

Capsule

***Dell Computer c. Union des
consommateurs***
Histoire d'un « Oops » !

Vincent Gautrais*

1. Introduction	689
2. Arbitrage d'un litige de cyberconsommation	691
2.1 Forum compétent et cyberconsommation	691
2.2 Arbitrabilité en matière de cyberconsommation.	692
3. Consentement du contrat de cyberconsommation.	697
3.1 Consentement en général d'un contrat en ligne	698
3.2 Consentement particulier par le biais d'un hyperlien	701
4. Conclusion.	702

© Vincent Gautrais, 2005.

* Professeur, avocat, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques.

1. Introduction

L'arrêt *Dell Computer c. Union des consommateurs*¹ constitue assurément la première affaire de cyberconsommation traitée par la Cour d'appel du Québec. Une affaire pour une presque peccadille dont les procédures judiciaires à rallonge peuvent sembler disproportionnées par rapport aux dommages². Car si l'on se base sur les procédures disponibles en ligne, il y en aurait plusieurs : une requête le 17 septembre 2003³, le jugement de première instance du 16 janvier 2004⁴ et maintenant le présent arrêt de la Cour d'appel du Québec du 30 mai 2005. Plusieurs procédures donc et ce, seulement pour déterminer le forum compétent, la question de fond, plus de deux ans après les faits, n'ayant pas encore été évoquée.

Les faits, justement, parlons-en ! Le 04 avril 2003, la multinationale *Dell Computer* expose sur son site Internet deux organisateurs de poche à des prix correspondant environ au cinquième de ce qui est habituellement demandé pour de tels produits (respectivement 89 \$ et 118 \$ au lieu de 379 \$ et 549 \$). L'erreur faite le 04 avril est constatée le 05 avril par Dell qui corrige le jour même la page d'accueil. En revanche, le lien profond de la page des produits sera encore disponible avec le prix erroné jusqu'au 07 avril. C'est ce même jour, quelques heures avant que la correction soit totalement effectuée, que le cyberconsommateur désigné « achète » l'un des items en cause. Toujours est-il que cette erreur qui peut paraître bénigne a donné lieu à un nombre conséquent de commandes qui sont à la source du litige⁵.

1. 2005 QCCA 570 (IIJCan), disponible à <<http://www.canlii.org/qc/jug/qcca/2005/2005qcca570.html>>. L'arrêt du 2005-05-30 de la Cour d'appel du Québec (coram les juges Mailhot, Morissette et Lemelin) infirme le jugement du 2004-01-16 de la Cour supérieure du Québec (la juge Hélène Langlois) 2004 IIJCan 32168.
2. Même s'il s'agit d'une demande de recours collectif et que les indemnités se multiplient donc au nombre de personnes en cause.
3. <<http://www.canlii.org/qc/cas/qccs/2003/2003qccs17401.html>>.
4. <<http://www.canlii.org/qc/jug/qccs/2004/2004qccs10147.html>>.
5. Soulignons que, durant les moins de 3 jours durant lesquels le prix fut erroné, selon le jugement de la Cour supérieure, précité, note 4, (paragraphe 56), 350 commandes auraient été placées. Dans cette même décision (paragraphe 67), on

Nous ne traiterons pas ici de la question de fond, même si nous avons quelques réticences sur le fait que cette première cause traite d'une situation très particulière qui ne nous apparaît pas redoutablement attentatoire aux intérêts des cyberacheteurs⁶. D'ailleurs, des précédents similaires à travers le monde donnaient plutôt raison aux sites Internet⁷. En pareille situation, les marchands ont d'ailleurs parfois décidé de satisfaire les commandes au prix erroné⁸. Une première judiciaire touchant donc un point précis et assez rare alors que, et c'est la source de notre étonnement, des clauses empreintes d'illégalité et d'abus flagrants sont légion dans les contrats disponibles en ligne⁹ sans pour autant défrayer la chronique¹⁰.

Mais pour revenir sur l'arrêt qui nous intéresse, deux questions centrales ont été traitées par les juges. La première est de savoir si le litige en cause peut être entendu par un arbitre, tant sur la base du contrat conclu que sur l'arbitrabilité de la question. La seconde évalue les conséquences juridiques des hyperliens (ou liens hypertextes) faisant référence tant au contrat de cyberconsommation qu'au code de procédure inclus dans la clause compromissoire. Nous les traiterons successivement ; tout simplement.

peut lire que la demande exige, outre le fait que le contrat soit honoré, les sommes de 100 \$ de dommages et intérêts et 1 000 \$ de dommages exemplaires pour chaque membre du groupe au recours collectif, plus intérêts au cours légal.

6. Pour un traitement spécifique de cette question, voir Vincent Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106 *R. du N.* 617-650, 637-639. Pour un traitement de cette question en *common law*, voir Benjamin GROEBNER, « Oops ! The Legal Consequences of and Solutions to Online Pricing Errors », (2004) *Shidler Journal for Law, Commerce & Technology* 1-2 disponible à <<http://www.lctjournal.washington.edu/Vol1/a002groebner.html>>.
7. Par exemple, en France, *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planete Discount*, Tribunal d'instance de Strasbourg du 24 juillet 2002, disponible à <http://www.juritel.com/Ldj_html-993.html>. B. GROEBNER, *loc. cit.*, note 6, 1, évoque aussi l'expérimenté Amazon qui aurait été confronté à 6 000 ventes d'un téléviseur à 99 dollars américains.
8. Plusieurs cybervendeurs ont en effet décidé de donner raison, volontairement, aux acheteurs mécontents. Pour plus d'information, voir <<http://www.edu.com/online-price-mistakes.htm>>.
9. À cet égard, voir aussi le site www.cyberconsommation.ca qui répertorie les nombreux manquements dont les contrats de cyberconsommation font très fréquemment preuve.
10. Alors que la jurisprudence est quasiment inexistante au Québec pour dénoncer le caractère abusif de certaines clauses de cyberconsommation, plusieurs affaires retentissantes en France ont vu des juges annuler des contrats électroniques presque intégralement. Voir notamment sur le site <www.cyberconsommation.ca>, les développements sur les clauses abusives en France à <<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/carte/clausesabusivesfr.htm>>.

2. Arbitrage d'un litige de cyberconsommation

Les juges successifs sont donc conviés à se prononcer sur la question de savoir si un différend de consommation peut être entendu par un arbitre en lieu et place du juge national habituel. Un éclaircissement important s'imposait, d'autant que la jurisprudence n'avait jamais véritablement traité de la question. Aussi, nous évoquerons la position de la Cour d'appel sur les deux questionnements importants liés à l'arbitrage, à savoir, d'une part, la compatibilité de la clause compromissoire avec l'article 3149 *C.c.Q.* et, d'autre part, l'arbitrabilité d'un différend lié à la consommation.

2.1 *Forum compétent et cyberconsommation*

Sur la première question, la Cour d'appel a pris une position radicalement opposée à celle de la juge Langlois de la Cour supérieure. En effet, cette dernière avait clairement exprimé que les juges québécois étaient les seules personnes habilitées à entendre une cause touchant un consommateur de la province¹¹, et ce, principalement sur la base de l'article 3149 *C.c.Q.* qui sans équivoque fait référence aux « autorités québécoises »¹². Or, l'analyse de la question par la juge Lemelin est davantage sur le lieu (Québec) que sur la personne (autorité québécoise). Sur la personne, il est simplement mentionné que

[l]a décision arbitrale pourrait, à mon avis, être homologuée ou annulée selon la procédure et les conditions énoncées aux articles 946 et 947 *C.p.c.*¹³

Ce passage de la décision nous paraît être le seul y faisant référence. Sur le lieu, il est en revanche à noter que la juge se fonde principalement sur le Code de procédure arbitrale de la NAF (National

11. Précité, note 4, paragraphes 34 à 37.

12. 3149 *C.c.Q.* : « Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail 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. » La jurisprudence québécoise, notamment celle de la Cour d'appel, ne semble pas distinguer dans l'interprétation de l'expression « autorités québécoises » le juge étatique ou l'arbitre. Voir notamment *Dominion Bridge Corporation c. Steinar Knai*, [1998] R.J.Q. 321 (C.A.), paragraphe 24 : « Il résulte que l'art. 3149 trouve application que la renonciation du travailleur soit en faveur d'un tribunal judiciaire étranger ou en faveur d'un tribunal d'arbitrage étranger. ».

13. Précitée, note 1, paragraphe 27.

Arbitration Forum) qui, à son article 32 A¹⁴, est pour le moins ouvert à ce que l'arbitrage s'opère au lieu où réside le consommateur, c'est-à-dire au Québec. En effet, il est possible d'y lire :

[...] and for all Consumer cases, at a reasonably convenient location within the United States federal judicial district or other national judicial district where the Respondent to the initial claim resides or does business. A Respondent entity does business where it has minimum contacts with a Consumer. [Les italiques sont nôtres.]

Il nous apparaît donc normal que l'arrêt de la Cour d'appel fasse une distinction avec la décision de la même Cour dans *Dominion Bridge Corporation c. Steinar Knai*¹⁵, où l'arbitrage était dans ce cas-ci à New York, obligeant l'employé à se déplacer. Assurément, le lieu où se déroulent les procédures, qu'elles soient arbitrales ou judiciaires, constitue un élément déterminant pour assurer une protection adéquate au consommateur¹⁶.

2.2 Arbitrabilité en matière de cyberconsommation

Sur la seconde question, à savoir l'arbitrabilité des différends de cyberconsommation, la réponse apportée par la Cour d'appel paraît peut-être encore plus limpide, plus tranchée aussi. En effet, en se fondant sur l'arrêt récent de la Cour suprême, dans *Desputeaux c. Les Éditions Chouette*¹⁷, il est apparu clairement que le droit de la consommation pouvait être sujet à arbitrage. Comme pour le droit d'auteur, ni les références au concept d'ordre public des articles 2639 C.c.Q. et 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸, ni la référence au terme non défini dans la *Loi sur la protection du consumma-*

14. Également disponible à <http://www.arb-forum.com/programs/code_new/2005_code.pdf>.

15. *Bridge Corporation c. Steinar Knai*, précité, note 12.

16. Philippe KAHN, Note sous *Société Verkoopconsortium Engels c. Consorts Coutenier*, T.G.I. Dunkerque, 19 février 1988, [1988] J.D.I. 713, 718, cité par Gérald GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit de la consommation (1994)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994), note 167.

17. 2003 CSC 17 (IIJCan), disponible à <<http://www.canlii.org/ca/jug/csc/2003/2003csc17.html>>.

18. Article 2639 C.c.Q. : « Ne peut être soumis à l'arbitrage, le différend portant sur l'état et la capacité des personnes, sur les matières familiales ou sur les autres questions qui intéressent l'ordre public. Toutefois, il ne peut être fait obstacle à la convention d'arbitrage au motif que les règles applicables pour trancher le

teur de « Tribunal » à l'alinéa 271(3)¹⁹, n'ont constitué des arguments recevables pour empêcher l'arbitrage.

Quant à une telle décision, qui ne s'imposait pas, au regard du jugement de première instance et de la tendance protectrice du droit québécois envers le consommateur, il est possible de dire qu'il n'y a pas forcément péril en la demeure. L'arbitrage est souvent considéré comme une solution plutôt salvatrice pour la partie faible, la souplesse inhérente à la procédure arbitrale étant généralement un atout pour des personnes qui ne sont pas forcément encadrées par des procureurs. De plus, étant donné la disproportion habituelle entre le coût des procédures judiciaires et les enjeux des litiges de consommation, le fait que la cyberconsommation soit souvent internationale, le règlement extrajudiciaire des différends conserve un intérêt certain²⁰.

Sur le plan du droit comparé, cette solution est suivie sans difficulté dans plusieurs pays, comme les États-Unis, traditionnellement ouverts à ce type de justice « privée ». Elle l'est sans doute de façon moins systématique dans certains pays d'Europe ; néanmoins, en France par exemple, où la question n'est pas toujours très claire eu égard à la très grande protection qui est assurée au consommateur, il semble y avoir une distinction assez nette selon que le litige est interne (et auquel cas, l'arbitrage est considéré comme étant suspicieux) ou international (où la recevabilité de l'arbitrage a été formellement consacrée par la Cour de cassation)²¹.

différend présentent un caractère d'ordre public. ». Article 262 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., chapitre P-40.1, disponible à <<http://www.canlii.org/qc/legis/loi/p-40.1/20050616/tout.html>> : « À moins qu'il n'en soit prévu autrement dans la présente loi, le consommateur ne peut renoncer à un droit que lui confère la présente loi. ».

19. « *Le tribunal* accueille la demande du consommateur sauf si le commerçant démontre que le consommateur n'a subi aucun préjudice du fait qu'une des règles ou des exigences susmentionnées n'a pas été respectée. » [Les italiques sont nôtres.].
20. Vincent Gautrais, Karim Benyekhlef, Pierre Trudel, « Les limites apprivoisées de l'arbitrage électronique : l'analyse de ces questions à travers l'exemple du Cybertribunal », (1999) 33-3 *Thémis* 537, aux pages 558 à 560, disponible à <<http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtvol33num3/gautrais.pdf>>.
21. Voir sur le site <www.cyberconsommation.ca>, et notamment la page suivante en cliquant sur « Y a-t-il une clause d'arbitrage ? » disponible à <<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/carte/arbitragefr.htm>>. Les deux arrêts de la Cour de cassation qui reconnaissent l'arbitrabilité de différends en matière de consommation sont les suivants : Cour de cassation, chambre civile 1, du 30 mars 2004, n° 02-12259 ; Cour de cassation, chambre civile 1, du 28 janvier 2003, n° 00-22680.

Où le bât aurait pu blesser davantage c'est sur un point tout autre, à savoir la confidentialité de l'arbitrage. En effet, l'une des distinctions majeures entre procédure judiciaire et procédure arbitrale, est que la première est généralement publique alors que la seconde ne l'est habituellement pas. Or, ce levier dont le consommateur dispose ne devrait pas lui être trop facilement ôté ; la dénonciation d'un comportement du marchand, surtout dans le cyberspace où la réputation se fait et se défait rapidement, doit pouvoir être utilisée par la partie faible. Mais justement, dans le cadre de ce Code de procédure de la NAF, l'article 4 sur la confidentialité est étonnamment permissif, les procédures et les sentences étant publiques²².

Pour finir sur la question d'arbitrage, il nous apparaît nécessaire d'évoquer deux silences, deux omissions qui sont, selon nous, susceptibles d'avoir un effet important sur le suivi de cette affaire.

Le premier porte sur la compatibilité entre arbitrage et recours collectif. En effet, le choix, dans un contrat, pour le premier est souvent motivé afin d'éviter le second. Or, la Cour d'appel ne dit que peu de choses quant à la relation entre ces deux solutions procédurales, se limitant à affirmer que « le recours collectif ne crée pas de nouveaux droits substantifs »²³, que « le droit de recourir à l'arbitrage n'est pas absolu »²⁴ et que « [c]haque litige exige donc une analyse distincte. »²⁵. Nul doute que l'esquive de la Cour d'appel effectuée sur cette question devra mériter dans le futur un traitement plus substantiel ; car un éclaircissement s'impose quant à savoir comment concilier harmonieusement deux corpus de règles statutaires, de surcroît tous deux en vogue, qui sont susceptibles d'empiètement l'un par rapport à l'autre. Au cas par cas, les juges devront évaluer :

the competing policy objectives of both statutes in the circumstances of this case. [...]. She (the judge) considered the cost-saving objectives of both arbitration and class proceedings, and concluded that individual actions or arbitrations would likely create an economic bar to the resolution of the individual claims, while a class proceeding would allow the claimants eco-

22. Article 4 : « Arbitration proceedings are confidential as permitted by law, unless all Parties agree otherwise. Arbitration Orders and Awards are not confidential and may be disclosed by the Parties. The Arbitrator and Forum may disclose case filings, case dispositions, and other case information filed with the Forum as required by a Court Order. ».

23. Précité, note 1, paragraphe 56.

24. *Ibid.*, paragraphe 58.

25. *Ibid.*, paragraphe 59.

conomic access to justice. This is a proper approach to a preliminary or *prima facie* analysis of whether a class proceeding is the preferable procedure.²⁶

Nul doute que la clause compromissaire doit être analysée au regard de la menace qu'elle constitue en terme d'efficacité de la justice et d'accès au droit par rapport au recours collectif. Cette tendance de suspicion vient d'ailleurs d'être spécifiquement officialisée depuis le 30 juillet 2005 par la *Loi ontarienne sur la protection du consommateur*²⁷, du moins en ce qui concerne les clauses compromissaires, et non les compromis.

Le second, et c'est déjà une transition avec la partie suivante, est un questionnement qui est loin d'être théorique et qui consiste à déterminer si la Cour d'appel, une fois qu'elle reconnaissait l'arbitrabilité de l'affaire, devait statuer sur l'existence du consentement. N'aurait-elle pas dû, tout simplement, laisser à l'arbitre le soin de trancher ? Cette affirmation a un nom : le principe de compétence – compétence qui est particulièrement respectée en droit international et dans certains droits nationaux²⁸ ; principe qui sous-tend que c'est à l'arbitre lui-même de décider si les conditions de forme et de validité d'une clause compromissaire sont assurées. Cette prérogative de l'arbitre correspond en fait à l'évolution manifeste vers une reconnaissance de plus en plus consacrée de l'arbitrage par la jurisprudence au Canada et au Québec²⁹. Au regard de cette tendance, il y aurait donc lieu d'interpréter l'article 940.1 du *Code de procédure civile* qui prévoit :

Tant que la cause n'est pas inscrite, un tribunal, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une

26. *MacKinnon c. Instalcons Financial Solution Centres (Kelowna)*, 2004 BCCA 473, paragraphe 47, disponible à <<http://www.canlii.org/bc/cas/bcca/2004/2004bcca473.html>>. Dans cette affaire, et bien que la Cour d'appel de Colombie-Britannique refuse, sur la base d'une technicité, de reconnaître la validité d'une demande de recours collectif, il est clairement évoqué que l'arbitrage peut être attentatoire aux intérêts de consommateurs qui ne pourraient trouver leur salut sans un tel recours collectif. Une analyse comparée particulièrement éclairante y est proposée.

27. L.R.O. 1990, c. C. 31, paragraphe 8(4), disponible à <http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/French/02c30_f.htm> : « 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. ».

28. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage* (Paris, Litec, 1996), paragraphe n° 671, p. 420 et s.

29. Voir notamment Frédéric Bachand, « Pour l'abandon par les tribunaux québécois de la notion de clause compromissaire parfaite et des formalités s'y rapportant », (2004) 64 *Revue du Barreau* 121, aux pages 124 à 127.

convention d'arbitrage, renvoie les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate la nullité de la convention.

Là encore, il s'agit d'analyser la finalité qui se cache derrière ce principe et l'on évoque souvent son effet positif qui consiste à dire que vu que l'arbitre va entendre l'affaire, autant qu'il le fasse dans son intégralité³⁰. Mais il existe aussi un effet négatif soulevé par la doctrine et qui correspond à la situation du présent litige, à savoir celle où des juridictions étatiques ont été :

saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou à la validité de celles-ci avant que les arbitres n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions.³¹

En l'espèce, il nous semble que la Cour d'appel était habilitée à statuer sur la question de la validité de la clause compromissoire pour les raisons suivantes : d'abord, et conformément à l'interprétation de cette même Cour, l'article 940.1 *C.p.c.* semble l'y autoriser³². Ensuite, nous sommes dans le domaine de la consommation qui, quoique arbitrable, reste un domaine largement coloré par une forte dose d'ordre public. Encore, l'affaire se situe de surcroît, comme nous venons de le voir, en conflit avec les dispositions relatives au recours collectif. Enfin, d'autres données factuelles peuvent aussi être invoquées telles que arbitrage interne et non international, le nombre des commandes passées (350), la petitesse des enjeux, etc. Et ce, en dépit de l'interprétation large donnée à l'arbitrage³³.

30. P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op.cit.*, note 28, paragraphe n° 671, p. 420.

31. Emmanuel Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence », dans Jacques Haldy, Jean-Marc Rapp et Phidias Ferrari (dir.), *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret* (Lausanne, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999), p. 360, à la page 390, cité par F. Bachand, *loc. cit.*, note 29, 125.

32. *Ville de La Sarre c. Gabriel Aubé*, [1992] R.D.J. 273, 276 (C.A.) ; *Kingsway Financial Services c. 118997 Canada*, J.E. 2000-225 (C.A.). Néanmoins, il est aussi possible de citer certains jugements qui semblent considérer de façon plus explicite que c'est à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence en cas de doute sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire. Voir par exemple, *Automobiles Duclos c. Ford du Canada*, [2001] R.J.T. 173 (C.S.).

33. *Guns N'Roses Missouri Storm c. Productions musicales Donald K. Donald*, [1994] R.J.Q. 1183, 1185 (C.A.) ; *Condominiums Mont St-Sauveur c. Les Constructions Serge Sauvé*, [1990] R.J.Q. 2783, 2875 (C.A.).

3. Consentement du contrat de cyberconsommation

L'arbitrage étant validé sur le fond, habilité par la Cour d'appel à écouter des questions liées à la cyberconsommation, il restait à évaluer les questions de forme concernant la validité de la clause compromissoire et notamment le consentement de l'acheteur en ligne.

Dans les faits, il est sans doute utile de décrire les modalités précises selon lesquelles le consentement s'est matérialisé, et se matérialise encore, sur le site Internet de Dell Canada³⁴. Une fois que l'acheteur a identifié le ou les biens ainsi que, comme tout contrat de vente, le prix et la quantité, et qu'il souhaite finaliser la transaction, il doit inscrire un identifiant et un mot de passe qui lui permettent de suivre une succession de 3 étapes.

La première consiste à indiquer le lieu d'expédition, son adresse ; mais plus important en ce qui concerne le présent litige, l'acheteur doit cocher une case en guise d'acceptation à la phrase suivante : « J'ACCEPTÉ les conditions générales de vente Dell et la collecte, l'utilisation et la révélation de mes renseignements personnels par Dell. ». Cette phrase est agrémentée de deux liens hypertextes qui lient la page en question à deux documents distincts, respectivement le contrat qui nous intéresse et une politique de vie privée. Ajoutons que si le contrat est accessible par le biais d'un premier lien hypertexte, la clause 13C incriminée fait un autre lien vers le code de procédure de la NAF et ce, en utilisant un second lien hypertexte. Il s'agit donc bien d'un contrat avec deux liens successifs.

Une deuxième étape est ensuite initiée par une demande d'entrée d'un certain nombre de données relatives au paiement. De cette page, il est toujours possible pour l'acheteur de cliquer sur un lien, tout en bas, vers lesdites conditions de vente.

Enfin, une troisième étape vise à s'assurer que l'acheteur a bien acheté ce qu'il voulait ; là encore, le premier hyperlien vers les clauses contractuelles est disponible.

Notons que cette façon de faire que nous croyons critiquable à plusieurs égards n'est ni plus ni moins diligente que celle des concurrents de Dell.

34. L'opération a été effectuée en partant du site <www.dell.ca>.

Si l'on décrypte les arguments développés par la Cour d'appel, les questions de forme sont susceptibles d'être analysées au regard de deux types de difficultés, l'une générale, relative au consentement propre à tout contrat ; l'autre, plus spécifique, touche également au consentement mais à travers l'utilisation des deux clauses externes successives que constitue la référence aux procédures arbitrales de la NAF. Nous traiterons successivement de ces deux points.

3.1 Consentement en général d'un contrat en ligne

Bien que cela ne soit pas un argument directement décisif dans l'arrêt de la Cour d'appel, nous avons été marqué par un certain nombre de développements relatifs à la qualité du consentement du contrat en général. La juge Lemelin précise en effet au paragraphe 39 :

Il me semble utile de revenir sur certains faits pour bien comprendre la structure du site Internet de l'appelante. Dans un premier temps, l'utilisateur accède à la clause de renvoi. Cette clause est rédigée en plus petits caractères et elle se retrouve au bas de la page. Le but avoué de cette méthode d'affichage est de ne pas détourner l'attention de l'utilisateur de l'essentiel, soit l'achat du produit. Au surplus, la consultation des Conditions de vente de l'appelante n'est pas une étape impérative que doit franchir le consommateur avant d'acheter en ligne le produit annoncé.³⁵

C'est donc avec un certain soulagement que nous avons pu constater la sensibilité apparente dans cet arrêt envers le peu de cas, et pour le moins, le peu d'effort entrepris afin de s'assurer que l'acheteur ait pris connaissance des clauses contractuelles. Sans que ne soient évoquées les carences propres au médium électronique qui le distingue du support papier³⁶, qui s'ajoutent à une volonté peu

35. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, précitée, note 1. Par le biais de notes de bas de pages, l'arrêt fait même mention de deux admissions de la part d'un employé de Dell selon lequel, d'une part, « il faut cliquer au moins 3 fois pour atteindre le bas de la page » et, d'autre part, note 16, « [l]e but avoué de cette méthode d'affichage est de ne pas détourner l'attention de l'utilisateur de l'essentiel, soit l'achat du produit. ».

36. Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 61 ; Vincent Gautrais, « The Color of E-consent », (2003-2004) 1 *University of Ottawa Law & Technology Journal* 189 <<http://www.uoltj.ca/articles/vol1.1-2/2003-2004.1.1-2.uoltj.Gautrais.189-212.pdf>> ; Vincent Gautrais et Ejan Mackaay, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude Lamontagne, *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3 (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001), p. 279 ; V. Gautrais, *loc. cit.*, note 6.

marquée de prendre en compte la connaissance du consommateur, cet arrêt constituera néanmoins sans doute un incitatif à repenser le processus contractuel électronique. En l'espèce, la majorité des pathologies relatives à la forme des contrats en ligne sont présentes et ce, tant quant à la rédaction du contrat que concernant la manifestation de la volonté de l'acheteur³⁷.

Relativement au premier point, l'on peut considérer que le contrat en cause aurait pu être amélioré quant à sa lisibilité³⁸, son caractère dynamique³⁹, sa longueur⁴⁰, son usage immodéré d'hyperliens⁴¹, l'emplacement et la disponibilité du contrat⁴², la multiplicité des clauses contractuelles⁴³, les juridismes⁴⁴, les titres changeants et pas toujours explicites⁴⁵, etc.

Quant à la manifestation de volonté, selon la Cour d'appel, le fait que la consultation du contrat ne soit pas une étape nécessaire à sa conclusion est assurément un élément à mettre au passif du

37. Pour une dichotomie de ces deux éléments, voir notamment V. Gautrais, « La couleur du consentement électronique », *loc. cit.*, note 36, aux pages 68 à 77.

38. V. Gautrais, *loc. cit.*, note 6, 620. Voir par exemple les propos de la juge Lemelin en ce qui a trait à la petitesse des caractères. Précité, note 1, paragraphe 39.

39. *Ibid.*, 622. Dans les Conditions de vente de Dell, il est par exemple indiqué au tout début du document que « [c]es modalités peuvent faire l'objet de modifications sans préavis écrit à tout moment, à l'entière appréciation de Dell. ».

40. *Ibid.*, 623.

41. *Ibid.*, 624. Il est fascinant de voir comment la lecture des documents juridiques sur un site Internet est différente du papier. En effet, plusieurs liens sont disponibles rendant la lecture très différente de l'approche linéaire qui s'applique généralement au papier (du début à la fin). Ces « invitations » à prendre connaissance de plusieurs documents, outre les « Conditions de vente » qui constitue la partie principale du contrat, sont autant de distractions qui risquent de perdre le lecteur.

42. *Ibid.*, 625.

43. *Ibid.*, 626. Dans le cas de Dell, l'on peut constater non moins de 16 documents de nature juridique, outre les « Conditions de vente », qui sont associés à l'achat d'un bien sur leur site. Ainsi, sont disponibles les documents suivants, avec chaque fois un hyperlien : « La vie privée », « Retrait de la liste de publipostage / Changement d'adresse », « Déclaration de Michael Dell », « Sécurité de la boutique », « Protection par cryptage », « Utilisation des témoins (cookies) », « Copyright », « Modalités d'utilisation du site », « Renseignements au sujet des prix et des contrats de location », « Conditions de garantie et conventions de services », « Politique de retour Satisfaction totale de Dell », « Avis juridiques », « Évaluation du contenu », « Demande de l'information personnelle », « Rassemblement, emploi et révélation de l'information personnelle ». Notons, et même si cela touche davantage au fond qu'à la forme de ces clauses, que plusieurs d'entre elles apparaissent soit inutiles (répétition de la loi), soit illégales.

44. *Ibid.*, 627.

45. *Ibid.*, 627. En l'occurrence, on évoque le terme de « Conditions de vente », plus neutre, plutôt que « Contrat de vente », sans doute juridiquement plus juste.

cybermarchand⁴⁶. C'est sans doute effectivement le cas et ce, même si l'on n'est pas dans une situation comparable, et aussi contestable, de celle du jugement rendu dans *Aspender1.com c. Paysystems*⁴⁷. En effet, si l'acheteur doit « cocher » obligatoirement un espace prévu à cet effet pour manifester son accord, il n'est ni obligé, ni incité à se rendre sur la page des « Conditions de vente ». Bien sûr, l'argument communément présenté est de prétendre que bien peu de gens prennent le soin de lire les clauses contractuelles à l'endos de la plupart des contrats papier. Certes. Néanmoins, il semble, d'une part, contestable de se baser sur des tolérances juridiques à certaines pratiques commerciales que l'on considère comme étant plus efficaces économiquement. D'autre part, en utilisant les facultés de communication très efficaces des technologies de l'information, il est aisé, sous réserve d'être créatif, de s'assurer d'une meilleure connaissance des cyberconsommateurs. En l'espèce, il aurait été très facile d'intégrer les clauses dans le processus d'achat, sans doute en aménageant le contenu contractuel largement verbeux et rempli de clauses inutiles⁴⁸. Il aurait été facile en utilisant une nouvelle écriture, plus visuelle, avec des images, des résumés, des plans, en personnalisant le processus d'achat, de s'assurer que le lecteur, consommateur, ne puisse ensuite se disculper en prétextant un « je ne savais pas ! » qui constitue une épée de Damoclès sur le marchand. Fort de ces aménagements, de cette considération du consommateur, le cybermarchand pourra ainsi introduire plus de sécurité juridique en évitant des situations comme celle du présent litige. De surcroît, il sera en phase avec les préceptes largement diffusés en marketing selon lesquels il importe de mettre l'accent sur le client au sein de son processus d'affaires⁴⁹.

Une réflexion s'impose donc dans l'ensemble du milieu des affaires⁵⁰ car, répétons-le, le mode de consentement de Dell que nous

46. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, précitée, note 1, paragraphe 40.

47. 2005 IIJCan 6494 (QC C.Q.), disponible à <<http://www.canlii.org/qc/jug/qccq/2005/2005qccq52994.html>>. Dans cette affaire, le site Internet en cause prétendait que les visiteurs étaient liés par le seul fait de naviguer sur ledit site (ce que l'on appelle communément les « Browse-wrap »). Cette façon de faire est presque unanimement considérée par la jurisprudence et la doctrine comme étant incapable de proposer une manifestation de volonté valide.

48. Sur les contrats « au kilo », voir V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 6, 622.

49. L'on parle alors beaucoup de la personnalisation de la vente, souvent considérée comme l'une des innovations essentielles de l'économie numérique. Voir notamment Jacques NANTEL, « Opportunités d'affaires et l'Internet : où en sommes nous ? », (2002) disponible à <<http://www.hec.ca/pages/jacques.nantel/publications/recherche/gestion02.htm>>.

50. Dans le cadre d'une recherche financée par le CRSH, initiative de la nouvelle économie (INÉ), le site www.cyberconsommation.ca offre des commentaires

études en la circonstance est loin d'être plus mauvais que ceux des autres entreprises ayant pignon sur « web ».

3.2 *Consentement particulier par le biais d'un hyperlien*

Mais ce n'est pas sur le consentement en général que la Cour d'appel s'est fondée pour rendre la clause compromissaire inopposable au cyberconsommateur. C'est sur le niveau de consentement renforcé de l'article 1435 C.c.Q. que l'action s'est jouée. En effet, cet article prévoit :

La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle 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.⁵¹ [Les italiques sont nôtres.]

Bien évidemment, cet article n'avait pas été prévu pour le contexte électronique et cherchait à contrôler une pratique visant à plus d'efficacité et moins de transparence. Pourtant, il est normal que la disposition vienne à s'appliquer communément sur Internet dans la mesure où la main tendue que constitue l'hyperlien est le mode normal de communication de ce support. De page en page, la lecture perd la linéarité du papier pour proposer un mode de lecture nouveau fait d'allers et de retours selon un chemin qui n'est pas unique. Le cyberlecteur butine, « zappe », avec les risques de distraction, d'éloignement et finalement de perte d'appropriation du contenu informationnel que cela comporte⁵². D'un autre côté, rigoureusement contraire, l'hyperlien présente l'avantage de connecter le lecteur au contenu du document attaché, ce que le papier ne peut

pour rédiger un contrat-type de cyberconsommation. Il est notamment proposé d'intégrer les obligations légales dans le processus d'achat et ce, en utilisant une forme de rédaction plus appropriée au médium électronique. Une réflexion avec des acteurs économiques québécois a été initiée.

51. Les italiques sont nôtres.

52. Christian Vandendorpe, « De la textualité numérique : l'hypertexte et la « fin » du livre », (1997) 17 *Recherches sémiotiques / Semiotic Inquiry* 271 : « En somme, la souris produit un effet analogue à celui de la télécommande dans le domaine de la télévision. Le simple fait de pouvoir changer de chaîne à partir d'une légère impulsion du pouce encourage une consommation frénétique de miettes d'émissions. De même, la navigation par souris tend à encourager des déplacements chaotiques et extrêmement rapides, au cours desquels le lecteur n'a pas toujours le temps d'assimiler l'information qui lui est présentée. ».

faire. Internet est donc un outil qui peut être très efficace conformément à ce que nous venons de prétendre⁵³. Il exige aussi un certain apprentissage qui ne s'impose pas forcément, surtout lorsque l'utilisateur est moins expérimenté⁵⁴.

Une chose est sûre, l'hyperlien utilisé dans un contrat est susceptible de complexifier grandement la lecture du « cyberadhérent » et le caractère externe des documents contractuels n'est sans doute pas diminué ; il serait donc prudent pour un responsable de site Internet de faciliter au mieux un accès facile aux documents. Cette facilité pourrait donc se matérialiser très concrètement, et très facilement, par le fait d'obliger le consommateur de lire le contrat (ou du moins d'accéder au contrat), de le rédiger de façon aérée, de cocher certaines clauses importantes ; une nouvelle fois, la limite est la seule imagination du responsable du site commercial.

En l'espèce, le double renvoi par hyperliens (au contrat d'abord et au code de procédure de la NAF ensuite), corroboré par les dires d'un employé de Dell ainsi que par les carences communicationnelles du site telles que précédemment évoquées⁵⁵ ne militent pas, selon nous, pour que les conditions de transparence de l'article 1435 C.c.Q. soient assurées.

4. Conclusion

Deux questions ont donc été traitées par la Cour d'appel relativement à la protection du consommateur, à savoir l'arbitrage et le consentement électronique. Deux questions importantes dont l'affaire *Dell Computer c. Union des consommateurs*⁵⁶ présente l'avantage de soulever la difficulté aux juristes.

Concernant le second point, la nouveauté du support associée à l'ancienneté de certaines lois, comme la *Loi sur la protection du consommateur*⁵⁷ dont on ne cesse de retarder la modernisation, constitue un terrain fertile pour une multiplication des recours devant les tribunaux. Ceci est vrai même si, lorsque les lois plus spécifiques

53. *Supra*, section 3.1.

54. Voir par exemple dans le jugement *Kanitz c. Rogers Cable*, (2002) 58 O.R. 3d 299, également disponible à : <http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rovers_cable_inc.pdf>.

55. *Supra*, section 3.1.

56. Précité, note 1.

57. Précité, note 18.

sont démodées, des plus anciennes, comme en l'espèce le *Code civil du Québec*, du fait de leur plus grande généralité, s'appliquent sans trop de difficultés.

Mais outre certaines adaptations législatives qui pourraient avoir des effets bénéfiques⁵⁸, il importe de regarder les pratiques de cyberconsommation qui nous paraissent passablement adolescentes et qui doivent, en bien des cas, être réévaluées. Ces carences formelles qui sont courantes, presque systématiques, sont d'ailleurs, selon nous, plus attentatoires aux intérêts des cyberconsommateurs que la question de fond soulevée en l'espèce et qui sera, peut-être, tranchée un jour. En effet, les contrats de cyberconsommation présentent l'avantage d'être disponibles en ligne et donc leur analyse, leur comparaison est rendue facile à effectuer. Or, ce constat est pour le moins peu flatteur tant il est regrettable de constater combien la prise en compte des intérêts des consommateurs est accessoire. Pourtant, l'outil électronique dispose d'une efficacité telle qu'il serait possible d'améliorer grandement son sort.

Quant à l'arbitrage de litiges de consommation, il méritait aussi une réponse claire dans la mesure où le résultat ne s'imposait pas. En effet, il s'agit d'un domaine qui depuis 20 ans a subi une importante revalorisation. Néanmoins, cette évolution permissive pour cette forme de « justice privée », très à la mode, ne nous apparaît pas sans limites. Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de confronter la matière à d'autres, qui méritent aussi d'être considérées.

Le droit, les droits, sont mouvants au gré des technologies, des habitudes contractuelles, de la perception que les juristes s'en font. Les questions présentées dans cette affaire sont à la croisée des chemins occasionnant des zones de friction entre des domaines qui n'étaient habituellement pas en contact entre eux. Clause externe et hyperliens ; arbitrage et recours collectifs ; compétence du juge ou de l'arbitre ; etc. Cette complexification du droit se vérifie notamment par le fait que la Cour supérieure avait une perception juridique du litige très différente de celle de la Cour d'appel avec des points de droit parfois complètement distincts. Comme si cela n'était pas assez, nous nous permettons d'en ajouter quelques-uns.

58. D'ailleurs, plusieurs pays industrialisés ont adopté une loi ou des amendements à une loi pour intégrer la nouvelle réalité qu'est la cyberconsommation. À titre d'exemple, nous avons déjà cité la loi ontarienne, précitée, note 27 ; voir aussi la Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004 page 11168, disponible à <http://www.droit-technologie.org/legislations/LEN_22062004.pdf>.