

Commerce électronique

Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*,
Montréal, Éditions Thémis, 2002, 709 pages, ISBN 2-89400-162-2

Daniel Gervais

Volume 33, Number 3, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027424ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027424ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Gervais, D. (2003). Review of [Commerce électronique / Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, 709 pages, ISBN 2-89400-162-2]. *Revue générale de droit*, 33(3), 489–505.
<https://doi.org/10.7202/1027424ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Commerce électronique

DANIEL GERVAIS

Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

Vincent Gautrais (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, 709 pages, ISBN 2-89400-162-2

L'ouvrage préparé sous la direction de Vincent Gautrais, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal (comme plusieurs des 16 coauteurs), intéressera ceux et celles qui veulent comprendre l'environnement juridique du commerce électronique, mais aussi ses divers modes de fonctionnement. Le commerce électronique est un phénomène à géométrie variable. On regroupe en effet sous ce vocable plusieurs réalités distinctes, mais bien présentes. On pensait après le krach des valeurs boursières que le commerce électronique était lui aussi un feu de paille. Il n'en est rien. Cela dit, sa nature a changé au cours des deux ou trois dernières années. Certains sites de commerce purement électronique (Amazon.com par exemple) ont réussi là où plusieurs ont échoué en offrant une gamme de produits plus large, des prix compétitifs et un marketing astucieux. Mais la plupart des sites qui « marchent » bien aujourd'hui sont en fait le complément de commerces traditionnels (de Wal-Mart à la SAQ, sans oublier journaux et disquaires). Ajoutons que certains sites ont créé de toutes pièces des modèles d'affaires ou du moins augmenté exponentiellement certains modèles d'affaires naguère marginaux. On peut penser ici aux sites d'enchères en ligne de type eBay.

Le commerce électronique s'effectue en général par le biais de sites Internet qui permettent de consulter un catalogue, de passer une commande et d'effectuer un paiement par carte de crédit ou autrement. Il faut s'empresse d'ajouter que le commerce électronique peut s'effectuer entre plusieurs catégories de personnes différentes : entre commerçants et

consommateurs d'abord (le commerce baptisé « b to c »), entre entreprises (le « b to b »), mais aussi entre consommateurs, comme le démontre l'exemple des sites d'enchères en ligne. On peut à la limite appeler commerce électronique certaines transactions entre particuliers et gouvernements (le renouvellement de permis). En outre, certaines transactions, comme dans le domaine des valeurs mobilières, peuvent combiner une transaction commerciale (de courtage en ligne) avec un accès à des informations relatives à l'entreprise faisant l'objet de l'investissement, comme par exemple les transactions d'initiés, qui est réglementé par les pouvoirs publics (organismes de surveillance).

Une des rares constantes qui caractérisent toutes les transactions de commerce électronique est la nature des intervenants : un client acheteur, un gestionnaire du site, le client du gestionnaire du site, c'est-à-dire la personne ou l'entreprise qui veut offrir un service de transaction en ligne et utilise un mécanisme d'impartition pour ce faire, le gouvernement (comme acteur ou comme source de réglementation) et, dans plusieurs cas, des tiers affectés directement ou indirectement.

Dans la plupart des transactions de commerce électronique, des informations nominatives relatives aux personnes impliquées (le nom bien sûr, mais aussi l'adresse, les préférences ou le numéro de carte de crédit) seront saisies puis emmagasinées. À partir du moment où de telles informations sont incorporées à une base de données, se soulèvera la question du respect de la vie privée. Les problèmes qui se posent dans ce domaine sont de plus en plus inquiétants. Tout internaute qui surfe sur Internet, y compris pour effectuer des transactions de commerce électronique, laisse sans le savoir plusieurs traces techniques, comme son adresse « ip », soit l'adresse de l'ordinateur utilisé pour accéder à la Toile. Des services de publicité en ligne, comme celui de Doubleclick, qui installe des bandeaux publicitaires sur les sites Internet de ses clients, saisissent non seulement votre adresse « ip » sur le site que vous consultez mais peuvent effectuer des recoupements entre les divers sites visités de façon à mieux vous « connaître » comme consommateur. La technique des « cookies » permet aussi de savoir à votre insu quelle utilisation vous faites d'Internet. L'argument des publicitaires pour jus-

tifier de telles pratiques est qu'en vous connaissant mieux, n pourra vous offrir des services de plus en plus ciblés. Mais le fait de savoir ce que vous avez consulté sur le site de Amazon.com, ou que vous avez récemment obtenu des informations sur tel ou tel médicament (ce qui n'arrive pas lorsque vous bouquinez en personne chez Renaud-Bray ou que vous parlez à votre pharmacien) n'est pas nécessairement une information que tout un chacun souhaite diffuser à large échelle.

En combinant ce genre de données sur vos préférences et vos habitudes avec votre numéro de téléphone cellulaire et un système GPS de localisation géographique, les publicitaires pourront bientôt vous téléphoner (ou vous « texter ») chaque fois que vous passerez près d'un magasin offrant un article susceptible de vous intéresser. Ou un système de rencontres en ligne vous avertira de la présence d'une personne « compatible » près de vous. George Orwell ne s'était pas trompé de beaucoup, tout au plus de 25 ans et peut-être aussi sur le fait que ce ne sont pas seulement les gouvernements mais également les agents de marketing qui surveilleront chacune de vos allées et venues, en personne ou sur la Toile.

En même temps, les appareils ménagers neufs et la plupart des objets de consommation (en particulier ceux ayant une composante électrique ou électronique) commenceront à porter d'ici deux ou trois ans tout au plus des étiquettes d'identification par radiofréquence (« RFID tags »), soit de petites puces qui permettront de détecter précisément l'endroit où se trouve un objet particulier (alors que les omniprésents codes à barres actuels n'identifient qu'un *type* ou une *catégorie* de produits). On pourra ainsi savoir en scannant votre maison ou votre appartement si vous avez un lecteur DVD, quel âge a votre frigo, où vous l'avez acheté, etc. Cette information sera encore une fois d'une très grande utilité pour les commerçants.

C'est donc des aspects juridiques variés et divers de cet ensemble de pratiques commerciales nouvelles et émergentes que traite l'ouvrage sous la direction du professeur Vincent Gautrais. Il s'agit donc d'une réalité certes vaste, mais néanmoins « gérable ». Dans un ouvrage paru en 1997 intitulé « Droit du cyberspace », plusieurs des mêmes coauteurs

avaient tenté de décrire un phénomène beaucoup plus étendu, soit l'ensemble des questions juridiques propres à Internet, envisagé sous l'angle d'une réalité distincte, un « cyberspace » séparé au moins conceptuellement de l'espace réel en quelque sorte. L'articulation de cette thèse du cyberspace comme espace distinct, notamment par Post et Johnson, avait entraîné la formulation d'hypothèses concernant la formation d'un système de droit nouveau ou parallèle. Ces théories sont aujourd'hui battues en brèche et s'il est vrai que l'Internet pose aux juristes des problèmes nouveaux (la responsabilité des fournisseurs d'accès par exemple), il ne s'agit pas pour autant d'une réalité distincte. En fait, la plupart des questions soulevées ne diffèrent pas fondamentalement de nature par rapport à l'époque pré-Internet, même si certains problèmes sont nettement exacerbés (la question de la juridiction compétente par exemple). Le professeur Gautrais souligne en introduction que le nouveau livre « réactualise le panorama ». C'est trop peu dire. Il s'agit d'un changement de perspective et d'un recentrage sur un phénomène mieux compris et mieux identifié.

L'une des premières questions que devaient se poser les coauteurs était à l'évidence celle de la structure d'un tel ouvrage. Il aurait été possible de faire un *distinguo* par type de commerce (b to c, b to b, etc.), ou en fonction des domaines classiques (contrat, responsabilité, biens, etc.). On doit féliciter ces coauteurs pour la solution retenue, qui rend ce livre à la fois plus accessible et plus utile. L'ouvrage est structuré en fonction de la nature des rapports. Ainsi, dans la première partie, cinq auteurs traitent de différents aspects des rapports entre le client commercial (qui a souvent recours à l'impartition) et le gestionnaire du site. Dans la seconde partie, l'ouvrage traite des rapports avec les partenaires, employé(e)s ou personnes impliquées dans des transactions de valeurs mobilières. La troisième partie porte sur les aspects juridiques des transactions avec les « cyberconsommateurs ». Une quatrième partie aborde la question de l'effet sur les tiers et une dernière partie porte sur le rôle des institutions publiques. Cette structure permettra au lecteur typique, qui lira sans doute ceux parmi les 18 chapitres qui l'intéressent davantage, de trouver ce qu'il cherche.

Le lecteur qui préférerait lire l'ouvrage en entier constatera d'abord que les différents chapitres sont inégaux. Plusieurs d'entre eux sont essentiellement descriptifs et constituent un apport précieux à la recherche, notamment pour le praticien. D'autres coauteurs présentent leur sujet de façon plus analytique. Enfin, quelques-uns, mais peut-être trop peu aux yeux de certains lecteurs, ajoutent une perspective plus critique de l'évolution législative et jurisprudentielle. Certains auteurs se cantonnent au droit québécois, d'autres ajoutent une perspective canadienne, comparative ou internationale.

Comme on pouvait s'y attendre, le livre fait une très grande place à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.Q. 2001, c. 32, aussi connue comme « loi 161 »). Cette loi, en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2001, joue en effet un rôle important dans la réglementation spécifique du commerce électronique au Québec. Dans le chapitre introductif, Vincent Gautrais présente les deux concepts fondamentaux de cette loi en matière contractuelle, à savoir l'équivalence fonctionnelle, concept issu des travaux de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International (CNUDCI), et la neutralité technologique. Le premier principe procède de la volonté d'établir une équipollence entre documents papier et documents électroniques. On admettra volontiers que le support ne doit pas avoir une importance essentielle. Les questions qui se posent sont plutôt de nature pratique et administrative : comment prouver le document électronique, comment doit-on le « signer », y a-t-il un « original », etc. L'avant-dernier chapitre du livre répondra à une autre question plus précise mais néanmoins importante : *quid* de l'acte notarié électronique ? L'autre principe est celui de la neutralité technologique. À un autre niveau, comment s'assurer que celui qui « signe » un document électronique a réellement pris conscience des obligations qu'il accepte ?

Comme le souligne à juste titre le professeur Gautrais, le principe de neutralité technologique a au moins deux acceptions distinctes : éviter de favoriser une technologie par rapport à une autre, ou refus de considérer la nature du support, pour ne prendre en compte que le contenu. On pourrait ajouter que l'application de ce principe est risquée : une

réglementation technologiquement neutre est en fait destinée à réglementer des technologies non encore inventées ou utilisées. Puisque réglementation, marché et technologie sont des vases communicants, une réglementation « technologiquement neutre » peut avoir pour effet de nuire au développement d'une nouvelle technique. Mais l'inverse est également possible. Par exemple, le professeur Gautrais traite des signatures électroniques et de l'erreur commise dans plusieurs États américains qui ont favorisé la technologie à double clé (privée/publique), aujourd'hui considérée par plusieurs observateurs comme obsolète. Dans le reste de son chapitre, le professeur Gautrais traite des questions plus concrètes que posent la conclusion de contrats électroniques et le maintien de leur intégrité. L'impact des dispositions pertinentes du Code civil est analysé en parallèle avec celui de la loi précitée. Les rapprochements suggérés par l'auteur, notamment entre les articles 6 de la Loi et l'article 2839 C.c.Q., sont convaincants.

Dans un second chapitre, le professeur Marc Lacoursière de l'Université Laval présente certains aspects de sa thèse de doctorat. Il rappelle d'abord l'histoire de l'argent, en particulier sous sa forme métallique, et sa fonction, pour présenter ensuite une typologie de moyens de paiement électronique qui fera sans doute école : cartes de crédit virtuelles, chèques électroniques et monnaie électronique. L'auteur explique non seulement les aspects juridiques mais également les techniques utilisées et diverses instanciations. Manifestement, le professeur Lacoursière connaît bien son sujet et le traite de façon claire. Le lecteur, même celui peu familier avec ces techniques, y trouvera son compte.

Dans un troisième chapitre, M^e Éric Dunberry du cabinet Ogilvy, Renault présente le cadre normatif de l'archivage électronique de données, que ce soit les messages électroniques échangés entre entreprises ou au sein d'une entreprise (notamment aux fins de vérification comptables ou autres). Il est évident que le document électronique semble à maints égards plus fragile que sa version papier. Mais si le papier peut brûler, il est beaucoup plus facile de faire des copies de documents électroniques et de les « entreposer » dans divers sites, évitant ainsi tout risque de destruction complète. Reprenant le prin-

cipe de neutralité technologique énoncé au premier chapitre, l'auteur rappelle que la loi 161 prévoit l'interchangeabilité des supports. L'auteur passe ensuite en revue les dispositions pertinentes de la *Loi (fédérale) sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (L.C. 2000, c. 5) — qui s'applique depuis le 1^{er} janvier 2004 aux renseignements nominatifs obtenus dans le secteur privé dans toutes les provinces qui n'ont pas établi de normes comparables, soit toutes les provinces hormis le Québec et la Colombie-Britannique. Au moment d'écrire ces lignes, cette équivalence n'avait pas (encore) été reconnue par le Gouverneur en conseil conformément à l'art. 26(2)(a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*. Ajoutons que l'Alberta et l'Ontario ont amorcé le processus d'adoption de leur législation.

Un des chapitres particulièrement intéressants est celui du professeur Karim Benyekhlef, qui nous offre ses réflexions sur les conflits de juridiction. Le consommateur qui conclut une transaction de commerce électronique aura vraisemblablement « signé » un contrat d'adhésion qui donne juridiction (en général exclusive) au tribunal du for du commercçant. S'il s'agit d'une transaction transfrontalière, les coûts liés à l'exercice d'un recours contractuel seront hors de proportion avec le préjudice subi. L'arbitrage n'est pas nécessairement plus économiquement avantageux. Doit-on pour autant reconnaître la juridiction du for du consommateur dans tous les cas? Cela peut engendrer des coûts substantiels pour les petites entreprises. Dans un autre ordre d'idées, un site états-unien ou européen qui veut vendre ses produits au Québec doit-il se conformer aux lois québécoises, par exemple la *Charte de la langue française* (un point dont traite M^e Simsovic dans un chapitre subséquent à la lumière de la décision *Québec c. Hyperinfo Canada Inc.*)? Plusieurs « tests » jurisprudentiels ont été élaborés afin de déterminer la ou les juridictions appropriées. Le professeur Benyekhlef joue, et on peut lui en savoir gré, la carte du pragmatisme.

Dans un chapitre rédigé en langue anglaise qui ouvre la deuxième partie du livre, M^e Charles Morgan du cabinet McCarthy Tétrault, traite de la question de la surveillance des activités (notamment en ligne) des employé(e)s par

l'employeur. Après avoir passé en revue les lois canadienne et québécoise, le Code civil et les principes applicables de common law aux États-unis et au Canada, en particulier le délit de violation de la vie privée, l'auteur présente une analyse intéressante des intérêts en jeu et politiques sous-jacentes, à savoir le droit de gérance, le devoir de loyauté, le droit et le devoir de protection des informations confidentielles et enfin le souhait des entreprises de limiter leur responsabilité civile éventuelle du fait de leurs employé(e)s. Selon l'auteur, la volonté des entreprises de demeurer concurrentielles au chapitre du recrutement et de la rétention d'employé(e)s est de nature à assurer un équilibre entre les intérêts en jeu. Mais les droits des employé(e)s fluctueront-ils alors en fonction de la fluidité du marché du travail et de la conjoncture économique? M^e Morgan passe ensuite en revue certaines dispositions de conventions collectives, très certainement un des meilleurs moyens d'établir des paramètres acceptables pour toutes les parties en cause. Il décrit enfin la situation des employé(e)s non syndiqué(e)s et rappelle que les tribunaux, notamment dans la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Houle c. Ville de Mascouche* de 1998, ont considéré comme admissibles des preuves obtenues en violation de la vie privée. L'auteur propose ensuite quatre critères pour encadrer la surveillance d'employés par l'employeur : le lieu (et la reconnaissance d'un espace privé), l'heure, la nature de l'activité et le type de surveillance par exemple la taille d'un fichier par rapport à son contenu). À l'heure où le travail est de moins en moins identifiable à un lieu précis (ne dit-on pas aujourd'hui qu'« a job is something you do, not somewhere you go »?) ou même à des heures bien déterminées, certaines de ces balises ne seront peut-être pas d'une très grande utilité. Cela dit, l'auteur a raison d'insister sur l'obtention du consentement des employé(e)s.

Le chapitre suivant, écrit par le professeur Stéphane Rousseau, porte sur la réglementation des valeurs mobilières. Une grande partie de la réglementation applicable dans ce domaine concerne la nature, la qualité et la quantité d'information qui doit être mise à la disposition du public et des investisseurs. Or, dans ce contexte l'Internet apparaît comme un vecteur particulièrement puissant : des informations

prises à jour et accessibles à coût presque nul, 24 heures par jour et consultables en ligne. Cette technologie a transformé le marché permettant aux particuliers notamment d'exécuter des transactions à l'aide d'intermédiaires limités à un rôle de pur exécutant (sans fonction de conseil). C'est tout le phénomène du *day trading*. Le professeur Rousseau souligne que les organismes réglementaires, dont la Commission des valeurs mobilières du Québec, ont opté pour une réglementation essentiellement infralégislative (l'auteur brosse un tableau de plusieurs avis et instructions émis par des organismes de surveillance (ACVM)) et une soi-disant neutralité technologique en tentant de transposer les régimes pré-Internet au monde en ligne.

Le professeur Gautrais revient à la charge en ouverture de troisième partie. Il signe un excellent chapitre sur l'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois. Si son chapitre initial portait sur les principes applicables à la formation de tout contrat électronique, ce huitième chapitre traite des règles, notamment celles relatives à la forme découlant du Code civil (en matière de contrat de consommation à distance) et de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P-40.1) lorsqu'une des parties contractantes est un consommateur. D'entrée de jeu, l'auteur lance un avertissement sévère : le cyberconsommateur a les mêmes droits que son homologue traditionnel, certes, mais ces droits n'ont pas la même valeur. Il est trop facile de se « cacher » sur Internet, en particulier pour les vendeurs hors Québec. Après avoir étudié les questions de la langue, de la qualité de l'information mise à disposition du consommateur, des modalités d'acceptation d'un contrat de cyberconsommation, encore régies pour l'essentiel par des normes pré-Internet, et de la pertinence du droit de retour, le professeur Gautrais insiste à juste titre sur le risque d'érosion de la confiance du consommateur. Il critique aussi les associations de consommateurs qui n'ont pas, à ses yeux, pris le virage de la mondialisation. Il termine en soulignant les avantages (encore potentiels pour l'instant) des sceaux, normes ou autres standards propres à rassurer le cyberconsommateur et à assurer un exercice raisonnable de ses droits en cas de conflit avec le commerçant. On peut espérer qu'il sera entendu et écouté.

M^e Raymond Doray du cabinet Lavery de Billy présente une analyse très complète des principes applicables à la protection des renseignements nominatifs dans les diverses législations précitées de même que la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.Q. 2001, c. 32). En introduction, M^e Doray définit la notion de vie privée par opposition à la vie publique et souligne que la sphère informationnelle privée, celle qui n'est pas pertinente à la participation d'un individu dans la vie publique, est à géométrie variable selon le niveau de participation de chacun à la vie en société. Il est intéressant de mettre cette approche québécoise en parallèle avec le *right of publicity*, en particulier aux États-Unis, qui s'éloigne de plus en plus de son fondement de protection de la vie privée et s'oriente plutôt vers la reconnaissance d'un droit de propriété de la personnalité et ses manifestations. La faiblesse du droit dans ce domaine découle en bonne partie de son inaptitude à distinguer entre, d'une part, la violation de vie privée de la grande majorité des citoyens, et, d'autre part, l'exploitation de personnes connues. Les affaires ontariennes de *Gould Estate c. Stoddart Publishing Co. Ltd.*, (1996) O.R. (3d) 520, *Athans c. Canadian Adventure Camps Ltd.*, (1977), 17 O.R. (2d) 425 et *Krouse c. Chrysler Canada Ltd.*, (1973), 1 O.R. (2d) 225 (C.A.) n'ont rien fait pour clarifier la situation. Il semble étrange d'appliquer les mêmes principes de droit à l'utilisation par une société commerciale de l'image d'une personne inconnue (qui perd ainsi le bénéfice de son anonymat), d'une part, et l'utilisation aux mêmes fins de l'image d'une personne connue, d'autre part. Si la première situation est une violation de vie privée qui réduit la sphère de vie privée de la victime (cela dit, à l'heure de Star Académie, certains y trouveraient vraisemblablement leur compte...) alors que le second s'apparente davantage (conceptuellement du moins) à un enrichissement sans cause. La célébrité volontaire ou acceptée est en général un troc entre le fait de renoncer à une partie de sa vie privée en échange d'argent ou de « pouvoir ». En revanche, si le rétrécissement de la sphère privée est involontaire (ou n'est pas « ratifié » *a posteriori*), il y a délit, mais il est d'une autre nature que la « dilapidation de rente » (« rent dissipation ») d'une célébrité.

Le chapitre suivant est passé à l'avant-scène de l'actualité depuis quelques mois avec la question de pharmacies canadiennes qui vendent leurs produits sur Internet à des clients états-uniens. Cynthia Chassigneux, seule auteure féminine, limite son commentaire à la question de la protection des renseignements personnels, mais il s'agit là très certainement d'un des points les plus sensibles de la réglementation du commerce électronique. En effet, malgré l'absence de distinctions de niveau dans la plupart des législations (l'auteure fait référence à juste titre à des propos à la *Platform for Privacy Preferences du World Wide Web Consortium (W3C)*), la plupart des internautes s'accorderaient vraisemblablement pour dire que leur dossier médical est plus confidentiel que leur numéro de téléphone. Par conséquent, toute divulgation (que ce soit par erreur ou pour faciliter un effort de marketing) d'informations médicales, y compris la nature des médicaments achetés par une personne, est de nature à causer un plus grand préjudice, à la fois pour la personne qui en est victime mais aussi pour l'avenir et la croissance du commerce électronique dans son ensemble. Nous revenons encore une fois ici au niveau de confiance nécessaire pour une utilisation optimale (et croissante) de ce mode de transaction commerciale et de l'infrastructure qui le sous-tend.

Le chapitre qui suit, que signe M^e Douglas Simsovic du cabinet Heenan, Blaikie, est le second en langue anglaise. M^e Simsovic y présente une étude du phénomène appelé « i-advertising », un marché aux États-Unis de près de sept milliards de dollars (US) en 2001. Ce chapitre sera particulièrement utile à celui ou celle qui veut comprendre comment les publicitaires utilisent la technologie Internet pour rejoindre le maximum de consommateurs. Certains abus sont en passe d'être maîtrisés. Ainsi, plusieurs États américains, le gouvernement du Canada et ceux d'autres pays sont en train d'examiner ou ont déjà adopté des mesures pour rendre illégales plusieurs formes de pourriel (« spam »). Puisque ces lois arrivent avec beaucoup de retard pour bon nombre de consommateurs, plusieurs entreprises qui offrent des services de courriel ont d'ores et déjà ajouté des filtres à leurs systèmes. Certains logiciels protègent également les boîtes de réception. Mais ce n'est que la pointe de l'iceberg. Nous avons déjà

indiqué dans les paragraphes introductifs de cette note l'évolution probable de la technique. M^e Simsovic nous présente de son côté un panorama assez complet des mesures actuellement utilisées : bandeaux publicitaires, commandites, sessions entourées (« surround sessions ») au cours desquelles la publicité vous suit d'une page à l'autre; et l'intégration de liens (par exemple un lien d'un article sur les chaussures de course vers un site qui en vend). L'idée est simple : maximiser le nombre de fois qu'un internaute sort sa carte de crédit. En d'autres termes, assurer la transformation progressive mais certaine de l'Internet d'un réseau d'information et de communication en un centre commercial virtuel. M^e Simsovic analyse ensuite les dispositions protégeant les enfants ou réglementant les concours promotionnels. La question de l'application de la législation québécoise ou canadienne à des sites étrangers est posée.

M^e Éric Franchi amorce la partie relative aux rapports avec les tiers en présentant son « florilège de principes contractuels liés à la création, à l'acquisition et à l'exploitation d'actifs de propriété intellectuelle dans le contexte de la nouvelle économie ». La contribution de M^e Franchi sera d'une utilité certaine pour le praticien qui doit rédiger un contrat relatif à l'exploitation d'un droit d'auteur ou d'une marque de commerce sur Internet. Le chapitre analyse les points importants et sensibles de huit types de contrats, de la licence au contrat de développement de site, au contrat d'édition musicale, de diffusion de contenu, d'édition/distribution, de coproduction, de développement de logiciels jusqu'à la licence avec l'utilisateur final. M^e Franchi nous fait partager sa grande expérience du domaine et attire l'attention du lecteur sur les écueils à éviter. S'agissant par exemple du contrat de développement de logiciels ou de sites, il faut se rappeler que le fait de payer le concepteur (externe) n'entraîne pas de cession des droits d'auteur. Il faut en effet ajouter une clause de cession écrite. En ce qui concerne le droit moral, il ne peut être cédé, mais on peut y renoncer.

Dans le même ordre d'idées, le chapitre suivant, sous la plume de M^e Stéphane Gilker, associé du cabinet Fasken, Martineau DuMoulin, présente les aspects relatifs au droit d'auteur. L'auteur navigue avec aisance dans un sujet qu'il

connaît bien et explique les divers aspects de ce droit, d'une complexité rébarbative pour les non-spécialistes. L'étude de M^e Gilker est complète et juste, mais aurait pu être plus critique au sujet des mesures législatives envisageables. À nos yeux, le droit d'auteur pose problème lors de son exploitation sur Internet pour au moins deux raisons. En premier lieu, alors que les différents fragments du droit d'auteur (reproduction, exécution, communication, adaptation, etc.) correspondaient à l'origine à des utilisations précises (en d'autres termes, il fallait un seul fragment pour une exploitation donnée), tel n'est plus le cas aujourd'hui. Ainsi par exemple, une diffusion par le biais d'un site Internet constitue une reproduction et une autorisation de communication au public. En second lieu, l'utilisateur « final » n'est en vérité plus « final » puisqu'il peut rediffuser le contenu. Même en présence de mesures techniques de protection, plusieurs internautes arrivent à contourner les mesures, reflet du fait que la norme sociale des (jeunes) internautes en est une de partage, difficilement compatible avec les modes traditionnels d'exploitation du droit d'auteur. Le fait pour l'industrie du disque de ne pas avoir compris cela entraînera soit une réduction massive de ses revenus, soit sa disparition pure et simple. M^e Gilker explique aussi les divers niveaux de droit, soit ceux des auteurs, des artistes interprètes et des producteurs, ce qui ajoute à la complexité du mécanisme d'autorisation, sans parler du fait que les sociétés de gestion collective n'ont souvent pas les droits nécessaires pour autoriser les utilisations en ligne.

Pierre-Emmanuel Moyse signe le chapitre suivant, intitulé « La distribution électronique de biens à forte composante intellectuelle : contrats de distribution exclusive, de distribution sélective et propriété intellectuelle ». Dans plusieurs contrats de distribution, l'essentiel de la transaction porte sur le droit d'utiliser un portefeuille de propriété intellectuelle et de savoir-faire. Le contrat de franchise en est un exemple. M^e Moyse aborde le sujet sous deux angles distincts, soit en premier lieu celui du droit des obligations et de la concurrence, puis en second lieu celui de la propriété intellectuelle. En ce qui concerne le droit des obligations, il est évident que les clauses enchâssant des pratiques restrictives

paraissent exorbitantes des principes de base, la loi et la jurisprudence reconnaissent la validité à certaines conditions des systèmes de distribution fermés. Mais l'arrivée d'Internet complique la situation : un franchisé peut-il limiter son « territoire » virtuel, ou refuser de vendre à des tiers ? Il est évident que le contrat d'exclusivité ne lie pas les tiers. M^e Moysse, dont l'analyse s'étend au droit européen, beaucoup plus développé dans ce domaine, mentionne l'affaire française Parfumsnet qui a démontré la facilité avec laquelle un revendeur peut s'approvisionner à l'étranger en utilisant le véhicule du commerce électronique. Au niveau de la propriété intellectuelle, la situation se complexifie. D'abord, le droit du détenteur d'un exemplaire (physique) de l'œuvre protégée et l'épuisement des droits qui s'ensuit (tout comme le conflit entre droit de propriété et droit d'auteur, ce que souligne l'Honorable juge Binnie dans *Théberge c. Galeries d'art du Petit Champlain*, [2002] CSC 34), disparaît dès lors que la transaction n'en est plus une de vente, mais de licence. D'autre part, l'épuisement en matière de marque de commerce, pourtant reconnu — à produit identique — dans *Seiko Time Canada Ltd. c. Consumers Distributing Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583, prend une toute autre forme sur Internet. En effet, le commerce électronique rend l'approvisionnement hors frontière éminemment plus facile. Le dernier chapitre de ce sujet bien loin d'être épuisé n'a pas été écrit, mais la contribution de M^e Moysse est significative.

Le professeur Fabien Gélinas présente ensuite une analyse critique du système d'arbitrage en ligne pour les conflits entre marques de commerce et noms de domaine Internet. Puisque l'auteur déclare d'entrée de jeu son rôle dans la société eResolution, nous devons en faire autant en tant qu'expert participant au système mis en place par l'OMPI. Ces systèmes, comme celui du National Arbitration Forum (NAF), fonctionnent sur le même fondement juridique, soit la clause d'arbitrage obligatoire incorporée à tout contrat d'enregistrement de nom de domaine forçant tous ceux et celles qui enregistrent un nom de domaine à accepter les principes directeurs concernant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine appelés « UDRP ». L'auteur cite ces principes en version anglaise, mais ils sont (aujourd'hui du moins) disponibles en

français à l'adresse <http://arbiter.wipo.int/domains/rules/icann/icannpolicy-fr.pdf>. Le chapitre du professeur Gélinas sera salubre pour toute personne qui pense tenter un recours pour récupérer un nom de domaine entrant en conflit avec une marque de commerce dont elle est propriétaire, ou pour toute personne qui veut présenter une réponse à une demande UDRP déposée contre elle. L'auteur passe en revue les critères applicables : un droit dans une marque (pas nécessairement enregistrée, puisque les droits peuvent découler de la common law), l'identité ou la similarité entre la marque et le nom de domaine *a quo*, l'absence d'intérêt légitime de la personne qui a enregistré le nom de domaine (un critère interprété assez restrictivement, donc en faveur des propriétaires de marques, par la plupart des experts UDRP), et enfin et surtout la présence de mauvaise foi du détenteur du nom de domaine à la fois dans l'enregistrement et dans l'utilisation du nom de domaine. La procédure UDRP établit quatre situations (mais la liste n'est pas exhaustive), dans lesquelles la mauvaise foi est réputée : les faits montrent que le nom de domaine a été enregistré essentiellement aux fins de le vendre au propriétaire de la marque; le nom de domaine a été enregistré en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de reprendre sa marque sous forme de nom de domaine, à condition que le défendeur soit coutumier d'une telle pratique; le nom de domaine a été enregistré en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent; ou, dernière situation, en utilisant le nom de domaine, le défendeur a sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'Internet sur un site Web ou autre espace en ligne lui appartenant en créant une probabilité de confusion avec la marque du requérant. Ce dernier point s'applique en particulier aux cas de noms de domaine ressemblant à des marques connues mais qui renvoient les internautes à des sites pornographiques. Les trois premières situations sont moins claires et le professeur Gélinas ajoute une explication utile de chacun des critères.

Le professeur Pierre Trudel présente ensuite une étude concise mais fort intéressante de la responsabilité des acteurs de commerce électronique, ceux et celles qui mettent de l'information en ligne, les intermédiaires qui donnent accès au réseau (et, partant, à l'information) et finalement des

services de certification et de répertoire. S'agissant des premiers, peut-on simplement exporter vers Internet les règles classiques en matière de diffamation? Le professeur Trudel rappelle ici à juste titre que le niveau de contrôle de l'« éditeur » est le facteur déterminant. Un quotidien, qu'il soit publié en ligne ou sur papier (ou les deux à la fois) demeure la responsabilité de l'éditeur. Il n'en va pas (nécessairement) de même pour les *chatrooms*. Le cœur de ce chapitre est nettement l'étude des paramètres de responsabilité des intermédiaires et fournisseurs d'accès. Ici, la loi 161 est pertinente, car elle clarifie le régime de responsabilité des intermédiaires. S'il est vrai que toute incertitude en matière de responsabilité est un coût futur pour les entreprises (et, partant, une désincitation), un régime d'exonération trop large peut réduire à néant les efforts de contrôle des intermédiaires et mener à une baisse de qualité de l'information et une perte de confiance des consommateurs et autres internautes. Le rôle crucial des autorités de certification se comprend facilement. Leur travail est un vecteur pour que se mette en place la confiance nécessaire au développement du commerce électronique. Ces organismes doivent avoir au minimum une obligation de moyens de s'assurer de la qualité de l'information fournie. S'agissant des répertoires, il faut constater qu'ils sont devenus incontournables. L'information est presque toute disponible sur Internet et sa valeur ne provient donc pas (ou plus) de sa rareté, mais bien de sa capacité à « être trouvée ». C'est donc que l'intermédiaire répertoire est bel et bien le gardien du temple. L'équation politique et législative doit donc mener à une solution bien calibrée. Selon le professeur Trudel, les principes de la loi québécoise, à l'instar de ceux de la Directive européenne sur le commerce électronique, ont atteint cette cible.

Le livre se termine par deux chapitres sur les rapports entre les gestionnaires de sites et les institutions publiques. Le premier, cosigné par le professeur Alain Roy et M^e Bertrand Salvas, notaire, est intitulé « Réflexions sur l'acte notarié électronique en droit québécois ». Après une étude des dispositions de la nouvelle *Loi sur le notariat* (adoptée le 23 novembre 2000), les auteurs en arrivent à la conclusion que le rôle des notaires, loin de disparaître à l'ère d'Internet,

pourrait augmenter. Rien ne fait obstacle à la reconnaissance d'actes notariés électroniques si les règles de réception, de transmission et de conservation sont claires et répondent aux besoins. À cet égard, les auteurs notent que la nouvelle loi n'a pas répondu à toutes les interrogations. Mais le notaire québécois peut certainement prétendre à un rôle comme intermédiaire de certification et d'authentification pour les transactions (importantes) de commerce électronique.

Le dernier chapitre, que signe M^e François Dadour du cabinet Poupart et Marquis, porte sur la cybercriminalité. L'auteur passe en revue les dispositions du *Code criminel* qui s'appliquent dans ce domaine, en particulier les dispositions de la partie IX du Code qui traitent de l'utilisation non autorisée d'un ordinateur (art. 342.1 et 342.2), ainsi que les méfaits à l'endroit de données informatiques. L'auteur note également le très faible nombre de décisions rendues en vertu de ces dispositions. M^e Dadour conclut qu'il n'y a vraisemblablement pas péril en la demeure et que l'instrument, lourd à manier, du droit criminel n'est pas l'outil idoine pour régler les problèmes émergents en matière de commerce électronique.

Ce livre sera sans aucun doute très utile à ceux et celles qui veulent comprendre le régime (on devrait sans doute utiliser ici le pluriel) qui s'applique au monde du commerce électronique. Le livre peut être considéré comme l'outil de référence au Québec en matière de commerce électronique, qui a une frontière de plus en plus perméable avec le commerce traditionnel « brick and mortar ». Plusieurs chapitres de l'ouvrage seront également utiles aux juristes francophones hors Québec. Chacun(e) y trouvera l'information nécessaire pour comprendre les enjeux et entreprendre ses recherches du bon pied.

Daniel Gervais
Faculté de droit
Section de common law
Université d'Ottawa
Tél. : (613) 562-5800 poste 3381
Télec. : (613) 562-5124
Courriel: dgervais@uottawa.ca