

EBay propose dans la rubrique « Vos conditions d'utilisation » le recours aux services d'arbitrage plutôt que de s'adresser aux tribunaux en cas de litige. Notons qu'il s'agit toutefois d'une option puisque EBay se réserve le droit de choisir la résolution du litige de manière économique par le biais d'un arbitrage contraignant sans comparution des témoins. Au consommateur québécois en ce qui nous concerne de faire la part des choses et peser le pour et le contre.

I. Clauses limitatives pour le recours à l'arbitrage :

EBay a pris l'initiative de fixer les conditions pour lesquelles le recours à l'arbitrage peut être accepté. Ainsi d'emblée nous constatons que EBay utilise le terme « Equity » qui est l'une des bases du système anglo-saxon sans équivalence dans le système français à l'image de la Common Law et droit commun qui n'ont pas le même sens. L'on comprend mieux quand on lit que les présentes Conditions d'utilisation sont régies en tous points par les lois de l'Ontario et par les lois fédérales canadiennes applicables. En plus, il est stipulé que toute réclamation ou litige opposant le consommateur québécois à eBay doit être résolu(e) par un tribunal du comté de Santa Clara, en Californie. Cela augure d'une certaine complexité pour mener une action et au niveau coûts et au niveau délais. Quant à la limitation du plafond pour les recours à l'arbitrage à la somme de 15000 \$C, il s'agirait d'un montant issu de calculs statistiques permettant à EBay d'optimiser ses procédures de gestion des risques.

Par ailleurs, EBay fait bien de préciser que le recours à l'arbitrage est une option et ne peut être en aucun cas imposé au consommateur canadien dans la mesure où La Loi de 2002 sur la protection du consommateur¹ (2002, chap. 30, annexe A, par. 7 (2)) stipule clairement que la restriction de l'effet d'une condition exigeant l'arbitrage est invalide, dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice. Cette prérogative est appuyée par le Ministère des Services aux consommateurs qui mentionne² : *La Loi de 2002 sur la protection du consommateur invalide toutes les clauses qui tentent de vous faire renoncer à vos droits légaux ou de vous faire promettre de ne pas aller en cour. À moins que votre contrat ne date d'avant le 30 juillet 2005, toutes ces clauses contenues dans les contrats sont frappées de nullité légale. Les consommateurs ne sont aucunement liés par celles-ci, même s'ils ont accepté l'entente.*

¹ http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/french/elaws_statutes_02c30_f.htm

² http://www.sse.gov.on.ca/mcs/fr/Pages/Memberships_Arbitration_Clauses.aspx

II. Définition de l'arbitrage, loi québécoise et loi canadienne.

Dans le cas général de l'arbitrage en droit, il s'agit d'une voie alternative de résolution des conflits en opposition au mode étatique de règlement des litiges. Un arbitre intervient alors pour prendre des décisions qui engagent les deux parties qui font appel à ses services.

Dans le cas du Canada on peut lire sur le portail du Ministère de la Justice¹ : *L'arbitrage est probablement le mode de règlement des conflits le plus connu et le plus populaire. À l'instar du litige, l'arbitrage est fondé sur un modèle accusatoire qui exige qu'une partie impartiale rende une décision.* Au niveau fédéral, l'arbitrage commercial est régi par la Loi sur l'arbitrage commercial : Loi sur l'arbitrage commercial² (1985, ch. 17 (2e suppl.)).

Au niveau du Québec, et contrairement aux autres provinces et territoires qui ont deux lois sur l'arbitrage (l'une sur l'arbitrage commercial et national, l'autre sur l'arbitrage international), c'est le nouveau code civil du Québec, en vigueur depuis le 1^{er} Janvier 1994, qui régit aux articles 2638 à 2643 la convention d'arbitrage³. Par ailleurs, tous les aspects procéduraux qui échappent au choix des parties sont soumis aux règles du code de procédure civile (art. 940 à 947.4). De plus les articles 948 à 951.2 C.p.c prévoient les conditions de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères. Quant aux règles de conflits, le droit international privé québécois prévoit aux articles 3121 et 3133 C.c.Q. les normes devant servir à déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage et à la procédure arbitrale.

Dans le cas d'EBay, il est évident que la loi fédérale prime malgré que le consommateur réside au Québec puisque par le Browse wrap, il est tenu de se conformer aux conditions fixées par le site et qui sont en conformité avec la loi canadienne.

Donc pour analyser les avantages et inconvénients du consommateur québécois, nous allons analyser par rapport à la L.R.C. (1985), ch. 17 (2e suppl.) qui définit le terme « arbitrage » : tout arbitrage que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage. L'expression « tribunal arbitral » désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres où le terme « tribunal » désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un État. La loi canadienne en fixe les modalités et la procédure dans la loi sus citée et définit les compétences du tribunal arbitral (Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres. Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres). Il est intéressant de signaler que le choix des arbitres est soumis à un délai assez court (trente jours) et Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties⁴.

¹ <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/sprd-dprs/ref/res/mrrc-drrg/06.html>

² <http://lois.justice.gc.ca/fr/C-34.6/TexteComplet.html>

³ <http://ccq.lexum.umontreal.ca/ccq/chapter.do?lang=fr&book=5&title=25&chapter=103>

⁴ <http://www.canlii.org/fr/ca/legis/lois/lrc-1985-c-17-2e-suppl/31082/lrc-1985-c-17-2e-suppl.html>

III. Procédure d'arbitrage : avantages.

Il paraît évident de prime abord que l'avantage mis en exergue par les différents protagonistes qui ont recours à ce genre de procédure réside principalement dans la rapidité d'exécution et que son jugement est applicable sans possibilité de contestation ou faire appel. De plus, il est plus facile d'obtenir l'homologation d'une décision d'un tribunal d'arbitrage que celle d'un tribunal étatique. Cela résulte de la Convention de New York à laquelle adhèrent plus de 130 pays (Comme on peut le lire sur le site de Lex-electronica² : *De plus, la Convention de New York prévoit spécifiquement la suspension de procédures nationales pendant l'arbitrage.*

Pour un québécois en litige avec un tiers se trouvant hors frontières comme il est le cas d'EBay, il est à juste titre réticent à faire confiance aux tribunaux publics ou étrangers. Aussi à mettre au crédit de cette procédure, l'arbitrage permet aux parties de choisir de participer au choix des arbitres qui ont déjà fait leur preuve au plan de la compréhension des aspects techniques et/ou juridiques et de leur efficacité à mener les débats. Dans le cas des enchères électroniques, il s'agit en effet d'un domaine où la jurisprudence est rare et la connaissance technique d'un certain nombre de mécanismes est jugée nécessaire.

Par ailleurs, il faut signaler que dans le cas spécial d'EBay, nous avons affaire à des consommateurs fidèles et récurrents qui ne voudraient pas voir leur réputation ternie par un jugement du tribunal qui serait rendu publique contrairement à la règle d'arbitrage qui assure la discrétion et la confidentialité. Généralement, l'enquête, c'est-à-dire l'audition des témoins, les plaidoiries et la décision rendue sont entièrement privées, à l'abri des curieux ou compétiteurs. Voir l'article Pourquoi choisir le centre canadien d'arbitrage commercial¹.

Au niveau coût, les frais entraînés par l'arbitrage et, en particulier, le coût du tribunal d'arbitrage sont partagés à parts égales par les parties, alors que le gouvernement prend à sa charge le coût du processus judiciaire³. Ainsi, le consommateur québécois n'a pas recours aux services d'un avocat qui peuvent être dispendieux voir même hors budget pour une grande tranche de la population. Ainsi, l'arbitrage peut paraître plus rapide moins cher et plus efficace.

¹ <http://www.cacniq.org/fr/ccac-pourquoi.php>

² http://www.lex-electronica.org/docs/articles_167.htm#_ftnref17

³ <http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0000265>

IV. Procédure d'arbitrage : inconvénients.

Les inconvénients en général de l'arbitrage sont connus, à savoir : La décision est finale et Il peut être difficile pour les parties de s'entendre quant au choix du ou des arbitres. Mais dans notre cas du cyber consommateur nous devons appréhender le problème autrement.

Ainsi, et selon le blogue de Mr GAUTRAIS : *Les montants caractérisant les transactions ayant cours dans le domaine de la consommation étant relativement peu élevés, le consommateur hésitera à recourir à la voie judiciaire qui est complexe, fastidieuse, longue et coûteuse, pour récupérer le montant perdu*¹. En effet, l'inconvénient majeur de la clause d'arbitrage pour le consommateur est de l'isoler en individu face à la partie adverse qui s'en tire à moindre mal.

En Ontario en l'occurrence, province à laquelle nous renvoie EBay pour l'applicabilité de ses clauses, les tribunaux ont soutenu que la question de l'applicabilité d'une clause d'arbitrage ne devrait être examinée qu'après la tenue d'un débat au sujet de la requête en autorisation du recours collectif². Mais cette conception de l'applicabilité d'une clause d'arbitrage dans le contexte d'une requête en autorisation de recours collectif soulève des interrogations. En effet, la Cour suprême du Canada insiste sur l'importance des clauses d'arbitrage, y compris dans le contexte de requêtes en autorisation de recours collectifs.

Notons que le recours collectif présente plusieurs avantages dont :

1. Coût : Le procureur agit pour le requérant assume les coûts. Le Fonds d'aide aux recours collectif peut accepter d'avancer certains frais tels les frais d'experts et certains déboursés.
2. Le bénéficiaire est supérieur dans un recours collectif : l'indemnisation individuelle est fonction de la nature et de l'étendue des dommages subis par chaque membre du groupe.
3. Dans un recours collectif qui échoue, aucun honoraire ou frais n'est, donc aucun risque.
4. L'accès à la justice : Le recours collectif permet l'accès à la justice au contribuable dont l'intérêt personnel limité ne lui permettrait pas d'assumer seul les coûts d'un litige.

Rappelons aussi qu'une condition est absolument fondamentale pour qu'un arbitrage et une médiation produisent des fruits: la bonne foi des parties³. Or, quand une entreprise propose l'arbitrage pour échapper aux procédures de recours collectifs, on a le droit d'en douter.

Enfin notons une nouvelle solution pour les consommateurs : l'arbitrage collectif tel que présenté par Option consommateurs au bureau de la consommation et d'industrie Canada⁴.

¹ <http://www.gautrais.com/Y-a-t-il-une-clause-d-arbitrage>

² http://www.mccarthy.ca/fr/article_detail.aspx?id=3573

³ <http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol29/no19/congresapa.html>

⁴ www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/recours_collectifs/oc_arbitrage_collectif_200706.pdf

V. Clauses d'arbitrage EBay.

On peut noter des discordances entre la procédure d'arbitrage décrite par la loi et celle d'EBay :

Selon EBay : *l'arbitrage doit avoir lieu par téléphone, en ligne et/ou ne reposer que sur des documents écrits, la méthode employée étant choisie par la partie à l'origine de l'arbitrage;*

Dans L'art 24 de la Loi concernant l'arbitrage commercial : *Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure doit comporter des phases orales pour la production de preuves ou pour l'exposé oral des arguments, ou si elle se déroulera sur pièces. Cependant, à moins que les parties ne soient convenues qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure à un stade approprié de la procédure arbitrale, si une partie lui en fait la demande.*

Selon EBay: *l'arbitrage ne doit pas impliquer la présence des parties ou de témoins à moins d'un accord contraire entre les parties;*

Dans le code civil, art 2843 : *Le témoignage est la déclaration par laquelle une personne relate les faits dont elle a eu personnellement connaissance ou par laquelle un expert donne son avis.*

VI. Conclusion :

En règle générale, je conclurai en disant que pour des préjudices mineurs et isolés, l'arbitrage est une excellente solution pour le consommateur québécois à condition de bien choisir les arbitres, mais qu'en cas de faute grave, abusive ou portant atteinte à la communauté, il faudra batailler pour obtenir le recours collectif qui lui seul peut garantir une indemnisation correcte.