissoire dans une clause externe et le caractère abusif de la clause – devraient être évaluées par l'arbitre. Par conséquent, c'est en vertu du

³²⁴ *Ibid.*, au para. 85.

³²⁵ *Ibid.*, aux paras. 88 et 89.

maintien de la stabilité de l'institution d'arbitrage que les tribunaux doivent déférer les différends aux arbitres.

En ce qui concerne le type de contrat dans l'affaire *Dell*, à savoir un « clickwrap agreement »³²⁶, certaines cours aux États-Unis ont refusé de soumettre les parties à l'arbitrage et ont conclu que la clause était invalide³²⁷. Bien que la validité de ce type de contrat soit maintenant généralement acceptée par les tribunaux³²⁸, il semble que les clauses compromissaires peuvent causer des problèmes du fait de leur intégration dans un contrat « clickwrap ». En effet^o:

« Despite the willingness to enforce arbitration clauses, some courts may be more skeptical of such clauses when they appear in consumer contracts of adhesion,

³²⁶ Sur les contrats « clickwrap » en général, voir Jane K. WINN et Benjamin WRIGHT, *The Law of Electronic Commerce Glossary GL-4*, 4 éd., 2001 et Supp. 2007. Les auteurs définissent le terme comme « Standard form contract terms presented to a visitor to an internet commerce site to which the visitor manifests assent by 'clicking' with a mouse on a graphical user interface ». Voir aussi, Joseph T. McLAUGHLIN, « Arbitrability: Current Trends in the United States », 59 *Alb. L. Rev.* 905, 907 (1996), cités dans R. ANDERSON, *loc. cit.*, note 305. Voir aussi, William Jr. CONDON, « Electronic Assent to Online Contracts: Do Courts Consistently Enforce Clickwrap Agreements », (2003-2004) 16 *Regent U. L. Rev.* 433; Robert L. DICKENS, « Finding Common Ground in the World of Electronic Contracts: The Consistency of Legal Reasoning in Clickwrap Cases », (2007) 11 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 379; Kaustuv M. DAS, « Forum-Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browsewrap Agreements and the Reasonably Communicated Test », (2002) 77 *Wash. L. Rev.* 481, Richard G. KUNDEL, (2002) « Recent Developments in Shrinkwrap, Clickwrap and Browsewrap Licenses in the United States », disponible sur <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n3/kunkel93nf.html>; Francis M. BUONO et Jonathan A. FRIEDMAN, « Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements », (1999) 4-3 *Journal of Technology Law and Policy*.

³²⁷ Voir par exemple, *Scarcella v. America Online, Inc.*, 2005 N.Y. Slip Op. 25553, 2005 WL 3542868 (N.Y. App. Term 2005), dans laquelle la Cour a refusé de confirmer la clause d'élection de for contenue dans un contrat click-wrap; *Hubbert v. Dell Corp.*, 835 N.E.2d 113 (Ill. App. Ct. 2005) où la Cour a refusé de donner suite à une clause d'arbitrage contenue dans le contrat principal accessible par le moyen d'un hyperlien; *Mortgage Plus, Inc. v. DocMagic Inc.*, No. 03-2582-GTV-DJW, 2004 WL 2331918 (D. Kan. 2004), sur la validité d'une clause de choix de for.

³²⁸ Voir R. ANDERSON, *loc. cit.*, note 305. Voir aussi, *i.LAN Systems, In. v. Netscout Service Legal Corp.*, 183 F. Supp. 2d 328 (D. Mass. 2002).

where one party may be viewed as lacking significant bargaining power »³²⁹.

Ces cas sont utiles dans cette partie de la discussion, car ils illustrent la révision des clauses d'arbitrage par les cours au lieu de les renvoyer directement à l'arbitre pour que ce dernier décide de la validité de la clause compromissoire. Il faut donc conclure qu'il est loin d'être certain dans un contrat de consommation, voire de cyberconsommation, où un des cocontractants est dans une position plus faible que l'autre et où les clauses compromissoires ont très souvent l'objectif de nier à la partie faible des droits fondamentaux, que les cours soient à l'aise de soumettre le différend à l'arbitrage pour la décision quant à la validité de la clause compromissoire, surtout quand cette dernière a pour effet de nier le droit au recours collectif³³⁰.

Conclusion

Internet et les nouvelles technologies ont eu un impact sur la façon de contracter et sur le droit applicable à ce nouveau type de contrat. Au Québec, après la naissance d'un litige d'importance nationale, voire internationale, le législateur a adapté le cadre juridique pour tenir compte de cette nouvelle réalité en droit de la consommation. Quoiqu'il en soit, la réaction du législateur a été

³²⁹ R. ANDERSON, *loc. cit.*, note 305, à la page 2.

³³⁰ Sur d'autres possibilités ouvertes aux commerçants lorsque la clause compromissoire est jugé invalide pour incompatibilité avec le droit au recours collectif, voir John C. COFFEE, « New World of Class Actions: CAFA, Exxon, and Open Issues », (2005) *N.Y.L.J.*

tardive pour les consommateurs dans l'affaire *Dell*³³¹. Face à ces changements technologiques et leur impact dans la pratique, une analyse du droit de la consommation au Québec s'est avérée importante afin de délimiter dans quelle mesure le droit tel qu'il existait pour l'environnement papier peut s'adapter à l'environnement électronique et si le but de protection de la partie faible – le consommateur – continue d'être atteint. Cela étant, nous avons, dans un premier temps, fait une analyse du droit applicable au contrat de consommation en général et, plus spécifiquement, nous avons étudié les différences pratiques et juridiques entre le contrat de consommation traditionnel (c'est-à-dire sous format papier) et le cybercontrat de consommation.

Étant donné que la toile de fond et le fil conducteur de notre analyse furent le litige dans l'affaire *Dell* en raison de son importance nationale et de l'éventail des questions pertinentes, nous avons traité dans un deuxième temps, du fond de l'affaire, à savoir l'analyse de l'erreur sur le prix dans le contrat de consommation électronique.

Et enfin, dans un troisième temps, vu l'intervention de la Cour suprême dans ce domaine de droit, le caractère très englobant de cette décision en vertu des diverses questions traitées et le fait que ce soit la première fois que la Cour suprême se prononçait sur cette question, l'étude de la décision de ce tribunal a aussi été cruciale pour mieux comprendre le droit applicable à la

³³¹ *Précitée*, note 1.

cyberconsommation et pour pouvoir répondre à la question : qu'est-ce qu'a changé l'affaire *Dell*^o?

À cette question, selon nous, la réponse doit être « très peu ». Cependant, une explication est importante. La Cour a changé très peu le droit dans le sens qu'elle a manqué l'occasion de faire avancer le droit de la cyberconsommation et a fait preuve d'un conservatisme indu. En traitant le contrat électronique presque comme un contrat sous format papier, la Cour n'a pas parcouru la distance du « cyberspace ».

Ainsi, nous avons analysé le droit applicable aux contrats de cyberconsommation et la première – et historique – décision de la Cour suprême du Canada. Ce faisant, nous sommes consciente que les nouvelles technologies surpasseront, probablement une fois de plus, les règles et normes qui existent maintenant, et que le droit, les institutions juridiques et les juristes devront toujours être connectés au pas rapide de cet environnement virtuel.

Le droit de la consommation électronique évoluera, espérons-nous, plus rapidement. Certaines questions, qui n'ont pas été abordées dans ce mémoire, comme l'arbitrage collectif³³², sont d'une importance majeure. La façon virtuelle de contracter suscitera vraisemblablement d'autres questions juridiques pertinentes.

Pour conclure, les leçons de la Cour suprême sont sans doute de la plus haute importance; toutefois, les changements technologiques mèneront, une fois

³³² Voir par exemple, Nabil N. Antaki, « L'arbitrage collectif, pourquoi pas? », dans Nabil N. Antaki et Emmanuel Darankoum (dir.), *La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif. Les Journées Maximilien-Caron 2006*, Montréal, Éditions Thémis, 2007.

encore, à des changements sur le plan juridique pour que la pratique et le droit soient en syntonie quant aux questions les plus fondamentales qui se poseront dans le monde virtuel.

Bibliographie

Doctrine

ADAMS, R., « Consumer Reaction Toward Arbitration as a Remedial Alternative to the Courts », (1983) 17 *J. Consumer Aff.* 172

ALDERMAN, R., « Pre-Dispute Mandatory Arbitration in Consumer Contracts: A Call for Reform », (2002) 5 *Journal of Texas Consumer Law* 58, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923206

ANDERSON, R., « Enforcement of contractual terms in click-wrap agreements: courts refusing to enforce forum selection and binding arbitration clauses », (2007) 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 11

ANDROSKI, L., « A Contested Merger: The Intersection of Class Actions and Mandatory Arbitration Clauses », (2003) *U. Chicago Legal F.* 631

AUBERT, J.-L., *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, *L.G.D.J.*, 1970

BACHAND, F. et BIENVENU, P., « L'arrêt *Dell* et le contrôle de la compétence arbitrale au stade du renvoi à l'arbitrage », (2007) 37 *R.G.D.* 477-490

BACHAND, F., « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? » (2006), 22 *Arb. Int'l* 463

BACHAND, F., « Droit de l'arbitrage. Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissoire parfaite et des finalités s'y rapportant. », (2004) 64 *R. du B.*

BACHAND, F., *L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

BARRON, P., « Compulsory Arbitration in Consumer Disputes », (2001) *Tul. Law.*, à la page 12

BATES, D., « A consumer dream or pandora box: is arbitration a viable option for cross-border consumer disputes? », 27 *Fordham Int'l L.J.* 823

BAUDOIN, J.-L., *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993

BECHER, S. et ZARSKY, T. Z., « E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation », (2008) 14-2 *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 303, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=984765>

BEGUIN, J., *L'arbitrage commercial international*. Montréal : Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987

BISSON, D. et FINN, S., « A Disputed Alternative to Alternative Dispute Resolution - A Discussion of Class-Wide Arbitration and its Relevance for Québec Class Action Litigants and Practitioners », (2004) 83 *Can. Bar. Rev.* 309

BIX, B., « Consent in contract law », dans Alan WERTHEIMER et Franklin G. MILLER (dir.), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, (forthcoming), Minnesota Legal Studies Research Paper No. 08-36, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1140256>

BORRELL, A., « Arbitration and Choice of Law Provisions as Class Action Risk Management Tools », Vancouver, 2002, disponible en ligne: <http://www.fasken.com>

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

BRAUCHER, J., « Replacing Paper Writings with Electronic Records in Consumer Transactions: Purposes, Pitfalls and Principles », (2003) 7 *North Carolina Banking Institute* 29

BRIERLEY, J. E. C., « De la convention d'arbitrage : Articles 2638 2643 », dans LA REFORME DU CODE CIVIL : OBLIGATIONS, CONTRATS NOMMES, t. 2, *Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec*, Ste Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 1067

BRIERLEY, J. E. C., « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987) 47 *R. du B.* 259

BRIERLEY, J. et MACDONALD, R., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Edmond Montgomery, 1993

BRIERLEY, J., « De la convention d'arbitrage : Articles 2638 2643 », dans La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés, t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Ste Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 1067

BRIERLEY, J., « Une loi nouvelle pour le Québec en matière d'arbitrage » (1987), 47 *R. du B.* 259

BRIERLEY, J., « De la convention d'arbitrage : Articles 2638-2643 », dans *La réforme du Code civil : obligations, contrats nommés*, t. 2. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Ste-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993

BROCK, A., « Amazon and Pricing », (2003) *Electronic Business Law* 5(5)
 BROWNSWORD, R., *Contract Law, Themes for the Twenty-First Century*, Londres, Butterworths, 2000

BUONO, F. et FRIEDMAN, J., « Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements », (1999) 4-3 *Journal of Technology Law and Policy*

BURCH, T., « Necessity never made a good bargain : when consumer arbitration agreements prohibit class relief », 31 *Fla. St. U. L. Rev.* 1005

CALAIS-AULOY, J., « L'expérience de la réforme du droit de la consommation en France » dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005

CASEY, J. B. et MILLS, J., *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure*, Huntington, N.Y., Juris Publishing, 2005

COFFEE, J., « New World of Class Actions: CAFA, Exxon, and Open Issues », (2005) *N.Y.L.J.*

COLLINS, D., « Compulsory Arbitration Agreements in Domestic and International Consumer Contracts », (2008) 19-2 *King's Law Journal*

CONDON, W., « Electronic Assent to Online Contracts: Do Courts Consistently Enforce Clickwrap Agreements », (2003-2004) 16 *Regent U. L. Rev.* 433

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999

CROTEAU, N., *Le contrat d'adhésion: de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 123

DAS, K., « Forum-Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browsewrap Agreements and the Reasonably Communicated Test », (2002) 77 *Wash. L. Rev.* 481

DAVIS, N., « Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap », (2007) *22 Berkeley Tech. L.J.* 577

DIMOLITSA, A., « Autonomie et kompetenz-kompetenz », (1998) *Rev. arb.* 305

DRUMMOND, S., « Is the class action a public order institution? », *The Court*, 17 Juillet 2007, disponible sur <http://www.thecourt.ca/2007/07/17/is-the-class-action-a-public-order-institution/>

DUASO CALÉS, R., « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation », (2002) *8 Lex Electronica* 1

EDWARDS, H., « Where Are We Heading with Mandatory Arbitration of Statutory Claims in Employment? », (1999) *16 Ga. St. U.L. Rev.* 293

EMANUELLI, C., *Droit international privé québécois*, 2e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006

ESTREICHER, S., « Predispute Agreements to Arbitrate Statutory Employment Claims », (1997) *72 N.Y.U.L. Rev.* 1344

FERRIS, C., « Understanding Arbitration Clauses in Class Actions: Forum des droits sur l'Internet, « L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique », 25/03/2003, disponible à : <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=526>

GAGNON, J., « Le contrat d'adhésion sous le Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit commercial* (1995), Cowansville, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Éd. Yvon Blais

GAILLARD, E., « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans Jacques Haldey, Jean-Marc Rapp, Phidias Ferrari (dir.), *Études de procédure et d'arbitrage en honneur de Jean François Poudret*, Lausanne, Faculté de droit de l'Université Lausanne, 1999, p. 387

GAILLARD, E., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Académie de droit international de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008

GAILLARD, E., et SAVAGE, J., *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 1999

GAUDET, S. et KOURI, R., « Contrats entre non-présents et contrats entre présents : y a-t-il une différence? », (1989) *20 R.D.U.S.* 175

GAUDET, S., « L'inexistence, nullité et annulabilité : essai de synthèse », (1995) 40 *R.D. McGill* 291

GAUTRAIS, V., « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Droit de la consommation sous influences*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2007

GAUTRAIS, V., « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2008) 37-2 *Revue Générale de droit*

GAUTRAIS, V., « Cyberconsommation. N°9 : Le contrat est-il facile à lire ? », disponible sur <http://www.gautrais.com/Le-contrat-est-il-facile-a-lire>

GAUTRAIS, V., « La Couleur du Consentement Électronique », (2003), 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61-29

GAUTRAIS, V., « La formation des contrats par télécopieur », Montréal, Éditions Thémis, 1995

GAUTRAIS, V., « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », disponible sur <https://papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/bitstream/1866/1357/1/cyberconsommationillegale.doc>

GAUTRAIS, V., « Lisibilité des contrats électroniques », 21 novembre 2006, disponible sur http://www.gautrais.com/Lisibilite-des-contrats?var_recherche=jacok%20nielsen

GAUTRAIS, V., « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisés », (1996) 37 *C. de D.* 121

GAUTRAIS, V., « *DELL Computer c. Union des Consommateurs* : Histoire d'un « Oops »! » (2005) 17-3 *Cahiers de propriété intellectuelle* 687- 703, disponible à : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/Dell2005.pdf>

GAUTRAIS, V., *Le guide juridique du commerçant électronique*, Ch. 4, « Formation des contrats à distance »

GILLIES, L. E., « Addressing the Cyberspace Fallacy: Targeting the Jurisdiction of an Electronic Consumer Contract », (2008) 16-3 *International Journal of Law and Information Technology* 242

GOLDSTEIN, G. « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil de Québec », dans *Nouveaux développements en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994

GOLDSTEIN, G. et GROFFIER, E., *Droit international privé*, t. I et II, *Règles spécifiques*. Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

Goudreau, M., « À propos de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris », (2007) 37 *R.G.D.* 379-391

GROEBNER, B., « Oops! The legal consequences of and Solutions to Online Pricing Errors » (2004) *Shidler Journal for Law, Commerce & Technology* 1-2

GUILLEMARD, S., « Les clauses abusives et leurs sanctions : la quadrature du cercle », (1999) 59 *R. du B.* 369

GUILLEMARD, S., « Liberté contractuelle et rattachement juridictionnel : le droit québécois face aux droits français et européen », *E.J.C.L.*, vol. 8.2, juin 2004, <http://www.ejcl.org/82/abs82-1.html>

GUILLEMARD, S., *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat, Laval, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003.

HAMILTON, J. W., « Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice? », (2006) 51 *McGill L.J.* 693
 Have the Sands Shifted Once Again?», (2007) Lawson LunDell LLP, disponible en ligne sur <http://www.lawsonlunDell.com/Resources/News-and-Publications/Understanding-Arbitration-Clauses-in-Class-Actions-Have-the-Sands-Shifted-Once-Again>

HERTZ, L., « Don't Get Trapped into Honoring Online Pricing Errors! », (2002), 4-7 *E-Com. L. R à la page 6*

HOWITT, P., « Contracts: The Perils of Online Pricing », (2003) 5-4 *E-Commerce Law & Policy* 2
http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/_textes/consentement2003CPI.pdf;

HUBER, S. et TRACHTE-HUBER, E. W., « Top Ten Developments in Arbitration in the 1990s », (2000-2001) 55:4 *Disp. Resol. J.* 24
 J. BRIERLEY, J. et MACDONALD, R., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Edmond Montgomery, 1993

KAPLINSKY, A., « A Scorecard on Where Federal and State Appellate Courts and Statutes Stand on Enforcing Class Action Waivers in Pre-Dispute Consumer Arbitration Agreements », (2007) *Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series* PLI Order No. 11165

KAPLINSKY, A., « Arbitration and class actions: a contradiction in terms », (2007) *Practising Law Institute Corporate Law and Practice Course Handbook Series*, PLI Order No. 11165

KATSH, E., *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995

KIERKEGAARD, S., « E-Contract Formation: U.S. And EU Perspectives », (2007) 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.*, 12

KLEEFELD, J., « Class Actions as Alternative Dispute Resolution » (2001) 39 *Osgoode Hall L.J.* 817

KNUTSON, K., « The necessity of an opt-in approach to class arbitration », (2008) disponible sur <http://ssrn.com/abstract=12998678>

KUNDEL, R., (2002) « Recent Developments in Shrinkwrap, Clickwrap and Browsewrap Licenses in the United States », disponible sur <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n3/kunkel93nf.html>

KUNZ, C., et al., « Click-Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent », (2001), 57 *Bus. Law.* 40

L'HEUREUX, N., *Droit de la consommation*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000

LAFOND, P.-C., « L'avenir du recours collectif au Québec », (2007) 37-2 *R.G.D.* 357, 359

LAFOND, P.-C., « Le recours collectif québécois des années 2000 et les consommateurs : deux poids, quatre mesures », dans *Développements récents sur les recours collectifs 2001*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais

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

LAFOND, P.-C., « Rapport général : Le consommateur et le procès », *Cahiers de droit.*

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

LANGÉVIN, L., et VEZINA, N., *Le contrat*, Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec, vol. 5, 2006, EYB2006CDD126.

LEBOIS, A., « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », (2002) 19 *Contrats Concurrence Consommation* 8,

LEFEBVRE, B., « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 460-470

LEITL, S., « Ontario Court Forces Proposed Class Action Plaintiffs to Arbitrate Claims », *Vantage: Class Actions Newsflash*, Macleod Dixon LLP (Fall 2002),
 online: Macleod Dixon
<http://www.macleodixon.com/content/files/NEWSFLASH.pdf>

LEMIEUX, M., « Les clauses abusives dans les contrats d'adhésion », (2001) 42 *C. de D.* 841

LLUELLES, D. et MOORE, B., *Droit québécois des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, vol. 1, 1998

LLUELLES, D. et MOORE, B., *Manuel de doctrine sur le régime des obligations*, t. 1, Montréal, Thémis, 2005

LLUELLES, D., « Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 *R. du N.* 11

LOQUIN, É., « Compétence arbitrale », dans *Juris-classeurs, Procédure civile*, fasc. 1034, « Arbitrage », n° 105, France, Éditions Techniques, 1994

MAISONNEUVE, M., « Le droit américain de l'arbitrage et la théorie de l'unconscionability », (2005) *Rev. Arb.* 101

MALTBY, L., « Private Justice: Employment Arbitration and Civil Rights », (1998) 30 *Colum. H.R.L. Rev.* 29

MARQUES, C., « L'expérience de codification et réforme du droit de la consommation au Brésil », dans *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec : Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, à la page 187

MARQUIS, L., « La compétence arbitrale : une place au soleil ou à l'ombre du pouvoir judiciaire » (1990), 21 *R.D.U.S.* 303

MARQUIS, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1991-1992), 37 *R.D. McGill* 448

MARSEILLE, C., « L'arbitrage et les recours collectifs au Québec : où en sommes-nous? », *Développements récents sur les recours collectifs (2006)*, Service de la formation continue, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais

MASSE, C., *Loi sur la protection du consommateur – Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999

MASSOL, G., *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989

MAYER, P., « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », (1989) 217 *R.C.A.D.I.* 319

MCGILL, S., « The conflict between Consumer class actions and contractual arbitration clauses », (2006) 43 *Can. Bus. L. J.* 359

MCGRATH, D., « Avoiding Class Actions in the Oil & Gas Industry », (2002) disponible en ligne : Blake Cassels & Graydon, http://www.blakes.com/english/publications/bog/BOGSept2006/Environmental_Class_Actions.asp

MCLAUGHLIN, J., « Arbitrability: Current Trends in the United States », 59 *Alb. L. Rev.* 905, 907 (1996)

MCNAUGHTON, E. et SABET, P., *A guide to the Ontario Consumer Protection Act*, Lexis, 2007

MERCURE, J.-F., « Commentaire sur la Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances - Quand le législateur se met au goût du jour... », *Repères*, Février 2008, EYB2008REP680

MERRILS, J.G., *International Dispute Settlement*, 4^{éd.}, Cambridge, Cambridge University Press, 2005

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, Montréal, Les Publications du Québec, 1993, 839

MOORE, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177-237

MOORE, B., « Les clauses abusives : dix ans après », *Revue du Barreau*, T. 1, 2003

MOORE, B., « Le contrôle des clauses abusives: entre formation et exécution du contrat », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003

MURRAY, A., « Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W. », dans Lillian EDWARDS et Charlotte WAELDE (dir.), *Law & the Internet* 2d ed., Oxford, Hart, 2000, à la page 17

NIELSEN, J., « Writing for the Web », disponible sur <http://www.sun.com/980713/webwriting/wftw1.html>.

NIMMER, R., « Electronic Contracting : Legal Issues », 1997 *Journal of Computer & Information Law* 14

NISSEN, M.W., « Class Action Arbitrations », (2005) *Dispute Resolution Magazine*

O'HARA, E. A., « Choice of Law for Internet Transactions: The Uneasy Case for Online Consumer Protection », (2005) 153 *U. Pa. L. Rev.* 1883, à la page 1918

OUT-LAW.COM, *How to protect your site against pricing errors*; disponible sur <http://www.out-law.com/page-429>

PEPPER, R., « When Will Online Arbitration Agreements Be Enforced in a Class Action Context? “It Depends,” Says the Quebec Court of Appeal in *Dell Computers* », 21 *B.F.L.R.* 323

PERRET, L., « L'incidence de la nouvelle Loi sur la Protection du consommateur sur le droit positif des contrats et perspectives de réforme du code civil », (1984-1985) 15 *R.D.U.S.* 251

PINEAU, J. et GAUDET, S., *Théorie des Obligations*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2001

POPOVICI, A., « Le nouveau contrat Code civil et les contrats d'adhésion » 1992 *Mer. Mem. Lect.* 137

POPOVICI, A., « Les contrats d'adhésion : un problème dépassé? », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain : Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, P.U.M., 1974

POUDRET, J.-F. et BESSON, S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, à la page 178

PRASAD, R., « Arbitration and consumer protection : the Indian perspective », (2009) 8 *The Icfai University Journal of Alternative Dispute Resolution* 49-57

PRUJINER, A., « Le droit international privé : un droit du rattachement », dans Ch. DOMINICÉ, R. PATRY et C. REYMOND, (dir.), *Études de droit international*

en l'honneur de Pierre Lalive, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1993, 161

PRUJINER, A., «Canada – Cours suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note», (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 593-607

RAYMOND-BOUGIE, S., *L'arbitrage des différends en droit de la consommation*, Collection Minerve, Éditions Yvon Blais, 2005

REED, C., « What is a signature ? », (2000) 3 *The Journal of Information, Law and Technology*, disponible sur <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/reed.html/part4.3>.

REED, C., *Internet Law : Text and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 203-216

REILLY, C., « Achieving Knowing and Voluntary Consent in Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements at the Contracting Stage of Employment », (2002) 90 *Cal. L. Rev.* 1203

RENAULT, O., *La construction au Québec: Perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998

RIEFA, C., « Article 5 of the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 and Consumer e-Contracts: The Need for Reform », (2004) 13 *Information and Communication Technology Law*

ROUSSOS, A., « La résolution des différends », (2000) 6-1 *Lex-Electronica*, au para. 62, disponible sur : <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/roussos.htm>

ROWLAND, D. et MACDONALD, E., *Information Technology Law*, 2d éd., Londres, Cavendish, 2000

SAUMIER, G., « Consumer dispute resolution : the evolving Canadian landscape », (2007) 1-4 *Class Action Defence Quarterly* 52-57

SAUMIER, G., « La sphère d'application de l'article 3149 Code civil du Québec et le consommateur québécois », (2007) 37 *R.G.D.* 463-476

SAVIRIMUTHU, J., « Online Contract Formation: Taking Technological Infrastructure Seriously », 2 *U. Ottawa L. & Tech. J.* 105

SCHU, R., «The Applicable Law to Consumer Contracts made over the Internet: Consumer Protection through Private International Law», *I.J. L.I.T.*, vol. 5, no 2, 192

SÉDALLIAN, V., *Droit de l'Internet*, Collection AUI, Ed. Netpress, Paris, 1997

SMITH, G., *Internet Law and Regulation*, 3ème éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2002; Pierre TRUDEL *et al.*, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997

SMITH, S., « Mandatory Arbitration Clauses in Consumer Contracts: Consumer Protection and the Circumvention of the Judicial System », (2001) 50 *DePaul L. Rev.* 1191

STEMPEL, J., « Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium: The Return of Unconscionability Analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism », (2004) 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 757, 794-95

STERNLIGHT, J. et JENSEN, E., « Using arbitration to eliminate consumer class actions : efficient business practice or unconscionable abuse ? », (2004) 67 *Law & Contemp. Probs.* 75

TANG, Z., « Parties' choice of law in e-consumer contracts », (2007) 3 *Journal of Private International Law*

TASSÉ, R. et LEMIEUX, K., « Les droits à la protection du consommateur au Canada dans le contexte du commerce électronique », Rapport présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 1998, disponible sur [http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/\\$FILE/cdrcec_f.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/$FILE/cdrcec_f.pdf).

TASSÉ, R. et LEMIEUX, K., *Droit de la protection du consommateur au Canada dans le contexte du commerce électronique*, disponible sur [http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/\\$FILE/cdrcec_f.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/cdrcec_f.pdf/$FILE/cdrcec_f.pdf)

THOUMYRE, L., « L'échange des consentements dans le commerce électronique », (1999) 5-1 *Lex Electronica*

THUILLEAUX, S., et DEAN, P., « L'application des conventions d'arbitrage au Canada : une difficile coexistence entre les compétences judiciaire et arbitrale » (1992), 37 *R.D. McGill* 470

THUILLEAUX, S., *L'arbitrage commercial au Québec : Droit interne — Droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991

TREMBLAY, R., « La nature du différend et la fonction de l'arbitre consensuel » (1988) 91 *R. du N.* 246

UNION DES CONSOMMATEURS, « Mémoire de l'Union des consommateurs portant sur le projet de loi n° 48 Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances », 01 décembre 2006, présenté à la Commission des Institutions – Assemblée nationale du Québec, disponible à <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/memoireUnion122006.pdf>

VAN WEZEL STONE, K., « Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s », (1996) 73 *Denv. U.L. Rev.* 1017

VERMEYS, N. et SENECA, F., « Commentaire sur la décision *Dell, Computer Corp. c. Union des consommateurs* — La dénaturation de la notion de clause externe », *Repères*, août 2007

VERMEYS, N., « Commentaire sur la décision *Dell c. Union des consommateurs* — Quand “browsewrap” rime avec “arbitrabilité” » *Droit civil en ligne, Repères*, août 2005, EYB2005REP375

VERMEYS, N., « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006) 291 *R. du B.* 66

VÉZINA, N., « Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, vol. 69, *Développements récents en droit civil (1995)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais

WANG, M., « The Impact of Information Technology Development on the Legal Concept - a Particular Examination on the Legal Concept of Signatures », (2007) 15-3 *International Journal of Law and Information Technology*, 253-274

WINN, J. et WRIGHT, B., *The Law of Electronic Commerce Glossary GL-4*, 4 éd., 2001 et Supp. 2007

ZITTRAIN, J., *The future of the Internet and how we stop it*, New Haven, Yale University Press, 2008

Jurisprudence

Agricultural Chemicals Ltd. c. Boisjoli, [1969] B.R. 383

Armoires D.L.M. Inc. c. Constructions Plani-sphère Inc., J.E. 96-639 (C.S.)

Ayrton v. PRL Financial (Alta.) Ltd. 369 A.R. 235, 2004 ABQB 787

- Banque Nationale du Canada c. Marcoux*, 99BE-292 (C.S.)
- Battels v. Sears National Bank*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 6708 (M.D. Ala)
- Beaurivage & Méthot Inc. c. Hôpital de Saint-Sacrement*, [1986] R.J.Q. 1729 (C.A.)
- Bérubé c. Tracto Inc.*, 1998 R.J.Q. 93, 96-97 (C.A)
- Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19
Bulletin 1995 I N° 303 à la page 212, Cour de Cassation, 4 juillet 1995,
disponible à:
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1995X07X01X00303X000>
- Calgary v. Northern Construction co.*, [1987] 2 S.C.R. 757
- Cayer c. Martel*, J.E. 95-2071 (C.A.)
- Chassé c. Union Canadienne*, [1999] R.R.A. 165 (C.S.)
- Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth (1987) ltée*, REJB 2000-19318.
- Côté c. Coulombe*, [1993] R.D.I. 227 (C.S.)
- Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, [2003] 1 R.C.S. 178
- Dix v. ICT Group, Inc.*, 125 Wash. App. 929 (Wash. App. Div. 3, 2005)
- Éclipse Optical inc. c. Bada U.S.A. inc.*, J.E. 98-8 (C.Q.)
- Faubert c. Poirier*, [1959] R.C.S. 459
- General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz*, [1979], 1 R.C.S. 790
- GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand Inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401
- Green Tree Financial Corp. v. Randolph*, 115 S. Ct. 834 (1995).
- Grégoire c. Béchard*, (1930) 49 B.R. 27
- Groupe Coginter inc. c. Royal Building Systems (CDN) Ltd.*, REJB 2002-32203 (C.S.)
- Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158 (S.C.C.)

Homa v. American Express Co., 558 F.3d 225 (2009)

Hubbert v. Dell Corp., 835 N.E.2d 113 (Ill. App. Ct. 2005)

Hubbert v. Dell Corporation, Appellate Court of Illinois, Fifth District 5-03-0643

i.LAN Systems, In. v. Netscout Service Legal Corp., 183 F. Supp. 2d 328 (D. Mass. 2002)

Île Perrot Nissan c. Holcomb, REJB 2001-22774, par. 49 (C.Q.)

Johnson v. West Suburban Bank, 225 F.3d 366, 369 (3d Cir. 2000), cert. denied, 121 S. Ct. 1081 (2001)

Koch v. America Online, Inc. 139 F.Supp.2d 690, 695 (D.Md. 2000).

Lachapelle Ltée c. Nivose Ltée, [1971] C.A. 685

Landry c. Lévesque, [1966] B.R. 326

Légaré c. Morin Légaré, [2003] R.J.Q. 2545, REJB 2002-33389 (C.A.)

Lemieux c. Compsec, J.E. 2004-1974 (C.Q.)

Lewis v. Prudential Bache Secs., Inc., 225 Cal. Rptr. 69, 75 (Ct. App. 1986

MacKinnon v. National Money Mart, (2004), 203 B.C.A.C. 103, 2004 BCCA 473

McManus v. CIBC World Markets Corp., 134 Cal. Rptr.2d 446 (Cal. App. 2 Dist. 2003)

Montpetit c. St-Jean, [1996] R.D.I. 1 (C.A.)

Mortgage Plus, Inc. v. DocMagic Inc., No. 03-2582-GTV-DJW, 2004 WL 2331918 (D. Kan. 2004)

Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount, Tribunal d'Instance de Strasbourg, 24 juillet 2002

Parrish v. Cingular Wireless LLC, 2005 Cal.App. LEXIS 784 (Cal. App., May 18, 2005

Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., REJB 2002-28038, par. 35

Prêt Hypothécaire c. Habitations du Futur Inc., [1981] C.S. 1092

Quirion c. Chantigny, [1957] C.S. 282

Racicot c. Bertrand [1979] 1 R.C.S. 441

Rawleigh Co. c. Dumoulin, [1926] R.C.S. 551

Rogers Cable Communications Inc. et Aliant Telecom Inc., Décision de Télécom CRTC 2006-45

Scarcella v. America Online, Inc., 2005 N.Y. Slip Op. 25553, 2005 WL 3542868 (N.Y. App. Term 2005)

Smith v. National Money Mart Co. (2005), 258 D.L.R. (4th) 453, 204 O.A.C. 47,

Snowdon v. Checkpoint Check Cashing, 290 F.3d 631 (4th Cir. 2002), 123 S. Ct. 695 (2002)

Stop n Cash 1450 v. Box, [2005] O.J. No. 1233 (Ct. J. (Gen. Div. Sm. Cl. Ct.) (QL)

Université Laval c. Black & Mc Donald limitée, 2005 CarswellQue 4680 (C.S.) Washington Consumer Protection Act, RCW 19.86 *et al.* (2006).

Yoskovitch c. Tabor, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.)

Lois et règlements

Code civil du Bas Canada, art. 8.1, 27, 85.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64

Code civil du Québec, projet de loi 125, 1^{re} sess., 34^e lég., 1990.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.Q. 2006, ch. 56

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, projet de loi n^o 48, 2^e sess., 37^e lég., présenté le 9 novembre 2006.

Loi de 2002 sur la protection du consommateur de l'Ontario, L.O. 2002, c. 30, ann. A

Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile en matière d'arbitrage, L.Q. 1986, ch. 73.

Loi sur l'arbitrage, L.R.C. 1985, ch. 17 (2^e suppl.).

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 8, 11.1, 54.8 à 54.16, 270(2), 270(3), 271.

National Arbitration Forum Code of Procedure, Règles 5O, 11D, 20 à 24, 32A, 35G, 48B.

Loi de 2002 sur la protection du consommateur de l'Ontario, L.O. 2002, c. 30, ann. A

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992

Arbitration Act, 1991 S.O. 1991, Ch. 17

The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, S.I. 1999/2083, disponible sur [http:// www.legislation.hmso.gov.uk/si/si1999/19992083.htm](http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si1999/19992083.htm)

Documents internationaux

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 330 R.T.N.U. 3.

Sites Internet et actualités juridiques

www.cyberconsommation.ca

Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques : www.gautrais.com

Vincent GAUTRAIS, *Affaire Dell + vouloir électronique*, 2 novembre 2007, disponible sur http://www.gautrais.com/Affaire-Dell-vouloir-electronique?var_recherche=Dell

Vincent GAUTRAIS, *Achat d'un voyage à 89\$! Une autre affaire Dell ?*, 10 avril 2006, disponible sur http://www.gautrais.com/Achat-d-un-voyage-a-89-Une-autre?var_recherche=Dell

Vincent GAUTRAIS, *affaires Dell - Rogers et ordre public*, 26 juillet 2007, disponible sur http://www.gautrais.com/affaires-Dell-Rogers-et-ordre?var_recherche=Dell

Mathew BROERSMA, *Amazon Mis-priced iPags: No Sale*, ZDNet UK (Mar. 19, 2003), disponible à l'adresse suivante: <http://news.zdnet.co.uk/business/0,39020645,2132174,00.htm>

<http://www.unlimited.co.nz/unlimited.nsf/0/B333D06B92AAF897CC256A630072620C?OpenDocument>.

http://www.gautrais.com/article.php3?id_article=95&var_recherche=Dell

<http://www.etravelblackboard.com/showarticle.asp?id=75999&nav=130&suc=&cid=&email=&news>

http://seattlepi.nwsource.com/local/106251_amazon29.shtml

http://seattlepi.nwsource.com/local/106251_amazon29.shtml

Mat LONEY, «*Dell* customers get snappy at pricing error », ZDnet, 13 décembre 2004, disponible sur <http://news.zdnet.co.uk/internet/0,1000000097,39181032,00.htm>

OUT-LAW.COM, *How to protect your site against pricing errors*; disponible sur <http://www.out-law.com/page-429>

Grant ROBERTSON, « Comma quirk irks Rogers », (2006) en ligne sur le site du *Globe and Mail* :

<http://www.theglobeandmail.com/servlet/story/RTGAM.20060806.wrrogers07/EmailBNStory/Business/home>

Forum des droits sur l'Internet, « L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique », 25/03/2003, disponible à : <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=526>