Document généré le 1 juin 2025 18:53

Revue du notariat

LES CONTRATS DE CYBERCONSOMMATION SONT PRESQUE TOUS ILLÉGAUX !

Vincent GAUTRAIS

Volume 106, numéro 3, décembre 2004

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1045715ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1045715ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)
2369-6184 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

GAUTRAIS, V. (2004). LES CONTRATS DE CYBERCONSOMMATION SONT PRESQUE TOUS ILLÉGAUX ! *Revue du notariat, 106*(3), 617–650. https://doi.org/10.7202/1045715ar

Tous droits réservés © Vincent Gautrais, 2005

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

THÈME 4

Droit commercial et technologies de l'information

LES CONTRATS DE CYBERCONSOMMATION SONT PRESQUE TOUS ILLÉGAUX !*

Vincent GAUTRAIS**

Partie 1 – Forme déficiente du contrat de cyberconsommation 620

A. Spécificités communicationnelles de l'électronique 620

B. Pratiques commerciales adolescentes 625

C. Consentement électronique inapproprié 628

Partie 2 – Fond déficient du contrat de cyberconsommation 632

A. Clauses classiques posant problème 633

B. Clauses nouvelles posant problème 635

C. Cas particulier des prix erronés 637

---

* Le présent document est une retranscription écrite d'une conférence donnée le 8 octobre 2004 dans le cadre des Entretiens Jacques Cartier. Le style revendicateur et parlé utilisé lors de la présentation a été partiellement maintenu. Cette conférence est le fruit d'un étude subventionnée par le CRSH (programme INÉ) sur le « Contrat de cyberconsommation ».

** Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Directeur de la Maîtrise en commerce électronique.

Partie 3 – Voies de solution envisageables 640

A. Contrat de cyberconsommation et théorie 640

B. Contrat de cyberconsommation et réalité vivante : l'approche pluridisciplinaire 642

C. Contrat de cyberconsommation et droit positif : les sources à reconsidérer 646

CONCLUSION 650

À Claude Masse.

L'affirmation du présent titre est péremptoire : le ton volontairement vif est chargé de dénonciation. Comme si le chercheur juriste habitué à un propos mesuré et détaché de toute appréciation se faisait rattraper par son état de citoyen, de consommateur. Mais l'opinion n'est pas le contraire du vrai et la revendication n'est pas l'apanage du politique ou du partial. L'approche du présent exposé est donc justifiée par l'étude des pratiques contractuelles que l'on parvient bon an mal an à trouver sur Internet et qui nous apparaissent, d'une part, mauvaises et, d'autre part, l'être de plus en plus. En effet, le commerçant rédacteur des contrats profitant, abusant tant de son état de supériorité que de la vulnérabilité des cyberconsommateurs, est souvent dans une situation soit illégale, soit abusive, soit pour le moins attentatoire aux intérêts du consommateur.

Ceci est d'autant plus problématique, nous le verrons, que le droit qui reconnaît la généralisation des contrats d'adhésion[1], que nous ne souhaitons évidemment pas remettre en cause[2], n'a jamais su totalement intégrer cette réalité si ce n'est en raboutant le principe originaire de « la volonté des parties »[3] et en y intégrant des limitations d'ordre public. Pourtant, beaucoup de jurisprudences continuent, notamment en se basant sur la volonté des parties comme fondement de la force obligatoire des contrats, à nier et à faire fi de la réalité commerciale et technologique des contrats de cyberconsommation. Pour plagier quelque peu les propos de Claude Masse, à qui nous dédions ces quelques lignes, « [l]e contrat d'adhésion n'est pas un problème économique mais bien juridique »[4], le contrat de cyberconsommation est également une problématique d'ordre juridique ; pas uniquement mais assurément.

---

1. Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 107 et s.
2. *Ibid.*, p. 110, par. 79.
3. *Infra*, Partie 3, A).
4. C. MASSE, *op. cit.*, note 1, p. 110.

Dans le cadre d'une approche d'abord basée sur certains constats, nous traiterons d'abord des difficultés liées aux problèmes de forme (Partie 1) et de fond (Partie 2) des contrats de cyberconsommation. Ensuite, nous développerons quelques solutions, plus modestement des voies de solution, afin d'améliorer une situation qui pose problème (Partie 3).

Partie 1 – Forme déficiente du contrat de cyberconsommation[5]

Notre première salve de critiques peut être adressée en premier lieu à la façon dont les cybermarchands mettent à la disposition des consommateurs le contenu contractuel auxquels ces derniers vont souscrire. En effet, il est possible de s'interroger sur l'intérêt réel et véritable que les commerçants ont à réellement mettre à la disposition des acheteurs les contrats qui vont les engager. Aussi, nous croyons qu'il est frappant de constater le peu de diligence à intégrer et s'approprier une technologie, Internet, qui, bien que disposant d'atouts de communication indéniables, présente des différences importantes d'avec le papier (A). D'autant que certains comportements marchands tendant à se généraliser ne font qu'envenimer une situation pourtant déjà guère reluisante (B). Enfin, nous noterons que ces difficultés formelles s'exercent également à l'étape subséquente, à savoir, lors de la manifestation de volonté (C).

A. Spécificités communicationnelles de l'électronique

Avant même que le consentement des parties au contrat soit obtenu, un contrat constitue avant tout un moyen de communiquer une information en utilisant un médium (oralité – papier – technologique) comme support. Or, le support électronique dispose de spécificités dont il est impérieux de tenir compte.

– *Lisibilité de l'écran*

L'écran de nos ordinateurs est assurément une nouvelle forme d'écriture. Sans forcément adhérer au point de vue extrême de

5. Des développements beaucoup plus substantiels ont déjà été publiés dans Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61-129.

Marshall McLuhan, selon lequel le médium est le message[6], il nous apparaît évident que les caractéristiques d'un support vont avoir des effets sur le contenu informationnel d'un document. D'ailleurs, ces différences qui peuvent exister entre le papier et l'électronique se vérifient tant en théorie qu'en pratique.

Sur le plan juridique, le concept de lisibilité est juridiquement appréhendé à l'article 1436 C.c.Q. qui prévoit les éléments suivants :

> Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent.[7]

Ce concept doit être revisité en tenant compte de la réalité électronique, précisément d'Internet. Jakob Nielsen, spécialiste en communication électronique, fut l'un des premiers à l'affirmer haut et fort, parvenant à quantifier les lacunes du support électronique par rapport au papier[8]. Ainsi, il se fit notamment connaître en prétendant qu'il fallait repenser l'écriture pour obtenir un niveau d'efficacité comparable à celui du papier. Sur le plan pratique, plusieurs illustrations sont venues, selon nous, vérifier ces recherches. Il est par exemple possible de mentionner certains contrats sur eBay où l'acheteur croit acheter un logiciel alors qu'il n'obtient, comme écrit sur la page dudit site, que la boîte ! Plusieurs affaires retentissantes ont également défrayé la chronique où des clauses pour le moins exorbitantes avaient été subrepticement glissées dans des contrats sans que plusieurs milliers d'adhérents aient découvert le pot aux roses[9].

---

6. Marshall McLUHAN, *Understanding Media : The Extensions of Man*, MIT Press, 1994, p. 7, disponible à http://heim.ifi.uio.no/~gisle/overload/mcluhan/umtoc.html.
7. Lire par exemple à ce propos l'article de Benoît MOORE, « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q. », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 595.
8. Jakob NIELSEN, « Writing for the Web », http://www.sun.com/980713/webwriting.
9. Il est notamment possible de penser à certains services d'images « osées » qui permettaient aux clients de télécharger des fichiers et, conformément à une clause quelque peu diluée dans le contrat, aucunement mise en exergue, lesdits clients étaient débranchés de leur réseau local de téléphone pour être facturés par des frais d'interurbain pour des communications dispendieuses dans des pays lointains.

– *Dynamisme du contrat électronique*

Dans le même ordre d'idées, Ethan Katsh croit que le contrat électronique présente la spécificité par rapport au papier d'être caractérisé par trois caractéristiques importantes que sont l'intemporalité, l'interactivité et le dynamisme[10]. C'est ce dernier point que nous voulons développer ici selon lequel le contrat électronique n'a plus la stabilité de l'équivalent papier et en pratique les parties ont désormais la possibilité de modifier le contrat beaucoup plus facilement. D'ailleurs, cet élément s'avère monnaie courante dans les faits, les contrats de cyberconsommation disponibles sur Internet nous montrant en effet de façon presque systématique qu'ils détiennent une clause prévoyant que le cybermarchand s'octroie le droit de modifier à sa guise le contrat initial, à charge pour le consommateur de régulièrement vérifier, fréquemment vont même jusqu'à demander certains sites, qu'aucune clause n'ait été modifiée ou ajoutée[11]. Trois éléments doivent être mentionnés quant à cette pratique. D'abord, ce type de clause est très répandu et correspond à un usage, selon nous *contra legem*, pour le moins troublant. Aussi, nous devons constater que les cybermarchands modifient et ajoutent effectivement des clauses, les conditions d'utilisation de sites Internet prenant selon les cas de quelques paragraphes à 2 pages de plus par année. La longueur n'étant pas une contrainte pour le commerçant, nous le verrons dans le point suivant, le consentement des adhérents apparemment non plus, ces derniers se sentent ainsi habilités à utiliser une façon de faire très confortable pour eux : les consommateurs sont donc engagés instantanément sans qu'il n'ait aucune action à manifester. Enfin, et c'est assurément là que la situation devient juridiquement insupportable, une telle façon de procéder à déjà été considérée comme étant légale dans le jugement *Kanitz*[12] de la Cour supérieure de

10. Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 132.
11. À titre d'illustration, lire les conditions d'utilisation suivantes : « Yahoo ! Inc. (ci-après dénommé « Yahoo ! ») vous fournit ses services sous réserve que vous vous engagiez à respecter les présentes conditions d'utilisation (ci-après dénommées « Conditions d'utilisation ») que vous soyez enregistré avec le Service ou non, des conditions d'utilisation que Yahoo ! sera libre de modifier à tout moment. Il vous est donc conseillé de vous référer régulièrement à la dernière version des Conditions d'utilisation disponible en permanence à l'adresse suivante : http://cf.docs.yahoo.com/info/utos.html. »
12. *Kanitz* c. *Rogers Cable*, (2002) 58 O.R. (3d) 299, également disponible à : http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf.

l'Ontario. Cette approche est d'autant plus surprenante qu'une position contraire prévaut au regard de la jurisprudence américaine[13] ainsi que de la loi française[14].

– *Longueur du contrat*

Une autre façon de faire pour le moins pathologique que la pratique des contrats de cyberconsommation semble nous apprendre est que les commerçants usent, voire abusent, de l'absence de contraintes physiques que l'électronique présente. Si certains contrats devaient être reproduits sur papier, les documents ainsi obtenus feraient parfois jusqu'à plus d'une centaine de pages. C'est notamment dans le cas de certains produits à haute teneur technologique comme les certificats numériques où le contrat de « vente »[15] laisse entendre que le consommateur a lu et assimilé les quelques centaines de pages du CPS (Certification Practice Statement). Sur un support physique, on ne peut pas toujours proposer un contrat de plusieurs pages dans la mesure où le contrat risquerait d'être plus encombrant que le produit lui-même. De plus, des éléments de coûts sont directement associés à la « publication » et à la modification du contrat papier. Sur un support électronique, la mise à la disposition du document est sans limite physique voire financière. Or, l'influence de la longueur est directe sur la compréhension du lecteur[16]. La longueur est d'autant plus problématique que le

13. *Infra*, Partie 1, C).
14. Voir par exemple l'article 132-1 j) du Code de la consommation. Pour plus d'information, voir le site la Carte des recours du cyberconsommateur, disponible à http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/carte/Modificationcontrat.htm.
15. Il est en effet légitime de s'interroger si un pareil contrat en est un de vente, de licence, de services ou autrement *sui generis*. Sur cette question, il est d'ailleurs fascinant de constater le soin quasi systématique des commerçants à éviter la qualification de vente dont le régime est habituellement plus protecteur pour l'acheteur.
16. Robert A. HILLMAN et Jeffrey J. RACHKLINSKI, « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », (2002) 77 *New York University Law Review* 429, 451-452 : « To simplify matters, people tend to reduce their decisions to a small number of factors, even as they claim to use multiple factors. This narrow cognitive focus might be sensible, in fact. Numerous studies indicate that people who rely on simplified decisionmaking models also tend to make better decisions than if they used complicated models. Some scholars have argued that this tendency to simplify decisionmaking means that people essentially cannot evaluate the many situations covered by the terms in standard-form contracts. Instead, they focus their attention on a small number of aspects of a contract, such as price and quantity. »

destinataire du contrat électronique a des attentes de vitesse et qu'il procède ainsi souvent pour gagner du temps. Aussi, nous croyons devoir dénoncer cette tendance malheureuse des contrats « au kilo » qui n'est que peu sanctionnée par les juges. Les commerçants peuvent donc se prémunir de toute situation nouvelle ; leurs avocats sont sans doute ravis d'une pareille source de financement… Une chose est sûre, ces pages de contrats sans fin obligent plus souvent qu'autrement le lecteur-consommateur à faire du défilement (*scrolling*) ; une autre situation jugée comme étant le meilleur moyen de s'assurer que le lecteur ne lira pas.

– *Usage immodéré des hyperliens*

Base même d'Internet, initiant le passage d'une page vers une autre, plusieurs sites utilisent allégrement les liens hypertextes dans leurs contrats de cyberconsommation. L'outil est intéressant dans la mesure où il donne l'accès au document auquel on se réfère, ce qui en soi est mieux que de simplement citer. Par exemple, le commerçant va se référer à un code de conduite, à un règlement d'arbitrage, etc. mais trop de liens est également susceptible de créer une certaine confusion. Aussi, ce comportement demande à être socialement et psychologiquement appréhendé, ce qui n'est pas encore le cas semble-t-il. Plutôt que de s'associer à un texte, se l'approprier, le « cyberlecteur », conformément aux propos de Christian Vandendorpe, « zappe »[17], butine. L'auteur écrit à ce sujet :

> Comment retenir le lecteur de cliquer tous azimuts, et de passer ainsi à côté de développements que l'auteur considère comme importants ? En soi, chaque bouton à cliquer est une invitation à aller plus loin, une promesse de contenu.[18]

17. Christian VANDENDORPE, « De la textualité numérique : l'hypertexte et la « fin » du livre », (1997) 17 *Recherches sémiotiques / Semiotic Inquiry* 271. Cet article met notamment l'accent sur l'ambiguïté communicationnelle de l'hypertexte, de l'hyperlien. Lire aussi Christian VANDENDORPE, *Du papyrus à l'hypertexte : essai sur les mutations du texte et de la lecture*, 1999, Montréal, Boréal, 271 p. ; Christian VANDENDORPE, « Sur l'avenir du livre : linéarité, tabularité et hypertextualité », dans J. BÉNARD et J.J. HAMM, *Le livre. De Gutenberg à la carte à puce*, New York, Ottawa/Toronto, Legas, 1996, p. 149-155.
18. *Ibid.* On peut lire également : « Par le mécanisme de dévoilement qui lui est inhérent, ce système en appelle particulièrement à la psychologie enfantine. Valéry a noté combien l'enfant tend à faire fonctionner tout ce qui est susceptible d'un fonctionnement : S'il y a un anneau, on tend à le tirer, une porte, à l'ouvrir, une manivelle, à la tourner – une culasse, à la faire jouer. […] S'il y a un

(à suivre…)

Le lien enlève donc la linéarité du papier, ce qui ne peut pas être sans conséquences dans la compréhension du lecteur, surtout lorsqu'il est consommateur. La pratique est d'ailleurs troublante à ce sujet. Outre un abus parfois déraisonnable des hyperliens, certains ne fonctionnent pas toujours, ce qui a pour effet de « distraire » le cyberconsommateur sans lui donner accès au contenu. Ce travers a déjà été plusieurs fois constaté, notamment dans le domaine des prestations de certification d'identité et de qualité, les contrats faisant parfois référence à plusieurs centaines de pages de documents techniques qui sont, par référence, intégrés au contrat.

B. Pratiques commerciales adolescentes

Outre les difficultés propres au médium, il existe aussi des pratiques qui se sont instituées sans doute par absence de standards préexistants. Face au vide quant aux façons de procéder, ce qui ne constitue nullement une situation de vide juridique, il importe au contraire de dénoncer des situations qui nous apparaissent être en contradiction tant avec les exigences de lisibilité préalablement établies que celles relatives au consentement libre et éclairé, tel qu'exigé à l'article 1399 C.c.Q.

– *Emplacement du contrat*

Même si les pratiques semblent s'améliorer, il est parfois fascinant de constater les soins utilisés par certains marchands pour s'assurer de la difficulté de trouver l'information contractuelle relative à leur transaction. À titre d'exemple, lors d'une étude sur le contrat de cyberconsommation, l'information relative aux

(...suite)
escalier, à le gravir... un morceau de bois, à le mordre, un bassin d'eau, à y jeter toute chose. (*Cahiers I*, p. 912) De façon générale, le déplacement par clics de souris contribue à donner au lecteur le sentiment d'avoir le plein contrôle de l'objet (dans la mesure où le programmeur a bien voulu laisser ce contrôle au lecteur...) et de pouvoir suivre souverainement ses impulsions. Par la médiation technologique, l'usager se donne ainsi un sentiment de puissance bien supérieur à celui que procure la manipulation des pages d'un livre. 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. »

modalités de crédit n'est pas rendue disponible sur Internet par la grande majorité des banques canadiennes. Ainsi, le contrat est transmis aux clients une fois l'étude de crédit réalisée et acceptée. De la même manière, la décision *Kanitz* évoque les 5 clics que devait actionner le consommateur pour retrouver son contrat[19]. L'accès au contrat, plus encore, l'accès facilité, doit sans aucun doute constituer une exigence qui devrait être plus systématiquement reconnue par les tribunaux. Sur une base presque théorique d'abord, il est possible de mettre en contexte les propos de Jeremy Bentham établissant la place et l'importance de l'accès au sein de la justice[20]. D'un point de vue plus économique ensuite, il nous apparaît qu'une meilleure transparence soit un gage de confiance qui rassure le client un peu troublé par le manque de considération témoignée à son endroit[21].

– *Scission du contrat*

Un autre comportement quelque peu attentatoire à la nécessaire mise à la connaissance du contenu contractuel au consommateur tient au fait que les avis juridiques qui sont disponibles sur un site sont trop souvent nombreux. Cette pratique, que l'on retrouve par exemple dans le cas de Dell où non moins de 16 documents de cet ordre sont disponibles[22], a pour effet de disperser quelque peu le contenu contractuel. D'ailleurs, c'est dans cette perspective que les principes du *Bureau de la consommation* d'Industrie Canada ont souligné l'importance pour les commerçants

19. V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 5, p. 85, note 98.
20. Jeremy BENTHAM, cité dans *Attorney General of Nova Scotia* c. *MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175 : « In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only with publicity in place, can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity, there is no justice. Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. It keeps the judge himself while trying under trial. »
21. *Infra*, Partie 3, B).
22. Voir notamment la page suivante http://www1.ca.dell.com/content/topics/reftopic.aspx/gen/fr/policy ?c=ca&l=fr&s=gen&~ck=lf&~section=010, qui reproduits les textes suivants : « 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, Conditions de vente, 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.

d'offrir des conditions de vente qui soient en un seul et même document[23].

– *Juridismes du contrat*

Un autre point qui pose, selon nous, problème tient au fait que les contrats disponibles par les cybermarchands sont très souvent difficiles à comprendre. Certes, cette pratique est loin d'être propre au cyberespace. Simplement, il nous semble que les contrats que l'on trouve ont l'apparence de contrats très élaborés qui pourraient avoir lieu d'être entre des partenaires commerciaux mais sans doute pas dès lors qu'un consommateur est en cause. Ce niveau de difficulté ne s'impose pas surtout dans un domaine où les enjeux ne sont souvent pas très élevés sur le plan monétaire. Cette difficulté s'ajoute de surcroî à la technicité du domaine de l'informatique qui sert d'environnement au commerce électronique. Ce cumul d'inconvénients fait que le langage doublement technique, juridique et technologique, rend le texte disponible pour le moins abscons et difficile à appréhender pour les néophytes que les consommateurs sont par essence.

– *Titre du contrat*

Enfin, nous signalons qu'une absence de standards existe quant à l'appellation du contrat qui va lier les consommateurs, les titres utilisés n'étant ni harmonisés, ni explicites quant à la nature de la relation dans laquelle ils s'engagent. En effet, il est notamment frappant de constater en pratique les efforts utilisés par certains cybermarchands peu diligents pour tenter de diluer l'attention du consommateur en insérant des contrats de consommation sous des intitulés plus neutres et moins « épeurants » comme « Notice légale », « Avertissement », « Conditions d'utilisation », etc. Pourtant, ces documents évoquent généralement en leur sein même la qualification contractuelle.

23. Voir BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique et documents connexes*, 1999, l'article 1.4 *in fine* selon lequel : « [t]outes les conditions relatives à la vente devraient pouvoir être consultées à un même endroit. » Ce principe n'a pas été repris dans la version 2003. BUREAU DE LA CONSOMMATION, Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique, janvier 2003, disponible à http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/protectionconsommateurs03.pdf.

C. Consentement électronique inapproprié

Outre les difficultés liées à la mise à la disposition de l'information contractuelle, plusieurs commentaires peuvent être soulignés quant au peu de diligence employée lors de l'étape subséquente : le consentement à proprement parler.

Très tôt, la jurisprudence considéra plusieurs comportements comme étant une manifestation de consentement valide. Évidemment, pourquoi en serait-il autrement, eu égard à la liberté généralement prônée en pareilles circonstances. Un contrat peut en effet se former dès lors qu'un accord de volontés s'est manifesté ; de la paumée, à la paille[24], aux ondes micro-ondes, en passant par les signaux de fumée[25] ou tout type de câble[26]. Pourtant, selon nous, l'acceptation d'un « clic » et encore plus, le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site Internet, ne répondent pas forcément aux critères requis pour emporter qualification d'une manifestation de volonté. Certes, il serait contestable d'interdire une telle façon de faire pour contracter ; il en serait tout autant de l'accepter sans réfléchir aux spécificités du médium. Ces deux procédés font donc l'objet d'une jurisprudence fournie que nous étudierons maintenant.

– « *Clickwrap* »

Un simple clic peut-il constituer une acceptation valide d'une offre disponible en ligne ? Dans l'affaire *Rudder* c. *Microsoft* rendue par la Cour supérieure de l'Ontario[27], un juge canadien a considéré que « oui », et selon une façon qui a trop rapidement paru être inconditionnelle, le « clickwrap » est valide. Si la décision paraît bonne, elle n'est assurément pas transposable à toutes les situations de contrats électroniques. D'abord, parce que la requête initiée par deux étudiants en droit pour une somme de 75 millions de dollars semblait quelque peu frivole, et ce, en dépit de l'absence d'explication des faits dans la demande. En effet, l'action visait un recours collectif au nom de 89 000 abonnés payants du service

24. Conformément à son étymologie latine (*stipulare*), le terme proviendrait d'un acte de formalisme, justement, qui consistait à « casser une paille » afin de mieux signifier la formation d'une entente.
25. L'exemple était validé par Lord Denning dans *Entores* c. *Miles Far East Corporation*, [1955] 2 Q.B. 327, 333 ; [1955] 2 All E.R. 493.
26. *Howley* c. *Whipple*, (1869) 48 N.H. 487.
27. (1998) Cour supérieure de l'Ontario, disponible à http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/_textes/rudder.doc.

d'information MSN. Aussi, l'étape préliminaire consistait à rendre inapplicable une clause d'attribution de compétence d'un juge situé dans l'État de Washington, lieu du siège social de Microsoft. Ensuite, parce que le juge Winkler considère que les requérants n'ont pas fait la preuve, d'une part, qu'il devait regarder avec suspicion la clause d'attribution de compétence en cause[28] et, d'autre part, ce qui est plus directement relié à notre questionnement, que la mise à la connaissance par le biais d'un support électronique n'était pas substantiellement différente de ce qui se passe sur un support papier[29]. Ce dernier point, évidemment, nous intéresse particulièrement dans la mesure où il s'agit d'une des rares décisions qui mesurent « un peu » l'un et l'autre support[30]. Une chose qui nous apparaît clairement est que la qualité des requérants, juristes, mais surtout le fait qu'ils semblaient avoir une connaissance effective de la clause litigieuse[31], a été prise en compte.

---

28. *Ibid.* : « Forum selection clauses are generally treated with a measure of deference by Canadian courts. Madam Justice Huddart, writing for the court in *Sarabia* v. *"Oceanic Mindoro" (1996*), 4 C.P.C. (4th) 11 (B.C.C.A.), leave to appeal denied [1997] S.C.C.A. No. 69, adopts the view that forum selection clauses should be treated the same as arbitration agreements. She states at 20 : Since forum selection clauses are fundamentally similar to arbitration agreements, ...there is no reason for forum selection clauses not to be treated in a manner consistent with the deference shown to arbitration agreements. Such deference to forum selection clauses achieves greater international commercial certainty, shows respect for the agreements that the parties have signed, and is consistent with the principle of international comity. »
29. *Ibid.* : « The argument advanced by the plaintiffs relies heavily on the alleged deficiencies in the technological aspects of electronic formats for presenting the terms of agreements. In other words, the plaintiffs contend that because only a portion of the Agreement was presented on the screen at one time, the terms of the Agreement which were not on the screen are essentially "fine print". I disagree. The Member Agreement is provided to potential members of MSN in a computer readable form through either individual computer disks or via the Internet at the MSN website. In this case, the plaintiff Rudder, whose affidavit was filed on the motion, received a computer disk as part of a promotion by MSN. The disk contained the operating software for MSN and included a multi-media sign up procedure for persons who wished to obtain the MSN service. As part of the sign-up routine, potential members of MSN were required to acknowledge their acceptance of the terms of the Member Agreement by clicking on an "I Agree" button presented on the computer screen at the same time as the terms of the Member Agreement were displayed. »
30. *Ibid.* Néanmoins, « there are no physical differences which make a particular term of the agreement more difficult to read than any other term, [...] no fine print. [...] The terms are set out in plain language, absent words that are commonly referred to as "legalese". »
31. *Ibid.* : « Rudder admitted in cross-examination on his affidavit that the entire agreement was readily viewable by using the scrolling function on the portion of the computer screen where the Membership Agreement was presented. Moreover, Rudder acknowledged that he "scanned" through part of the

(à suivre...)

– « *Browsewrap* »

En revanche, et dans une situation sensiblement différente, il nous est difficile de trouver des arguments pour justifier la décision dans *Kavitz* c. *Rogers Cable*[32] où, toujours en Ontario, une cour supérieure considère qu'une clause amendée et « posée » sur un site Internet est un mode suffisant de mise à la connaissance. Cette façon de faire est très répandue, presque systématique[33]. Outre les remarques quant au fond qu'il est possible de faire sur une telle pratique[34], dans cette affaire, et malgré les arguments du demandeur relatifs à la forme du contrat[35] selon lequel 1) la notification aurait du être effectuée par courriel[36], 2) le contrat en cause

(...suite)
Agreement looking for "costs" that would be charged by MSN. He further admitted that once he had found the provisions relating to costs, he did not read the rest of the Agreement. » D'ailleurs, il est intéressant de voir dans *Forrest* c. *Verizon Communications*, (2002) 805 A.2d 1007, 1009, que l'appelant est lui-même un avocat employé par le ministère de la Justice.

32. (2002) 58 O.R. (3d) 299, également disponible à : http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf.
33. Par exemple, voir les Conditions d'utilisation Yahoo, disponibles à http://cf.docs.yahoo.com/info/utos.html, article 1 : « Yahoo ! Inc. (ci-après dénommé « Yahoo ! ») vous fournit ses services sous réserve que vous vous engagiez à respecter les présentes conditions d'utilisation (ci-après dénommées « Conditions d'utilisation ») que vous soyez enregistré avec le Service ou non, des conditions d'utilisation que Yahoo ! sera libre de modifier à tout moment. » Voir aussi les Modalités d'utilisation du site de Dell, disponible à http://www1.ca.dell.com/content/topics/segtopic.aspx/policy?c=ca&l=fr&s=gen&~section=007 : « Lorsque vous accédez à ce site (« site »), que vous le parcourez ou que vous l'utilisez, vous reconnaissez avoir lu et compris ces modalités et acceptez d'y être assujetti, de même que de vous conformer à la totalité des lois et règlements applicables. Si vous n'acceptez pas ces modalités, n'utilisez pas ce site. »
34. Notons seulement que certains systèmes de droit ont pris l'initiative d'interdire de telles pratiques à moins qu'une notification explicite ait été faite au consommateur dans la mesure où cela crée un déséquilibre indu entre les parties. En France, voir l'article R. 132-2 alinéa 2 du *Code de la consommation*, cité dans COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, Recommandation relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, adopté le 26 septembre 2002 sur le rapport de Laurent Leveneur et publié au BOCCRF du 30 janvier 2003 et disponible à : http://www.foruminternet.org/documents/rapports_avis/lire. phtml?id=496.
35. Nous ne présentons et n'interprétons pas ici les arguments quant à la question d'iniquité (*unconscionability*) d'une telle clause que le juge n'a d'ailleurs pas reconnue, nos propos visant, comme vu précédemment, les arguments de forme et moindrement les arguments de fond.
36. Ce qui constitue techniquement une opération somme toute facile à effectuer, dans la mesure où cela peut être automatisé par le fournisseur d'accès. D'ailleurs, au regard des usages de la communauté, plusieurs compagnies importantes agissent désormais de la sorte. Voir aussi Jean BRAUCHER, « Replacing Paper Writings with Electronic Records in Consumer Transac. tions : Purposes, Pitfalls and Principles », (2003) 7 *North Carolina Banking Institute* 29, 36.

aurait dû être sur la page d'accueil du site[37] et 3) la clause d'arbitrage en question était « enterrée » (*buried*) dans un ensemble d'autres clauses, le juge considéra l'amendement comme valable. Il statua en effet que le contrat initial prévenait l'adhérent que le rédacteur du contrat pouvait à sa convenance modifier le contrat de la sorte. Il tint compte par ailleurs de la nature du service[38].

Même si la preuve laisse suggérer que le plaignant aurait admis s'être rendu sur la page mentionnant que le contrat avait été amendé[39], cette situation, qui s'apparente à une situation de « browswrap », ne nous paraît ni à l'écoute des arguments du client, qui, il est vrai, n'a pas semblé déployer les efforts optimums pour faire valoir sa cause[40], ni tenter d'offrir des guides de comportement à une industrie naissante qui en a pourtant bien besoin, ni enfin conforme aux principes qui tendent de plus en plus à se dégager en gestion électronique[41]. Aussi, même si le plaignant avait une bonne connaissance du domaine et n'était peut-être pas dans une réelle situation de vulnérabilité[42], nous croyons qu'il est difficile d'attribuer une portée générale à la présente décision.

---

37. En effet, pas moins de cinq « clics » étaient nécessaires pour accéder au document en question.
38. Précité, note 32, par. 32.
39. *Ibid.*, par. 25.
40. *Ibid.*, par. 12 : « Before turning to my analysis of the issues, I should also mention that on this motion there were two affidavits filed. For the plaintiffs, an affidavit from the plaintiff, Hugh Wallis, was filed and on which he was cross-examined. For the defendant, an affidavit from Vic Pollen, Vice-President of Customer Operations, was filed. No cross examination took place on that affidavit. There are two consequences that flow from this. One is that the evidence of the defendant is largely unchallenged. The other is that I have only the evidence of one of the representative plaintiffs regarding the circumstances surrounding the execution of the user agreement, the efforts made to access the defendant's web site for updates to the user agreement, the alleged lack of notice to customers of the amendments to the user agreement, the allegations of unconscionability and so on. ».
41. Si la notion de confiance est le maître mot qui découle du domaine de la consommation électronique et si son absence est souvent pointée du doigt comme la cause première de la « gueule de bois » du commerce électronique, l'une des solutions qui est la plus souvent utilisée pour pallier ce manque est justement de personnaliser la relation avec le client consommateur. Ainsi, une technique impersonnelle comme celle utilisée par le défendeur est assurément difficile à conseiller sur le plan commercial.
42. L'attitude du plaignant, qui dispose d'une maîtrise en informatique, a en effet été qualifiée de « non sincère » (*disingenuous*) (par. 29). Et le cœur du débat est peut-être situé ici. En fait, il nous apparaît que les motivations profondes du juge sont davantage de nature subjective relativement tant à la qualité du demandeur que sur la façon dont il a orchestré sa demande.

Cette situation est d'autant plus surprenante qu'aux États-Unis, toujours concernant les « browsewrap », l'affaire la plus retentissante, *Specht* c. *Netscape*[43], a davantage fait preuve de mesure. Sans totalement condamner cette façon de faire, une distinction est néanmoins apparue avec le procédé de « clickwrap ». Aussi, et se basant sur l'affaire *Pollstar*[44], le juge considère que le défendeur n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire pour offrir une mise à la connaissance suffisante aux plaignants. D'ailleurs, les autres produits *Netscape* ne peuvent être téléchargés que si un « clic » a été expressément actionné[45]. La réponse à cette dernière façon de contracter paraît donc plus limpide et beaucoup moins aléatoire.

Partie 2 – Fond déficient du contrat de cyberconsommation

Une fois fait le constat guère enthousiasmant quant à la forme des contrats de cyberconsommation, il est malheureusement possible de constater que la situation n'est pas plus reluisante quant au contenu des contrats disponibles, loin s'en faut. En effet,tant sur la base de clauses classiques (A) que sur d'autres plus spécifiques aux contrats de cyberconsommation (B), il est possible d'identifier des pratiques contractuelles qui nous apparaissent pour le moins contestables, quand elles ne sont pas illégales. Si le commerce électronique est parfois qualifié de « zone de non-droit », d'espace où règne un certain « vide juridique »[46], le droit est pourtant bel et bien présent, et ce, tant sur la base de références ancien-

43. (S.D.N.Y. 2001) 150 F. Supp. 2d 585, également disponible à http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/pdf/D02NYSC/01-07482.PDF.
44. *Pollstar* c. *Gigmania*, (E.D. Cal. Oct. 17, 2000) No. CIV-F-00-5671, 2000 WL 33266437 : « Viewing the web site, the court agrees with the defendant that many visitors to the site may not be aware of the license agreement. Notice of the license agreement is provided by small gray text on a gray background. [...] No reported cases have ruled on the enforceability of a browse wrap license [...]. While the court agrees with [the defendant] that the user is not immediately confronted with the notice of the license agreement, this does not dispose of [the plaintiff's] breach of contract claim. The court hesitates to declare the invalidity and unenforceability of the browse wrap license agreement at this time. »
45. *Specht* c. *Netscape*, précitée, note 43, p. 14.
46. André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi : l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 125, p. 134 : « Il y a un véritable fantasme, relayé par les médias et souvent par les responsables politiques, du vide juridique. La vérité est que les groupes de pression appellent vide juridique la règle existante qui ne leur convient pas. Prétendre légiférer à chaque nouvelle percée technique, c'est se condamner à une fuite en avant qui ne peut être que porteuse d'insécurité juridique. »

nes que de lois ou de jurisprudences récentes. Enfin, nous étudierons une situation très particulière dans laquelle quelques développements seront apportés quant aux hypothèses où des prix indiqués sur un site Internet ont été malencontreusement erronés (C).

A. Clauses classiques posant problème

Dans le cadre d'un projet de recherche sur les contrats de cyberconsommation, près de 100 sites canadiens ont été étudiés afin d'analyser le contenu contractuel rendu disponible. À ce propos, Internet constitue un creuset formidable d'analyse, les documents étant généralement disponibles ; l'accès à ces documents n'a jamais été aussi bon, une comparaison et une description des tendances étant par le fait même grandement facilitées. En résumé, un constat de trois ordres peut être apporté.

– *Clauses inutiles*

D'abord, il est surprenant de constater l'inutilité de la majorité des clauses contractuelles. Des pages et des pages de contrats s'évertuent à reproduire le droit existant et à recopier la substance de lois ou autres sources juridiques. C'est par exemple le cas des clauses sur le droit d'auteur, le droit sur les marques de commerce, dont l'existence des prérogatives n'est aucunement liée à l'accord des parties. Certes, certains pourraient évoquer le caractère didactique de l'information. Néanmoins, si cette finalité était réelle et véritable, sa mise à la disposition du cyberconsommateur serait autrement agencée.

Un autre ordre d'inutilité contractuelle peut aussi être aperçu dans des énumérations sans fin, par exemple, de comportements qui seraient jugées préjudiciables à l'entreprise et dont la liste est systématiquement précédée par une mention d'un « notamment » selon lequel les situations répertoriées sont indicatives mais pas exclusives. De multiples sites prennent donc un soin préjudiciable à décrire des actions illégales, actions qui encore une fois sont la plupart du temps illégales en soi au regard de la loi et non du contrat. Là encore, le cybercommerçant veut mettre toutes les chances de son côté en décrivant le plus précisément possible les actions à ne pas faire. La conséquence directe est donc l'illisibilité du document.

– *Clauses complexes*

Ensuite, il est surprenant de constater le niveau de complexité des contrats utilisant des clauses généralement utilisées dans des contrats commerciaux complexes mais dont la pertinence est contestable dans un environnement de consommation[47].

– *Clauses abusives*

Enfin, et c'est sans doute le cœur du présent paragraphe, de multiples clauses sont susceptibles d'être sanctionnées sous le couperet des clauses abusives que l'on retrouve à l'article 1437 C.c.Q.

> La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

En effet, la facture volontairement large de cet article du « nouveau » Code civil est régulièrement utilisée pour remettre en cause certaines clauses trop « gourmandes » pour le commerçant et qui pourraient prévoir les éléments suivants :

- clause relative à l'interprétation du contrat de cyberconsommation ;
- clause limitant la responsabilité de façon trop extensive ;
- clause de modification unilatérale ;
- clause de résiliation asymétrique ;
- clause pénale limitant de façon étendue la responsabilité de l'entreprise[48] ;
- etc.

47. Par exemple, voir les Conditions d'utilisation Yahoo, *loc. cit.*, note 11, art. 24.
48. Voir les développements à ce sujet sur le site Carte des recours du cyberconsommateur – comparaison France/Québec, disponible à www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/carte/clausesabusivesqc.htm (en construction).

Bien qu'au meilleur de notre connaissance, bien peu d'interprétation par le juge québécois n'ai été faite de clauses de contrats de cyberconsommation sur la base de leur caractère abusif, il est en revanche possible de prendre appui en droit comparé sur l'expérience française où la situation est passablement documentée. D'abord, il y a eu les recommandations de la Commission sur les clauses abusives qui a identifié 28 clauses possiblement abusives dans les contrats de fournisseurs d'accès Internet[49]. Ensuite, et dans ce même domaine d'activité, il y a le tout récent jugement du Tribunal de Grande Instance de Nanterre du 2 juin 2004[50], qui a annulé 31 des 36 clauses mises en cause. Parmi les clauses qui ont ainsi été sanctionnées, on peut citer, outre celles préalablement citées, les clauses suivantes :

- clause selon laquelle une minute commencée est une minute payée ;
- clause selon laquelle le prestataire n'est pas responsable d'une prestation fournie par d'autres dans le cadre du contrat ;
- clause de responsabilité « en l'état » ;
- clause établissant une exonération de responsabilité sauf intention ;
- clause établissant le droit applicable ou le juge compétent ;
- etc.

B. Clauses nouvelles posant problème

Somme toute, cette suspicion que l'on peut porter à des ventes et services sur Internet n'est guère différente de celle que l'on rencontre dans les domaines traditionnels ; si ce n'est le caractère quantitatif, comme le montrent les affaires françaises, qui nous apparaît pour le moins étonnant. Il faut pourtant ajouter que certaines clauses sont spécifiques au médium électronique et sont, selon nous, susceptibles tout comme les premières plus classiques d'être annulées sur la base du droit commun du droit des contrats.

---

49. COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *op. cit.*, note 34.
50. Http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1211.

Là encore, sans prétendre à l'exhaustivité, nous croyons qu'un regard suspicieux doit être adressé, selon les circonstances et la vulnérabilité du consommateur, à l'égard des clauses suivantes :

- clause qui prévoit que la clause électronique prévaut sur une version papier, donnant prépondérance « à un document pouvant se prêter par nature à évolution »[51] ;
- clause raccourcissant le délai de prescription[52] ;
- clause limitant le fait de graver un fichier téléchargé à une seule fois[53] ;
- clause qui octroie une prérogative exorbitante à l'entreprise[54] ;
- clause qui prévoit des obligations pour des tiers au contrat[55] ;
- clause qui fait référence à la Netiquette[56] ;
- etc.

51. COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *op. cit.*, note 34, recommandation 2.
52. Par exemple, voir les Conditions d'utilisation Yahoo, *loc. cit.*, note 11, article 24 : « Vous acceptez que, indépendamment de tout acte ou loi contraire, toute réclamation ou cause d'action résultant de ou ayant rapport à l'utilisation du Service ou des Conditions d'utilisation doit être déposée dans un délai de un (1) an suivant la date à laquelle ladite réclamation ou cause d'action a eu lieu, faute de quoi elle sera considérée comme prescrite à toujours. »
53. Par exemple, voir les Conditions de vente du site Archambault, disponible à http://www.archambault.ca/faq/faqfr_pop40.html, « Vous ne pouvez cependant télécharger les chansons plus d'une (1) seule fois. »
54. De façon pour le moins étonnante, Yahoo ! S'octroie une licence non exclusive sur le contenu adressé par ses clients. Article 8, alinéa 2 : « Pour ce qui concerne le Contenu que vous décidez d'envoyer pour être inclus dans des zones accessibles à tous de Yahoo ! Club, ainsi que le Contenu composé de photos ou d'images et que vous décidez de diffuser ou d'envoyer dans des zones accessibles à tous du Service, vous accordez à Yahoo !, pour le monde, une licence non-exclusive et gracieuse permettant à Yahoo ! de reproduire, publier et diffuser ce Contenu sur le Service et ce exclusivement en vue de promouvoir la section de Yahoo ! Club où ce Contenu aura été envoyé et diffusé ou, pour ce qui concerne les photos et les images, en respectant la raison pour laquelle cette photo ou cette image a été soumise au Service. »
55. Entrust, dans un document de 49 pages, disponible à http://www.entrust.net/CPS/pdf/cps_french010102.pdf, oblige des tierces parties à vérifier que le certificat n'a pas été révoqué. Si au Québec, cette obligation est rendue nécessaire par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, la mention d'une pareille clause dans un contrat est pour le moins surprenante sur la base de l'effet relatif des contrats.
56. COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES, *op. cit.*, note 34, recommandation 3, craignant « qu'en l'absence d'acceptation par le consommateur du contenu de ces règles, cette clause déséquilibre les relations contractuelles en chargeant l'utilisateur, éventuellement novice, d'une obligation à l'objet imprécis ».

En dépit de la longueur de la liste, cette énumération que nous ne pouvons continuer sous peine qu'elle soit quelque peu rébarbative, nous amène à la question de savoir : comment en est-on arrivé là ? Comment se fait-il que ces travers, dont beaucoup se sont ajoutés au gré des années, n'aient fait l'objet, au Québec comme ailleurs, de si peu de jurisprudence ? Il est vrai, relativement à ce dernier point, que les quelques décisions obtenues n'étaient guère favorables à la partie faible.

C. Cas particulier des prix erronés

Après les précédents propos qui tendent à considérer que les commerçants électroniques devraient faire preuve de davantage de retenue dans la rédaction de leurs contrats, il m'apparaît important de signaler que les attitudes opportunistes ne sont pas le monopole de la partie dite forte. Les consommateurs peuvent effectivement, selon nous, être sujets à des comportements qui méritent une analyse critique. Si l'on peut par exemple citer l'exemple du consommateur qui se sert de la protection du français pour faire annuler un contrat en prétextant *a posteriori* qu'il n'a pas compris le contenu du contrat, argument qui ne s'avère pas sans limites, il est une nouvelle situation liée à l'erreur sur le prix. En l'espèce, il s'agit d'une situation somme toute assez fréquente où, dans le cadre d'une relation de cyberconsommation, un site marchand met en ligne un produit ou un service à un prix erroné et parfois très en deçà du prix usuel. Par exemple, des ordinateurs ou des voyages ont déjà été vendus à des prix correspondant au dixième du prix habituel, et ce, à cause d'une erreur matérielle qui est soit le fruit d'un logiciel, d'une machine, soit la conséquence d'un employé du marchand qui oublie un chiffre ou qui place improprement une virgule. Toujours est-il que les consommateurs qui ont identifié l'aubaine apparente plongent et en certains cas achètent en un nombre conséquent exemplaires[57]. Pour justifier leur position, l'argument est de prétendre que tous les éléments constitutifs du contrat sont présents. L'offre permanente est en tous points complète ; l'acceptation est signifiée généralement par un « clic » ou autre marque d'assentiment.

---

57. Pour une illustration au Québec d'une telle situation, voir *Union des consommateurs* c. *Dell Computer*, 2004 C.S. nº 500-06-000199-030 disponible à http://www.canlii.org/qc/jug/qccs/2004/2004qccs10147.html. *Ibid.*, dans une affaire Amazon aux États-Unis, la preuve fait état de 6 000 articles achetés ainsi en toute hâte par un consommateur particulièrement aux aguets de bonnes affaires.

Pourtant, il nous apparaît que de bon droit tout comme sur la base d'autres considérations plus subjectives, un pareil contrat ne peut être considéré comme étant formé. La première argumentation qu'il est légitime d'invoquer est de prendre appui sur la notion d'erreur. En effet, selon l'article 1400 C.c.Q. :

> L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement.

Sans doute, une variation du prix habituel apparaît comme cet « élément essentiel » décrit dans le précédent article. Néanmoins, la cohérence oblige à apporter une limite à l'utilisation de cet argument tant pour des considérations de prévisibilité juridique que, surtout, du fait que la lésion, sauf exception de l'article 1405 C.c.Q.[58], ne constitue habituellement pas un motif d'annulation d'un contrat[59].

En revanche, c'est sans doute avec davantage de succès qu'un commerçant mettrait de l'avant l'argument de l'erreur matérielle que l'erreur d'écriture pourrait constituer[60]. De la même manière, sur la base d'un principe plus général, l'absence de bonne foi de l'acheteur pourrait être utilisée, et ce, surtout quand son manque de vulnérabilité ou plus précisément sa bonne connaissance du marché, sont constatés[61]. Relativement à la bonne foi, c'est notamment l'argument qui a été utilisé par la Cour d'appel d'Angers en France qui a considéré que le comportement d'un acheteur qui fait constater par huissier l'erreur sur le prix constitue en soi une manifestation de sa mauvaise foi[62]. De surcroît, cette démarche pour le moins procédurale du consommateur fut considérée comme étant déstabilisante pour le vendeur qui avait ainsi accepté la vente, quelque peu impressionné par la présence de l'officier public en son magasin.

---

58. Art. 1405 C.c.Q. : « Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés. » Une approche *a contrario* empêche donc une telle utilisation.
59. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 207, par. 211.
60. *Ibid.*, p. 210, par. 213.
61. Nous l'avons vu, comme en matière de consentement, et précisément de mise à la connaissance du contenu du contrat par un contrat électronique, un critère subjectif tel que l'expertise et le niveau de maîtrise du médium de l'acheteur sont déterminants.
62. C.A. Angers, 1re ch., 8 janvier 2001, Sem. Jur. 2001, 2857.

Sur la base d'arguments plus spécifiques, nous croyons de surcroît que l'utilisation d'automates, d'agents pour élaborer des contrats implique une plus grande tolérance par rapport à de tels avatars. En effet, dans le monde réel, le vendeur est capable d'avoir une capacité de réaction quand il voit le produit passé à un prix très en deçà de celui auquel il est habituellement ; dans un contexte électronique, une telle possibilité n'existe pas immédiatement, du fait de la médiation de la machine qui n'est pas programmée pour détecter les erreurs manifestes. C'est la raison pour laquelle plusieurs dizaines, centaines voire milliers de ventes au « faux » prix peuvent être réalisées avant qu'il n'y ait réaction du vendeur. Ainsi, sur un plan économique,

> la création d'un site web commercial revient à faire une offre de contracter non seulement permanente mais surtout aisément accessible, ce qui a pour effet d'exposer son auteur à une démultiplication des risques. Sur les réseaux, l'information se répand à la vitesse de l'électricité – grâce aux courriels et aux forums de discussion – et, suite à une erreur technique d'affichage de prix, le commerçant verra affluer les chalands avertis de l'aubaine.[63]

Sans doute, aussi, sera-t-il important d'évaluer la diligence avec laquelle le vendeur réagit à la situation. Dans l'affaire *Dell* précitée[64], l'une des difficultés tenait au fait que si l'entreprise avait rapidement enlevé le produit de sa banque de biens à vendre, le lien profond était toujours disponible et avait été ainsi communiqué par Dumoulin à plusieurs de ses amis. Dans ce cas, tant l'action du vendeur, certes imparfaite, que l'envoi de courriels du consommateur, recherchant à maximiser la situation défavorable du commerçant, sont des éléments de fait qui peuvent être pris en compte par un juge.

Pas de vide juridique donc, mais le nouveau suscite les opportunismes. Or, l'attitude des cybermarchands prête suffisamment le flanc à la critique pour ne pas lui donner une sorte de justification morale face à l'opportunisme de certains filous qui savent se servir de l'outil de communication.

---

63. Cédric MANARA, « Prix erroné résultant d'un bogue informatique », disponible à http://www.avocat-consultant.com/news/display.cgi?serial=85. L'auteur cite une décision en ce sens du Tribunal de grande instance de Strasbourg,
64. *Union des consommateurs* c. *Dell Computer*, précitée, note 57.

Partie 3 – Voies de solution envisageables

Dénoncer ne suffit pas. Étant donné le caractère ambitieux de notre approche, nous nous autoriserons à développer certaines avenues qui nous semblent envisageables. Celles-ci peuvent selon nous être recherchées aux trois niveaux d'interventions juridiques que sont la théorie, le droit positif et la réalité que l'on cherche à encadrer. En effet :

> au premier échelon, nous aurons les *principes théoriques directeurs* qui servent de bases aux règles applicables. Le deuxième est justement le *droit positif* tel que les lois, décisions jurisprudentielles, usages et pratiques, toutes induites de la première catégorie. Les règles juridiquement plus informelles, tels que les usages par exemple, auront nous le verrons une importance particulière dans le domaine du commerce électronique, étant donné la nouveauté du processus, la pénurie de normes formelles en la matière, la souplesse qu'ils permettent. Enfin, le dernier correspond à la *réalité vivante*, objet de la réglementation. Le « bon droit », produit d'un « bon système juridique », correspondrait donc à cette étape intermédiaire, entre théorie et réalité, tentant de trouver une cohérence tant avec ce qui se fait, qu'avec ce qui se pense.[65]

Nous envisagerons les solutions susceptibles d'intervenir à chacun de ces trois niveaux.

A. Contrat de cyberconsommation et théorie

Sur le plan théorique d'abord, il y a assurément place à ce que des développements additionnels soient proposés à l'égard du contrat de cyberconsommation. Sur le plan historique d'abord, nous croyons que si le contrat de consommation en général a donné lieu dans les années soixante-dix à une prise de conscience quant à la nécessaire protection qui devait lui être octroyée, par la doctrine ou par les lois, le mouvement s'est depuis passablement essoufflé. En effet, la *Loi sur la protection du consommateur*[66] de 1978 n'a pas été fondamentalement refondue malgré une réalité différente et un organisme de contrôle, l'Office de la protection du consommateur, dont les moyens ont été passablement amputés. Sur le plan doctrinal, on peut aussi constater certains courants marqués désormais anciens, dont la popularité est aujourd'hui moindrement consacrée, et qui avaient réellement à cœur d'assurer une meilleure

65. Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 17.
66. L.R.Q., c. P-40.1.

protection de la partie faible. On peut notamment évoquer les questionnements critiques sur les contrats d'adhésion du professeur Masse[67]. Mentionnons aussi la considération du contrat comme « bien » d'Arthur A. Leff selon lequel il doit être analysé :

> comme un document écrit, préfabriqué par des conseillers juridiques, imprimé en millions d'exemplaires, distribué dans toutes les instances d'un réseau de mise en marché, promu par des campagnes publicitaires, offert aux consommateurs, acheté par eux et en quelque sorte consommé au fur et à mesure de son utilisation. Vu dans cette perspective phénoménale, le contrat devient lui-même un objet de consommation, un bien technique standardisé, un produit éventuellement défectueux et potentiellement dangereux.[68]

Outre cette perspective pour le moins iconoclaste dont l'essence s'éloigne radicalement de l'approche classique basée sur la volonté, l'on peut aussi ajouter le courant du « plain English » qui, toujours à la même époque, a tenté de lutter contre la juridicisation à outrance de contrats destinés à des non-spécialistes[69]. La consommation a donc perdu un peu de sa verve, et ce, en dépit du vent de fraîcheur que le *Code civil du Québec,* a il faut bien le dire, consacré.

Ensuite, et toujours dans la même veine, il y a sans doute une réflexion à continuer, car le phénomène n'est pas nouveau, à spécifiquement reconsidérer la place du « vouloir », de la « volonté » dans de pareils contrats[70]. Car le constat peut être fait : au regard des

---

67. C. MASSE, *op. cit.*, note 1, p. 110.
68. Jean-Guy BELLEY, « La *Loi sur la protection du consommateur* comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude LAFOND, *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 126.
69. Voir Carl FELSENFELD et Alan SIEGEL, *Writing Contracts in Plain English*, St. Paul, Minn., West, 1981 ; Jeffrey DAVIS, « Protecting Consumers from Overdisclosure and Gobbledygook : an Empirical Look at the Simplification of Consumer-Credit Contracts », (1977) 63 *Virginia Law Review* 841 ; Robert C. DICK, « Plain English in Legal Drafting », (1980) 18 *Alberta Law Review* 509 ; Carl FELSENFELD, « The Plain English Movement in the United States », (1981) 6 *Canadian Business Law Journal* 408 ; David M. LAPRAIRIE, « Note Taking the "Plain Language" Movement too far : The Michigan Legislature's Unnecessary Application of the Plain Language Doctrine to Consumer Contracts », (2000) 45 *Wayne Law Review* 1927-1952. Voir aussi Melvin A. EISENBERG, « The Limits of Cognition and the Limits of Contract », (1995) 47 *Stanford Law Review* 211 ; Melvin A. EISENBERG, « Text Anxiety », (1986) 59 *Southern California Law Review* 305.
70. Voir par exemple, Ian R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 691 ; Grant GILMORE, *The Death of the Contract*, Columbus (Ohio), State University Press, 1974. Pour plus de développements sur le sujet, voir V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 65, p. 33-41.

jurisprudences étudiées, souvent, trop souvent, les juges vont considérer des contrats comme valides sur la base de la volonté présumée des consommateurs, et ce, en dépit des mesures d'ordre public relatives aux clauses abusives notamment. Certes, ce critère rassure : il assure la continuité d'une règle ancestrale tout en apportant une certaine forme de prévisibilité ainsi qu'une responsabilisation des parties au contrat[71]. Or ces objectifs fort louables pourraient être satisfaits en assurant une plus grande formalisation du consentement.

Cette plus grande formalisation s'entend d'autant plus dans un contexte électronique où la perte de matérialité du papier doit être compensée[72]. Ainsi, « moins on est capable d'« ancrer » le contrat sur du matériel physique et plus il est nécessaire d'établir un « processus » formel pour compléter cette perte de matérialité »[73]. Le contrat électronique est donc en soi plus formel que le contrat papier qui bénéficie de la forme inhérente à ce support physique.

B. Contrat de cyberconsommation et réalité vivante : l'approche pluridisciplinaire

Face à la complexification de nos sociétés, face aussi à la nécessaire interaction entre le droit et ce que celui-ci tente d'encadrer, l'une des approches possibles est celle de la multidisciplinarité. Le commerce électronique est un domaine hybride, « bâtard », un domaine de convergence de matières qui n'avaient pas normalement pour habitude d'être confrontées. Aussi, le droit se doit d'intégrer des réalités qui sont à la fois commerciales, communicationnelles et technologiques ; souvent les trois à la fois.

– *Réalité technologique*

Il faut en effet regarder ce que la technologie est en mesure d'offrir afin d'accentuer le respect des éléments constitutifs du

71. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat – Formation,* 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 346 : « le contrat ne remplit son rôle social que s'il met en application les principes de liberté et de responsabilité des parties, et de sécurité juridique. Celui de *liberté* tend à faire prévaloir la volonté interne, psychologique. [...]. Mais le principe de *responsabilité*, inséparable du précédent, met l'accent sur les devoirs qui s'attachent à l'usage de la parole. »
72. Sur le fait que le contrat électronique est davantage formel que le contrat sur support papier, voir V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 65, p. 83 et s.
73. Vincent GAUTRAIS, « Les contrats on-line dans la théorie générale des contrats : le contexte nord-américain », (2000) 17 *Cahiers du CRID* 107-128, 112.

contrat de cyberconsommation. Il est par exemple tout à fait envisageable de s'assurer que les contrats mis à la disposition des parties, et principalement de l'adhérent-consommateur, soient personnalisés en fonction de paramètres préalablement identifiés. Ainsi, selon la provenance du consommateur, on pourrait déterminer le droit applicable, droit applicable où les spécificités seraient éventuellement intégrées dans les clauses ; selon l'enjeu en cause, la procédure de règlement des différends pourrait être différente ; selon le type de produit vendu, certaines garanties pourraient être assurées, le nom des parties serait directement intégré dans le document contractuel, assurant une autre forme de personnalisation, etc. Toujours dans le même ordre d'idées, il serait techniquement aisé de notifier par courriel au consommateur qu'un commerçant modifie un contrat, en identifiant clairement les clauses ajoutées ou modifiées. Cette personnalisation, outre les avantages commerciaux que nous verrons plus loin, pourrait permettre une amélioration sensible de la prise de conscience volontaire : de l'utilisation d'applications multimédias, à la mise en place de procédés où des contrats clé en main pourraient être conclus[74]. Ainsi, le contrat serait généré par suite de la saisie, par le consommateur lui-même, d'un questionnaire lui permettant de surcroît de se responsabiliser.

– *Réalité communicationnelle*

À la suite des commentaires sur les distinctions communicationnelles décrites dans la première partie de ce document, il est également facile d'imaginer des procédés tenant compte de cette réalité. Outre le fait de raccourcir considérablement les contrats, il serait tout à fait opportun de mettre en place des clauses « Images » comme cela se pratique par exemple sur le site « Creative Commons »[75]. Cette organisation, visant à favoriser la création d'œuvres collectives, identifie dans la licence standard les prérogatives que l'auteur veut concéder ou garder. Ainsi, trois logos pour le moins explicites statuent sur le cœur du contrat en ce qui a trait, respectivement, à la paternité, la non-utilisation commerciale, l'intégrité de l'œuvre.

---

74. Dans un contexte voisin et distinct de la consommation, l'expérience a notamment été tentée par l'OCDE qui a mis en place un générateur automatique de politique de vie privée. Cet outil, disponible à http ://cs3-hq.oecd.org/scripts/pwv3/pwhome.htm, permet, en fonction des caractéristiques d'une entreprise, de proposer un document fait sur mesure. Un équivalent serait donc aisément envisageable dans une stricte relation de consommation par exemple.
75. Voir à http://creativecommons.org/licenses/by-nd-nc/1.0/.

Même si ces images, dans cet exemple, apparaissent dans un résumé fort ingénieux où il est spécifié qu'il ne constitue pas le contrat à proprement parler, elles constituent un raccourci fort efficace en ce qui concerne la mise à la connaissance. Ainsi, il serait facile d'imaginer des logos comparables pour le droit applicable, le juge ou l'arbitre compétent, les responsabilités, les clauses pénales, le nombre de fois qu'un fichier peut être téléchargé ou copié, la protection des renseignements personnels, etc. La limite de cette énumération est sans doute la seule imagination des avocats[76], ces mêmes avocats qui ont généralisé la pratique de l'apposition du fameux « © » pour identifier qu'un site est protégé par le droit d'auteur. Bien que cette mention ne soit aucunement exigée par la loi, il s'agit d'un rappel fort efficace, certes non obligatoire, mais qui n'est guère encombrant et qui fait clairement état d'une réalité que l'ayant droit veut préserver.

– *Réalité commerciale*

Sur le plan commercial enfin, là encore, plusieurs principes fondamentaux se dégagent assez nettement afin de profiter au mieux du médium électronique qu'est Internet. D'abord, et nous l'avons déjà souligné quand nous avons évoqué les aspects technologiques, la personnalisation du service, souvent considérée comme l'une des innovations essentielles de l'économie numérique[77], est assurément l'attitude à suivre pour développer la confiance si décriée. Toujours vis-à-vis de cette même finalité, il va

76. Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Livre de poche, nº 945, Paris, p. 111 : « le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ».
77. 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.

sans doute restreindre les possibilités qu'Internet permet. En effet, la vitesse de transaction, qui fut d'abord considérée comme une mesure à suivre (plusieurs gourous annonçaient que le client ne pouvait faire plus de deux clics sans que celui-ci quitte le site pour aller sur celui d'un concurrent), doit être relativisée lorsqu'on est face à une personne relativement vulnérable comme peut l'être un cyberconsommateur[78]. Il importe donc de ralentir le processus de vente afin de s'assurer de la bonne compréhension de l'acheteur ; certaines redondances s'imposent, le processus doit gagner en clarté ; l'éloge de la lenteur est consacré sur Internet. Le travail est donc aussi du côté de l'industrie qui a sans doute intérêt à développer des standards qui intègrent (nous reviendrons sur ce dernier point), comme c'est le cas en économie et particulièrement en économie numérique, le client au centre du processus.

Personnalisation – humanisation – ralentissement – standardisation. Voici les nouveaux outils de la confiance. Une confiance qui est bien sûr la clé de voûte du commerce mais dont l'importance est sans doute encore plus manifeste sur Internet dans la mesure où la distance inhérente au médium est source de doutes à ce sujet[79]. Dans le même ordre d'idée, et étant donné la distance inhérente à la transaction, le contrat constitue un document clé dans la mesure où il est le lien unique entre le commerçant et le consommateur. Le contrat devrait donc être un outil de « marketing ». Le commerçant se devrait de s'adonner à du « marketing contractuel » afin de montrer haut et fort sa diligence qu'il emploie pour rassurer le cyberconsommateur.

Il s'agit encore, certes, d'une vue de l'esprit et d'une perspective futuriste. Néanmoins, en attendant demain, l'attitude recherchant la satisfaction et la considération du destinataire adhérent nous paraît être la voie à suivre. Faire en sorte que l'après-demain suive une voie contraire à celle que l'on voit trop souvent se dessiner

---

78. Jacques NANTEL et Abdelouahab MEKKI-BERRADA, « L'efficacité et la navigabilité d'un site Web : rien ne sert de courir, encore faut-il aller dans la bonne direction », (2004) 29-4 *Revue Gestion*, disponible à http://www.hec.ca/chairerbc/indexf.htm : « la performance d'un site, en matière de navigabilité, ne réside pas dans sa capacité de générer rapidement l'information désirée mais plutôt dans sa capacité de la générer avec le moins de frustration et de culs-de-sac pour le consommateur. »
79. Sur la notion de confiance, Pierre TRUDEL, « Renforcer la protection de la vie privée dans l'État en réseau : l'aire de partage de données personnelles », (2004) 110 *Revue française d'administration publique* 257, 259-260.

actuellement. Le commerce électronique est encore à la recherche de la plus-value qu'il est susceptible d'offrir à ses clients pour se distinguer du commerce traditionnel.

En outre, il est désormais possible de responsabiliser le client sur l'attitude qu'il se doit de tenir, notamment quant à la sécurité à maintenir, quant à la diligence à suivre, et ce, d'une manière totalement différente du commerce traditionnel ; cela ne peut néanmoins se faire que s'il a été préalablement et convenablement prévenu de ses obligations à cet égard[80]. Il pourrait ainsi commencer à matérialiser ces deux qualités dans le cadre même de ses relations juridiques.

Le droit est donc, nous croyons, un outil pour rassurer le cyberconsommateur, un outil pour raffermir la confiance déficiente dans le commerce électronique, et ce, notamment, s'il respecte son rôle de protection des plus démunis. En proposant davantage de protection, sur le plan du fond du droit, des intitulés et de la forme comme nous venons de le voir, il est en mesure d'apporter de la maturité à ce secteur encore balbutiant.

C. Contrat de cyberconsommation et droit positif : les sources à reconsidérer

Malheureusement, du moins si l'on se situe dans la perspective des cyberconsommateurs, une bonne partie du droit évoqué dans les précédentes pages demeure prospectif. Les sources sont en effet soit des sources législatives anciennes et donc partiellement adaptées, soit de la jurisprudence ancienne ou étrangère. Enfin, il y a lieu de s'interroger sur le rôle que pourraient avoir les

80. Certains services électroniques, notamment dans le domaine bancaire, ne sont pas sans incidences sur les responsabilités des consommateurs. En effet, un partage des responsabilités est opéré, ce dernier ayant au moins l'obligation de gérer convenablement son numéro d'identification personnel, ce qui est normal du fait du caractère processuel de la transaction. Néanmoins, il importe qu'un contrôle des clauses contractuelles imposant d'autres mesures de sécurité au consommateur soit effectué. Les contrats relatifs à l'émission des cartes de crédit ont fait l'objet, dans la plupart des pays du monde, de discussions entre les intérêts catégoriels impliqués (émetteurs de cartes, commerçants, associations de consommateurs, gouvernement) ainsi que de lois (instaurant notamment un système d'assurance). Il serait intéressant qu'une même démarche soit faite sur jusqu'où on peut aller dans l'imposition de responsabilités aux consommateurs.

usages qui ne sont pas totalement absents en la matière. Loi, jurisprudence et usages ; trois sources qu'il convient de considérer dans l'hypothèse des contrats de cyberconsommation.

– *Adaptation des lois*

Les lois, nous en avons vu certaines, sont pour plusieurs anciennes ; d'autres, plus récentes, tentent de gérer plus spécifiquement la réalité des technologies de l'information. Sans prétendre à l'exhaustivité, il y a évidemment le *Code civil du Québec* dont les dispositions sur le contrat sont assez facilement transposables à la situation cybernétique. Certes, comme on l'a vu précédemment, le contrat électronique diffère de son équivalent papier mais le plus souvent dans le cadre des mêmes principes. Aussi, nos critiques à ce sujet, que ce soit pour la mise à la disposition de l'information ou lors du consentement à proprement parler, ne portaient pas sur la non-adaptation du droit à la nouvelle réalité ; au contraire, il s'agissait de l'oubli des sites Internet à appliquer les principes juridiques fondamentaux. Et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*[81] n'a pas cru bon de développer la question du consentement électronique. Au plus, il est possible de trouver l'article 35 qui évoque l'utilisation de formulaires en ligne qui nécessite la mise en place d'un certain formalisme[82]. Selon ce dernier, le commerçant doit, d'une part, permettre au partenaire de corriger les erreurs qui se seraient glissées lors de la saisie des données ; d'autre part, il doit offrir des instructions claires sur la façon de procéder. En revanche, outre les principes généraux, il est possible de vérifier que le droit de la consommation n'est pas toujours pleinement adapté au cyberespace. Aussi, certains articles de la *Loi sur la protection du consommateur*[83] font problème dès lors que l'on tente

81. L.R.Q., c. C-1.1.
82. *Ibid.*, art. 35 : « La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire. »
83. L.R.Q., c. P-40.1.

de les appliquer à Internet[84]. La mise en œuvre d'une pareille loi aurait aussi l'avantage de mettre de l'avant certains éléments de fond que nous avons évoqués dans la partie 2 du présent document. Pourtant, la réforme annoncée de cette loi tarde à se manifester. Cet état de fait est d'autant plus problématique que le Québec est très en retard vis-à-vis d'autres pays ou provinces, que le droit de la concurrence manque de mordant au Canada pour protéger le consommateur, que l'Office de protection du consommateur a perdu une grande partie des moyens dont il disposait à l'origine. La consommation, et par voie de conséquence, la cyberconsommation, ne bénéficie peut-être plus de la ferveur des parlementaires.

Pourtant, il serait facile d'imaginer de nouvelles dispositions pour encadrer les contrats de cyberconsommation en formalisant le consentement de l'adhérent par un système de double-clic, en obligeant le commerçant à archiver certaines données, à permettre au consommateur d'imprimer le contrat, et à préciser certaines difficultés substantielles qui ne seraient actuellement que sous le seul contrôle, quelque peu approximatif, des clauses abusives.

– *Adaptation de la jurisprudence*

Nous l'avons vu, la jurisprudence sur la question est quasi inexistante. Presque par cynisme, que ce soit sur la base des décisions *Rudder*[85], *Kanitz*[86] en Ontario, *Dell*[87] au Québec, quand nous avons des décisions spécifiques à la cyberconsommation, nous croyons malheureusement que la protection de la partie faible est soit mal assurée, soit utilisée pour satisfaire certaines actions opportunistes. Dans le même ordre d'idées, plusieurs décisions interprétant la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* laissent présager de la même manière une difficulté d'appréhender un texte et un domaine d'ordre technique.

– *Adaptation de la notion d'usage*

Mais au-delà de ces sources traditionnelles, nous croyons qu'une direction qui mériterait davantage de considération est celle

84. L'on peut par exemple penser aux articles 22 (et 309 du règlement), 19, 20 et 21, etc.
85. *Rudder* c. *Microsoft*, précitée, note 27.
86. *Kanitz* c. *Rogers Cable*, précitée, note 12.
87. *Union des consommateurs* c. *Dell Computer*, précitée, note 57.

des usages. Bien que ce concept soit pour le moins polémique, chaque auteur en ayant une perception variable de celui-ci, l'écho de la communauté qui se traduit par cette source présente des atouts indéniables. Car parmi les difficultés que nous avons évoquées et dénoncées, une bonne partie est peut-être causée par plus d'ignorance que de mauvaise foi. Le domaine est neuf ; les façons de faire demeurent incertaines. Sans doute, il y aurait donc lieu d'établir des standards qui puissent plus précisément guider les acteurs commerciaux. Ainsi, au-delà des codes de conduite que nous avons pu citer, et qui sont d'une utilité véritable, il y aurait intérêt à ajouter une étape supplémentaire vers plus de concret en établissant des contrats qui soient propres à un secteur d'activité donné. Ainsi, à la suite d'un processus d'échange favorisant le consensus entre tous les intérêts catégoriels en jeu, il serait pour le moins profitable de proposer aux communautés commerçantes des contrats ayant une forme et un fond que nous croyons en conformité tant avec le droit qu'avec plusieurs éléments de nature commerciale, technologique, communicationnelle. Au même titre que les banques qui participèrent au début des années quatre-vingt à établir des standards quant au contenu contractuel lié aux cartes de crédit émergentes, il serait profitable pour le plus grand nombre de répéter l'exercice en ce qui a trait aux contrats de cyberconsommation.

Évidemment, cette perception des usages diffère quelque peu de celle qui est la plus communément consacrée. En effet, un usage tend à être perçu comme une source provenant de la communauté, dont la nature est soit contractuelle, soit normative[88] et dont les critères de reconnaissance sont la fréquence, l'ancienneté, la généralité, la raisonnabilité[89]. Au contraire, si tels devaient être leurs critères, les pratiques décriées pourraient être validées par le droit tant certaines d'entre elles sont fréquemment utilisées. Aussi, si nous manifestons notre suspicion vis-à-vis des pratiques de nature « substantielle » provenant de la communauté, nous croyons en revanche que des attentes fort louables pourraient découler d'usages de nature « institutionnelle »[90], au même titre que les productions du Bureau de la consommation d'Industrie Canada et de l'OCDE. Bien sûr, pour consacrer cette vision des usages, encore

88. Voir sur cette distinction V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 57, p. 229 et s.
89. Par exemple, *Caisse populaire Desjardins St-Coeur-de-Marie* c. *Foresterie Bertrand Lapointe*, J.E. 94-668 (C.S.).
90. V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 57, p. 269 et s.

faudrait-il prévoir d'autres critères que les susnommés, ceux-ci ne correspondant pas aux usages institutionnels. Il y aurait alors lieu de s'interroger sur la mise en place de critères qui évalueraient la qualité d'usages sur la base de leur légitimité, de la qualité du processus d'échange, de la représentativité des organismes impliqués, etc.

CONCLUSION

Le droit n'est pas un domaine figé. Il se doit comme nous l'avons vu d'évoluer en tentant de calquer au mieux la réalité vivante qu'il se doit d'encadrer. D'un autre côté, il est par essence une science de la réaction, de beaucoup de prétendre, tel Goethe, qu'une injustice est plus souhaitable qu'un désordre ou, comme Cicéron, que « le droit commence là où s'arrête la vérité ». Une mesure s'impose donc entre deux directions contraires (fidélité descriptive – sécurité juridique ou prévisibilité) auxquelles le droit ne peut pas faire dos.

Les présents propos s'inscrivent dans une tentative de conciliation entre ces deux objectifs. Il nous apparaît pourtant que des changements significatifs apparaissent tant sur les questions de fond que sur celles de forme des contrats de cyberconsommation. Un hiatus entre droit et pratique s'amorce donc de façon trop flagrante pour qu'on puisse ne pas le prendre en compte. Nous nous sommes donc attaché à préconiser une approche romantique de la question[91]. À l'instar du romantisme littéraire, il s'agit d'une attitude consistant à rejeter classicisme et rationalisme, et par extension, idées reçues ou habitudes désuètes.

91. Julien BONNECASE, *Science du droit et romantisme, le conflit des conceptions juridiques en France de 1800 à l'heure actuelle*, Paris, Sirey, 1928.