Document généré le 24 avr. 2024 18:14

Revue générale de droit

Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage!

Vincent Gautrais

Volume 37, numéro 2, 2007

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1027090ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1027090ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Gautrais, V. (2007). Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage! *Revue générale de droit*, *37*(2), 407–444. https://doi.org/10.7202/1027090ar

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007

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/

Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage!

VINCENT GAUTRAIS
Professeur agrégé, Faculté de droit de l'Université de Montréal
Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques

SOMMAIRE

Introduction — C'est grave? 409

1. Dommage sur le plan théorique : le mythe de la neutralité 412
   1A. Droit et neutralité 413
   1B. Technologie et neutralité 418
2. Dommage sur le plan pratique 421
   2A. Lecture en ligne 422
   2B. Communication et hyperliens 427
3. Dommage sur le plan du droit positif 432
   3A. Critique de l'accessibilité 434
   3B. Quête d'un nouveau critère 436

Conclusion 441

1. L'affaire est d'envergure, tant par ses enjeux que par l'ampleur de ce long jugement de 141 pages. La surprise est également de taille et la Cour suprême est allée dans une direction qui ne s'imposait pas, en formulant dans l'affaire *Dell Computer* c. *Union des consommateurs*[1] un avis en

1. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 (CanLII), disponible [En ligne]. http://www.iijcan.org/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html.

plusieurs points contraire aux jugements à la fois de la Cour d'appel[2] et de la Cour supérieure[3].

> [121] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de renvoyer la demande de M. Dumoulin à l'arbitrage et de rejeter la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, le tout avec dépens.[4]

2. D'ailleurs, dès son incipit — un incipit conforme à la portée de cette technique littéraire[5] — le ton est aussitôt donné dans cet arrêt où l'on met en exergue l'importance de l'arbitrage par rapport à la justice traditionnelle[6]. Aussi, c'est bien naturellement que tant la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada[7] que le Centre pour la défense de l'intérêt public[8] publièrent des communiqués d'humeur chagrine. Nous l'étions aussi en ce vendredi 13 juillet 2007, date de la publication de la décision, et après lecture et relecture, nous le sommes encore, un peu.

3. Ce présent commentaire, personnel et subjectif, tente d'exprimer un sentiment non de désespérance mais d'occasions manquées; il est en effet dommage que la Cour suprême n'ait pas fait preuve de plus d'innovation et préférât adopter

---

2. *Dell Computer Corporation* c. *Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (CanLII), disponible [En ligne]. http ://www.canlii.ca/fr/qc/qcca/doc/2005/2005qcca570/2005qcca570.html.

3. *Union des consommateurs* c. *Dell Computer Corp.*, 2004 CanLII 32168 (C.S.), disponible [En ligne]. http ://www.canlii.ca/fr/qc/qccs/doc/2004/2004canlii32168/2004canlii32168.html.

4. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1.

5. Selon le site Wikipedia, l'un des rôles alloués à l'incipit est le suivant : « Il noue le contrat de lecture en indiquant au lecteur le code qu'il doit utiliser dans le cadre de sa lecture; bref, il place différents signes annonciateurs du genre littéraire auquel il appartient ». En savoir plus, [En ligne]. http ://fr.wikipedia.org/wiki/Incipit.

6. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 1 : « La multiplication des échanges commerciaux alimente sans contredit le développement des normes régissant les relations internationales. Les modes amiables de règlement des litiges, dont l'arbitrage, font partie des moyens que la communauté internationale a retenus afin d'améliorer l'efficacité des rapports économiques. De façon concomitante, au Québec, l'arbitrage a pris un essor considérable en raison de la flexibilité que ce régime offre par rapport au système de justice traditionnel. »

7. En anglais : CIPPIC; voir le communiqué de presse, disponible [En ligne]. http ://www.cippic.ca/en/news/documents/NEWS_RELEASE-Dell-13July07.pdf.

8. En anglais : PIAC; voir le communiqué de presse, disponible [En ligne]. http ://www.piac.ca/consumers/bad_luck_for_consumers_supreme_court_leaves_online_consumers_to_fend_for_themselves/.

une position que nous qualifierions de libérale, permissive, « promarchande ». Aussi, en ces quelques lignes uniquement dédiées à la qualité qu'un consentement doit avoir dans un environnement électronique, nous aurions aimé que la Cour fasse preuve de plus d'audace, en reconnaissant ce que nous croyons être un état de vulnérabilité qui caractérise le consommateur électronique dans le contenu contractuel qui est mis à sa disposition. Une couleur donc, qui a une incidence certaine sur le critère de l'accessibilité sur lequel se base la Cour suprême pour qualifier la connaissance du consommateur adhérant au contrat en ligne et qui nous paraît sujet à critique. Mais avant cela, quelques mots introductifs visant à atténuer, un peu, la portée générale de cette décision.

INTRODUCTION — C'EST GRAVE?

4. D'ores et déjà, il importe de dire que le jugement de la Cour suprême autorise une attitude que nous venons de qualifier de permissive quant à la formalisation du consentement de l'adhérent. Dans les faits, il s'agissait de déterminer si un contrat, sous l'appellation « Conditions de vente » et accessible sur la page d'un formulaire en ligne au moyen d'un lien hypertexte surligné en bleu, a été conclu par le « consommateur-adhérent ». La réponse donnée est assez claire : « oui », il y a contrat. « Oui », l'acheteur ne pouvait pas ne pas connaître le contenu de cette page et « oui », une telle organisation du processus contractuel est valide.

5. Malgré tout, il est possible, d'apporter deux nuances à ce constat très « procommerçant » où les juges introduisent bien peu de contraintes quant à la formalisation de l'adhésion.

6. D'abord, la *Loi sur la protection du consommateur* a été récemment modifiée au Québec[9] tout comme en Ontario[10],

9. *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, Projet de loi 48, adopté le 14 décembre 2006, 2e session, 37e législature (Québec), disponible [En ligne]. http ://www.gautrais.com/IMG/pdf/lpc14122006.pdf. L'amendement législatif est en vigueur dans sa totalité depuis le 15 décembre 2007 et peut donc être trouvé également dans la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, [En ligne]. http ://www.canlii.org///qc/legis/loi/p-40.1/.

10. *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, [En ligne]. http ://www.canlii.org/on/legis/loi/2002c.30ann.a/.

rendant notamment la question de l'arbitrage de consommation quelque peu historique, du moins dans ces deux provinces. Mais de façon plus pertinente à notre propos relatif au consentement, cet amendement législatif introduit une nouvelle « arme » avec l'article 54.4 *in fine* qui dispose, pour tous les contrats à distance :

> Le commerçant doit présenter ces renseignements **de manière évidente et intelligible** et les porter **expressément** à la connaissance du consommateur.[11] (Nos soulignés.)

7. Ainsi, et indépendamment de la question de savoir si l'encadrement de la clause externe de l'article 1435 C.c.Q. est applicable ou non, ce que nous reverrons plus tard, on dispose désormais d'un nouveau seuil de connaissance passablement élevé qui fera l'objet sans aucun doute dans le futur à l'interprétation des juges. En effet, il faudra « tester » la légalité des contrats par rapport à ce nouveau « standard » de connaissance, standard qui est rigoureusement le même que celui utilisé en Ontario pour les conventions électroniques, et ce, depuis le 30 juillet 2005[12].

8. La succession des deux qualificatifs et de l'adverbe dans le libellé de l'article 54.4 L.P.C. est, selon nous, une reconnaissance des pathologies communicationnelles de l'écran et de la nécessité d'y remédier par une connaissance renforcée du consommateur. C'est une façon de faire très « civiliste » qui présente l'avantage, du moins nous le croyons, de résister à l'épreuve du temps. Et grâce à ces termes généraux, nul doute que la jurisprudence pourra interpréter la présentation des contrats de façon similaire à ce qui vient d'être fait aux États-Unis dans l'arrêt *Feldman* v. *Google*[13] où le juge, interprétant un contrat de cette société sur la base de principes généraux du droit, le considéra comme respectant des critères d'information suffisants au regard de sa forme, de sa lisibilité, de sa longueur et, plus généralement, de l'effort entrepris par le

11. *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, Projet de loi 48, précité, note 9.

12. *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, précitée, note 10.

13. *Feldman* v. *Google*, disponible [En ligne]. http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0411P.pdf.

marchand pour s'assurer d'une connaissance du contenu contractuel par l'adhérent[14].

9. Ensuite, les juges de la majorité prirent un soin particulier à répéter que la preuve n'a pas été faite des prétendues carences du consentement de l'acheteur-consommateur. À plusieurs reprises, ils évoquèrent ces lacunes probatoires; en effet, les juges se limitèrent à considérer que ni les arguments liés à l'accès[15], à la lisibilité[16], au repérage ou à la compréhension des documents[17], ni ceux liés au caractère abusif[18] ne constituèrent des preuves suffisantes pour étayer le point de vue de l'intimé. D'ailleurs, le mémoire déposé par les intimés

14. Lire sur le blogue www.gautrais.com, le billet de Miriam COHEN, *Contrat clickwrap validé aux États-Unis*, 9 avril 2007, [En ligne]. http://www.gautrais.com/Contrat-clickwrap-valide-aux-Etats, citant le paragraphe suivant : « The type of contract at issue here is commonly referred to as a "clickwrap" agreement. [...] To determine whether a clickwrap agreement is enforceable, courts presented with the issue apply traditional principles of contract law and focus on whether the plaintiffs had reasonable notice of and manifested assent to the clickwrap agreement. [...] AdWords Agreement gave reasonable notice of its terms. In order to activate an AdWords account, the user had to visit a webpage which displayed the Agreement in a scrollable text box. [...] [T]he text of the AdWords Agreement was immediately visible to the user, as was a prominent admonition in boldface to read the terms and conditions carefully, and with instruction to indicate assent if the user agreed to the terms. That the user would have to scroll through the text box of the Agreement to read it in its 14 entirety does not defeat notice because there was sufficient notice of the Agreement itself and clicking "Yes" constituted assent to all of the terms. The preamble, which was immediately visible, also made clear that assent to the terms was binding. The Agreement was presented in readable 12-point font. It was only seven paragraphs long — not so long so as to render scrolling down to view all of the terms inconvenient or impossible. A printer-friendly, full-screen version was made readily available. The user had ample time to review the document. »

15. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 102 : « Sans plus de preuve quant aux difficultés d'accès, j'estime que l'argument ne peut être retenu. »

16. *Id.*, par. 103 : « [...] que, suivant les seuls faits figurant au dossier et sans le bénéfice d'un argument précis sur le caractère illisible ou incompréhensible de la clause d'arbitrage, ma conclusion aurait été la même si l'Union avait aussi plaidé que la clause était illisible ou incompréhensible au sens de l'art. 1436 C.c.Q. ».

17. *Id.*, par. 103 : « [...] il n'a été présenté aucune preuve permettant de conclure que le texte était difficile à repérer à l'intérieur du document, ou qu'il était difficile à lire ou à comprendre ».

18. *Id.*, par. 104 : « Je souligne également que, devant notre Cour, l'Union a plaidé, de façon générale, le caractère abusif de la clause d'arbitrage. Ce moyen repose sur la prohibition prévue à l'art. 1437 C.c.Q. Cependant, comme l'Union n'a présenté aucun argument à l'appui de cette allégation, je me limiterai à constater que l'Union n'a pas démontré le bien-fondé de celle-ci. »

est pour le moins évasif[19], affirmant beaucoup mais ne démontrant que bien peu de choses, disposant d'une liste d'autorités, canadiennes ou étrangères, excessivement sommaire[20], se limitant, selon nous, à répondre à certaines prétentions, calquant de surcroît sa structure à celui du mémoire des appelants.

10. Le seul bon aspect de ce manque de preuve est que l'affirmation quant à l'existence du consentement semble donc ne pas devoir être considérée dans l'absolu et laisse la porte ouverte pour l'avenir.

11. Pourtant, en dépit de ces limitations quant aux effets que la décision est susceptible d'avoir dans l'avenir, il n'en demeure pas moins que nous trouvons dommage que la Cour n'ait pas « osé » davantage, qu'elle n'ait pas fait « preuve » des « libertés » qu'elle n'hésite pas à s'octroyer dans des domaines comme le droit constitutionnel par exemple, mais aussi, parfois, dans le domaine commercial, même s'il s'agit peut-être d'un autre temps[21]. Une retenue a sans contredit caractérisé cet arrêt qui, et ce sera l'opinion qui se dégagera des prochaines lignes, a un effet négatif tant du point de vue théorique (1) que pratique (2) et au regard du droit positif et du nouveau critère d'accessibilité (3). Et c'est sans doute dommage.

1. DOMMAGE SUR LE PLAN THÉORIQUE : LE MYTHE DE LA NEUTRALITÉ

12. Mais avant toute chose, il convient de reconnaître que le présent commentaire est teinté d'une opinion personnelle et

19. Mémoire disponible, [En ligne]. http://www.mcgill.ca/files/arbitration/DellRespondent.pdf.

20. *Id.*, p. 38.

21. Sans développer davantage, il s'agit notamment de la trilogie souvent citée en droit commercial des arrêts *Soucisse* (*Banque Nationale du Canada* c. *Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339), *Houle* (*Banque Nationale du Canada* c. *Houle*, [1990] 3 R.C.S. 122) et *Bail* (*Banque de Montréal* c. *Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554) qui ont adopté des positions jugées comme étant « progressistes », introduisant l'utilisation de principes flous pour combler la vulnérabilité de certaines des parties, conformément aux « normes de justice contractuelle trouvant expression dans le respect de l'ordre public et de la réglementation impérative du contrat, les exigences de la bonne foi, la recherche de l'équilibre et la promotion du raisonnable », dans Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, 751-752 (les notes de bas de pages ont été enlevées).

subjective, tout comme, nous semble-t-il, la décision étudiée elle-même. En effet, cet arrêt nous montre ô combien le droit n'est pas neutre, et en lisant ou écoutant — tout comme lors de la conférence sur « l'après-*Dell* »[22] —, les personnes intéressées à cette affaire, il est frappant de constater que des « couleurs » s'opposent sur le sujet et que celles-ci impressionnent, au sens photographique du terme, les critères qui sont mis de l'avant. Que ce soit sur les trois questions en jeu dans cette décision, à savoir, l'arbitrage, le recours collectif et le consentement, l'opposition entre les points de vue « promarchands » et « proconsommateurs » est clairement palpable. Plus que beaucoup d'autres, cette décision de la Cour suprême témoigne de la réponse que le droit se doit de donner dans la quête d'équilibre entre le juste et l'utile. Et nous touchons là aux fonctions même du droit (1A).

13. Ensuite, et toujours avec une façon que nous souhaiterions plus conceptuelle, l'arrêt *Dell* traduit, d'après nous, l'idée selon laquelle, face à un domaine vierge, il importe de comparer avec le vieux, en l'occurrence, ici, le papier. Pourtant, nous croyons que les technologies ne sont pas neutres non plus et présentent des spécificités qui rendent les tentatives d'analogies dans bien des cas difficiles à faire (1B).

1A. DROIT ET NEUTRALITÉ

14. Victorio Villa[23], notamment[24], a identifié les deux fonctions fondamentales du droit : la première est de coller à la réalité des choses, cherchant au mieux à correspondre à une fidélité descriptive satisfaisante entre le droit et la « réalité

22. Voir l'information disponible [En ligne]. http://www.gautrais.com/-L-apres-Dell-Etat-du-droit-ou-.

23. Victorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

24. Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, coll. « les voies du droit », Paris, P.U.F., 1985, p. 106-107. Cet auteur, sans prendre vraiment partie, présente les diverses fonctions que peuvent suivre une bonne théorie : ce peut être « celle qui rend mieux compte du droit positif, [...] celle qui fournit des réponses satisfaisantes [...] aux questions nouvelles » ou celle qui favorise « la sélection de solutions justes ». Même chose chez A.S. BURROWS, « The Will Theory of Contract Revived — Fried's "Contract as Promise" », (1985) *38 Current Legal Problems* 141, 150.

vivante »[25] qu'il tente d'encadrer. La seconde est construite, empreinte de subjectivité, nécessairement, et vise à préconiser une position, à établir un choix entre différentes catégories d'intérêts qui s'opposent. Le « bon droit » est donc celui qui parvient à la fois à être en adéquation avec le réel et aussi en conformité avec une construction subjective cohérente et déclarée[26], tant avec ce qui se fait, qu'avec ce qui se pense[27].

15. Or, dans cette décision de la Cour suprême, ces « deux modèles généraux de connaissance » de Victorio Villa ne nous apparaissent pas pleinement satisfaits.

16. D'une part, la première fonction du droit est quelque peu oubliée, faisant fi à la fois des différences qu'il existe, selon nous, entre le papier et l'électronique, que ce soit relativement au peu d'effectivité dans la lisibilité du document et donc, de la connaissance par le consommateur du contrat en question ou de l'hypertextualité presque inhérente à la lecture électronique. Nous y reviendrons dans la deuxième partie.

17. D'autre part, dans la réponse subjective que la Cour a donnée dans sa décision, elle a été sourde aux arguments des consommateurs, recevant au contraire ceux de la société Dell. Rien donc sur l'état de vulnérabilité de l'une des parties, ni sur les efforts de Dell visant à s'assurer que les « Conditions de vente » ne soient pas lues, comme cela avait été clairement retenu lors des interrogatoires[28]. Rien non plus sur la tendance du Code civil à reconnaître que le contrat s'interprète en faveur de l'adhérent ou que le contrat d'adhésion dispose d'un certain nombre de protection. En revanche, furent

---

25. Pour reprendre l'expression de Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 57.

26. Peter BLUME, « The Shaping Shape of Legal Sources », dans Peter SEIPEL (dir.), *From Data Protection to Knowledges Machines*, coll. « Computer / Law Series », Deventer / Boston, Kluwer, 1990, p. 167, à la p. 171 : « it is possible to construct a meaningful theory on legal sources and that this theory combines a descriptive and normative perspective ».

27. Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia/Bruylant, 2002, p. 17.

28. Voir à cet égard l'arrêt de la Cour d'appel, *Dell Computer Corporation* c. *Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570, précité, note 2, par. 39 : « Cette clause est rédigée en plus petits caractères et elle se retrouve au bas de la page. Le but avoué de cette méthode d'affichage est de ne pas détourner l'attention de l'utilisateur de l'essentiel, soit l'achat du produit. » La juge Lemelin réfère alors à l'interrogatoire de Shane Cameron, M.A. vol. 2, p. 228 et 299.

retenus, même si ce fut parfois dans la dissidence, les faits selon lesquels les tribunaux se doivent de favoriser l'arbitrage, comme ce fut le cas dans le premier paragraphe[29]. Il ressort également de la décision l'importance de développer, dans ce domaine en essor constant, tant le commerce que les sécurités juridique et commerciale[30]. Encore, on remarque que si les consommateurs décident d'utiliser l'ordinateur, c'est qu'ils acceptent les risques inhérents à ce nouveau mode de commerce[31]. Enfin, on peut y lire que les pratiques de Dell étaient conformes aux « pratiques de l'industrie »[32]. Or, ces trois points m'apparaissent contestables. Plus exactement, ils m'apparaissent être l'illustration d'une inclinaison construite, subjective — ce qui n'a rien à voir avec l'arbitraire — selon laquelle le droit du commerce électronique doit favoriser le commerce et les commerçants, ainsi que les sécurités juridique et commerciale[33].

18. En premier lieu, je ne crois pas que les pratiques contractuelles rendant le droit « obèse » et inaccessible au commun des acheteurs soient des incitatifs de développement

---

29. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 1.

30. Ce qui est expressément repris par la dissidence dans la décision *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 232 : « comme le commerce électronique s'implante de plus en plus solidement dans notre société, les tribunaux doivent songer à favoriser l'objectif de la sécurité commerciale (voir *Rudder* c. *Microsoft Corp.*, (1999) 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J.)) ».

31. *Id.*, par. 232 : « Enfin, le contexte requiert que l'on prête aux personnes qui décident de se lancer dans le commerce électronique une certaine compétence informatique. Comme l'a dit la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Kanitz* c. *Rogers Cable Inc.*, (2002) 58 O.R. (3d) 299 ».

32. *Id.*, par. 238 : « La preuve a démontré que Dell place un hyperlien menant aux conditions de vente au bas de chacune des pages de magasinage de son site, se conformant ainsi aux normes de l'industrie. » Cette expression réfère au document du BUREAU DE LA CONSOMMATION D'INDUSTRIE CANADA, *Votre commerce dans Internet : Gagner la confiance des consommateurs — Un guide pour la protection des consommateurs à l'intention des commerces en direct*, p. 10, disponible [En ligne]. http ://www.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/fr/ca02232f.html.

33. Alain PRUJINER, « Canada — Cour suprême du Canada — 13 juillet 2007 — *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note », (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 1-41. On peut notamment lire dans la conclusion : « Les inquiets seront probablement les défenseurs des consommateurs. Bien sûr, ils ont obtenu une modification de la loi qui rend clairement les clauses d'arbitrage aussi inopposables en droit interne qu'international, mais l'interprétation restrictive donnée à la clause externe des contrats d'adhésion dans le cyberespace marque une forte tendance de la Cour en faveur de la sécurité juridique des rédacteurs de contrats plutôt qu'une préoccupation de protection de l'adhérent. »

commercial. Ceci est contraire aux études en marketing montrant qu'il importe de sécuriser le consommateur en lui faisant bien comprendre ce à quoi il s'engage, quitte à ralentir le processus[34]. Un « marketing contractuel »[35] s'impose donc. Celui-ci permettra d'une part, au consommateur de se sentir plus à l'aise dans sa démarche d'achat, développant ainsi sa confiance. D'autre part, une meilleure prise en compte de la compréhension du consommateur protège le marchand, annihilant ainsi toute tentative du consommateur de remettre en cause le contrat en prétextant qu'il ne savait pas.

19. En deuxième lieu, nous sommes particulièrement peu réceptifs à l'argument qui voudrait que l'internaute, consommateur, assume les risques de l'utilisation d'une technologie dites nouvelle, notamment lorsque le consommateur est informatiquement connaissant. Outre les décisions *Kanitz* et *Microsoft*, précitées dans l'arrêt étudié[36], c'est en effet un réflexe courant que l'on retrouve dans plusieurs jugements[37]. Or, si l'on veut encore une fois que le commerce électronique devienne pleinement adulte, il importe de ne point le considérer comme étant adolescent et irresponsable en responsabilisant au contraire le consommateur davantage que dans le commerce traditionnel. De plus, cette tendance à traiter ce type de commerce différemment du commerce traditionnel ne se justifie sur aucune base économique et financière; la faveur de la sécurité commerciale ne doit pas se faire au

34. 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 [En ligne]. 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 ».

35. Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », (2005) *Revue du Notariat* 617, 645.

36. *Supra*, notes 30 et 31.

37. C'est par exemple le cas dans *Dupéré c. www.voyagesarabais.com*, décision du 4 août 2006 de la Cour du Québec (division des petites créances), 2006 QCCQ 9539, 4 août 2006, AZ-50391392, où il est mentionné : « les demanderesses doivent assumer les conséquences du choix qu'elles ont fait de ne pas utiliser les services d'un agent de voyages qui fournit aide, conseils, connaissances et engage sa responsabilité. Il peut être périlleux d'utiliser un site Internet pour effectuer des transactions quand on est peu familier avec le procédé ». Voir aussi Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 61-130.

détriment de l'internaute. C'est vrai pour ce dernier, tout comme pour le marchand. De surcroît, l'argument souvent évoqué selon lequel l'internaute est compétent en informatique n'en fait pas un juriste averti.

20. Enfin, en troisième lieu, c'est avec malaise que nous recevons l'argument selon lequel le site de Dell est conforme aux normes de l'industrie. En effet, outre l'absence de débat sur le fait que le guide du Bureau de la consommation soit représentatif d'une façon de faire diligente et généralisée[38] et puisse constituer un usage commercial digne d'une source juridique fiable, c'est surtout le fait que l'on y utilise une disposition tout en en oubliant d'autres qui mettent par exemple, l'accent sur l'importance d'une connaissance expresse du consommateur et d'une mise à la connaissance du contenu contractuel qui soit évidente et sans équivoque[39].

21. De plus, et de manière générale, l'on constate à l'appui de cette inclinaison, le retrait volontaire de la Cour suprême qui n'a pas voulu suppléer au silence des lois. Que ce soit lors des audiences du 13 décembre 2006[40] ou dans le jugement lui-même, la Cour suprême n'a donc pas joué ce rôle de créateur du droit, en dépit de ce que disait Giraudoux : « Le droit n'est-il pas la plus puissante des écoles de l'imagination? Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste, la réalité »[41].

---

38. Le document identifié par la Cour suprême n'est en effet pas celui qui donna lieu à l'identification des normes les plus précises sur la question. En effet, le Bureau de la consommation a mis en place, en collaboration avec les provinces et les territoires, un document passablement plus précis et contraignant. Voir le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, disponible [En ligne]. http ://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/fr/fe00064f.html ou BUREAU DE LA CONSOMMATION, « Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet », disponible [En ligne]. http ://www.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/fr/ca01642f_1.html.

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

40. Les questions posées par les juges aux avocats des intimés lors des audiences ont porté à plusieurs reprises sur la pertinence pour un tribunal de traiter d'un domaine qui devrait être — et qui le fut plus tard — envisagé par le législateur. Voir le billet du blogue « Dell et les audiences en Cour suprême », disponible [En ligne]. http ://www.gautrais.com/Dell-et-les-audiences-en-Cour.

41. Jean GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Grasset, 1935, acte 2, scène 5.

22. Bien sûr, et comme nous l'avons mentionné précédemment, la pauvreté du mémoire de l'intimé dont l'absence de preuve, maintes fois signalée par la Cour, n'a pour le moins pas aidé la « cause ». Cause de surcroît peu sympathique dans la mesure où il ne s'agit pas ici, comme dans les affaires *Microsoft* ou *Kanitz*[42], de consommateurs qui « perdent », mais simplement de consommateurs qui ne « gagnent » pas un ordinateur de poche affiché par erreur à un prix erroné. Peut-être que cet opportunisme sous-jacent au débat de fond n'est pas totalement étranger à la décision rendue[43]? Peut-être que la cause ne justifiait pas la mise en place d'une procédure lourde, coûteuse, nécessitant, par le truchement du Fonds d'aide aux recours collectifs créé par la *Loi sur le recours collectif*[44], des fonds publics qui sont souvent rares et qui n'auraient donc pas pu être utilisés pour d'autres causes, plus sympathiques?

1B. TECHNOLOGIE ET NEUTRALITÉ

23. Outre cette absence de neutralité juridique, il y a également un phénomène comparable qui s'applique en ce qui a trait aux technologies. Nous croyons en effet que celles-ci ne sont pas neutres et exigent des règles qui tiennent compte des spécificités qui sont les leurs. Cette croyance imposée afin de satisfaire une bonne adéquation à la réalité vivante dont tout droit se doit de tenir compte, est pourtant susceptible de porter à confusion dans la mesure où, depuis la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*[45], un nouveau principe phare a été introduit dans le Code civil, à savoir le principe de neutralité technologique.

---

42. *Supra*, notes 30 et 31.

43. Vincent GAUTRAIS, « *Dell Computer* c. *Union des consommateurs* : Histoire d'un "Oops"! », (2005) *Cahiers de la propriété intellectuelle* 687, également disponible, [En ligne]. http ://www.gautrais.com/IMG/pdf/Gautrais_CPI_17-3.pdf.

44. *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1, disponible [En ligne]. http ://www.canlii.org///qc/legis/loi/r-2.1/20071114/tout.html.

45. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1, disponible [En ligne]. http ://www.canlii.org///qc/legis/loi/c-1.1/20071213/tout.html.

24. Ce concept présente, pour le moins, des différences d'appréciation selon les auteurs consultés et les sources utilisées. D'ailleurs, une recherche préliminaire et pluridisciplinaire semble clairement dégager que ce principe de neutralité technologique, sans être une spécificité juridique, fait l'objet d'un débat très vif, en philosophie notamment. En effet, et outre le plaidoyer de Marshall McLuhan dans les années 60 selon lequel « le message, c'est le médium »[46], plusieurs scientifiques se sont rendu compte que la technologie a une incidence directe, tant sur la substance et les relations humaines que sur les valeurs qu'elle implique[47]. Davantage ciblés sur nos propos, l'on peut facilement énoncer que les technologies de l'information opèrent des changements suffisamment importants pour considérer qu'elles ne sont pas sans incidences sur le droit[48].

25. Parmi les tentatives de délimitation du concept de neutralité technologique, on peut identifier deux tendances[49]. La première consiste à considérer que ce principe fait référence à ce qu'une loi ne cherche pas, sauf exception, à favoriser une technologie plutôt qu'une autre — l'électronique par rapport au papier — ou l'inverse. La seconde suppose davantage que le traitement juridique d'un document est indépendant du support utilisé, que celui-ci doit être interprété et évalué juridiquement, sans référence directe à son support mais simplement par rapport à la qualité de son contenu. Si nous croyons que la neutralité technologique peut être considérée dans la

---

46. Marshall MCLUHAN, *Understanding Media — The Extensions of Man*, Cambridge, MIT Press, 1994, p. 7, disponible [En ligne]. http ://heim.ifi.uio.no/~gisle/overload/mcluhan/umtoc.html.

47. Gilbert SIMONDON, *Du mode d'existence des objets techniques*, Paris, Aubier, 1958; Jacques ELLUL, *La technicité ou l'enjeu du siècle*, Paris, Armand Colin, 1954; Gilbert HOTTOIS, *Simondon et la philosophie de la « culture technique »*, Bruxelles, De Boeck Université, 1993.

48. Laurence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 2000; Frank EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », (1996) *University of Chicago Legal Forum* 206; Laurence LESSIG, « The Law of The Horse — What Cyberlaw Might Teach », (1999) *Stanford Technology Law Review* 501, aussi disponible [En ligne]. http ://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf.

49. Pour d'autres développements sur le concept, Vincent GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la *Loi relative à l'encadrement des technologies de l'information* », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 3, aux p. 9-10.

première acception, en limitant ce principe à une simple technique législative, la seconde est assurément fausse.

26. Aussi, et sans développer davantage ce concept que nous avons déjà tenté d'éclaircir[50], la raison pour laquelle nous prenons le soin de l'identifier ici tient au fait que la Cour suprême semble, en toute déférence, associer trop promptement papier et électronique. Par exemple, la Cour cite l'article 5 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*[51], en considérant « qu'un document a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou technologique »[52]. S'il est vrai que cette expression de « valeur juridique » est à la fois vilaine, vide de sens, inusitée en droit[53], surtout lorsque associée au qualificatif de juridique, elle est surtout interprétée ici d'une manière qui va au-delà de la compréhension qu'il faut y apporter. Ainsi, en plus d'une expression que nous croyons maladroite, s'ajoute une portée erronée, trop large, ledit principe ne concourant pas à une assimilation des supports.

27. Cette expression de « valeur juridique » que l'on voit reprise dans la décision *Dell* nous semble être le fruit du principe de neutralité technologique et de son manque de définition, et ce, même si ce n'est pas ce que dit exactement l'article 5. Si nous sommes flatté que les juges se basent sur l'une de nos publications pour identifier cette méthode analogique, nous ne sommes pas sûrs que ce texte soit vraiment applicable ici. D'une part, l'article 5 de cette Loi n'avait pour objet de ne parler que de preuve et non des aspects contractuels; cela est d'ailleurs très explicite dans l'article 2838 C.c.Q. — qui est l'équivalent de l'article 5 de la *Loi concernant le cadre*

50. Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61, 99 et suiv.

51. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1, art. 5, al. 2 : « Le document dont l'intégrité est assurée a **la même valeur juridique,** qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit » (nos soulignements), disponible [En ligne]. http ://www.canlii.org///qc/legis/loi/c-1.1/20071114/tout.html.

52. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 95.

53. Le *Code civil du Québec* utilise à 100 reprises le mot « valeur ». Au meilleur de notre connaissance, cette longue loi d'application générale n'utilise qu'une seule fois (à l'article 354) ce mot, dans un sens qui n'est pas lié à une composante pécuniaire.

juridique des technologies de l'information. Et puis, cette assimilation sur le plan de la preuve est associée à la nécessité du respect du critère de l'intégrité. D'autre part, qui dit assimilation probatoire ne veut pas dire assimilation en termes de communication, comme nous le verrons dans la partie 2.

28. Cette tendance à l'assimilation se vérifiera également dans la partie 3, lors de l'étude plus précise de la clause externe.

29. Sur l'autel des sécurités juridique et commerciale, on sacrifie donc la réalité d'un consentement supposé libre et éclairé, et ce, en dépit de ce que l'arrêt *Dell* aurait pu faire pour s'assurer d'une connaissance sans équivoque. C'est ce que nous verrons désormais.

2. DOMMAGE SUR LE PLAN PRATIQUE

30. Sur le plan pratique, la décision *Dell* consolide une façon de faire contractuelle courante où, à moins de faire preuve d'une diligence assez exceptionnelle, rares sont ceux qui lisent vraiment les contrats en ligne. Si le droit de la consommation a parfois la fâcheuse tendance à favoriser le fait que « les adultes prennent l'habitude de se comporter en enfants »[54], il ne faudrait pas non plus les concevoir comme des « superhéros » capables de comprendre l'incompréhensible ou de lire l'illisible.

31. Un *statu quo* est donc valorisé par cette décision, dans la mesure où le peu d'efforts entrepris par Dell pour organiser son processus contractuel n'est pas sanctionné par la Cour suprême. En se basant sur cet objectif de « sécurité juridique », et même si ce n'est pas l'objectif de la décision, un blanc-seing sur les pratiques actuelles est alors implicitement accordé. Ceci est d'autant plus regrettable qu'il n'est pas compliqué ni de s'assurer d'une lecture adéquate propre au médium électronique (2A) ni de faire une utilisation responsable des liens hypertextes (2B).

54. Jean CARBONNIER, *Droit civil : les obligations*, 12e éd., coll. « Thémis—Droit privé », Paris, P.U.F., 1996, p. 183.

2A. LECTURE EN LIGNE

32. Mais les consommateurs lisent-ils les contrats? Certes, encore une fois, cette pratique de non-lecture par les consommateurs aurait dû être prouvée par l'intimé. Même si c'est un secret de Polichinelle[55], cet état de fait est à l'occasion documenté dans certaines références. Nous citerons notamment l'article de Robert A. Hillman[56], qui a mesuré, sans que cela soit appuyé sur un échantillonnage très significatif (92 personnes), le pourcentage d'acheteurs qui lisent vraiment les contrats. Les résultats, bien que mesurés, montrent d'abord que les achats se font surtout de la maison, dans la majorité des cas, le soir, voire la nuit, et souvent dans l'urgence. Ces éléments de lieu et de temps sont intéressants dans la mesure où ils s'apparentent aux rationalités qui justifièrent des règles spécifiques, et protectrices, pour les consommateurs faisant affaire avec les vendeurs itinérants[57]. En effet, on a établi un état de vulnérabilité accrue de la part de l'acheteur qui se fait solliciter chez lui, ce qui pourrait à certains égards se rapprocher de la situation de vente en ligne. Également, si seulement 4 % des sondés lisent le contrat, plusieurs le font partiellement lorsque l'enjeu en cause justifie davantage d'attention[58]. Les empêchements justifiés par les consommateurs qui ne lisent pas les contrats sont notamment la rapidité du processus (65 %), l'optimisme et le dépit face au fait que tous les compétiteurs ont les mêmes contrats (42 %), les juridismes qui y sont inclus (13 %), etc.[59]. Dernière information pertinente à notre propos : les clauses arbitrales,

55. Scott J. BURHAM, « How to Read a Contract », (2002) 45 *Ariz. L. Rev.* 133, (« Whether the document is found on the computer screen or the printed page, the reader would prefer to click or sign, taking a chance on the terms of surrender, rather than read it. »).

56. Robert A. HILLMAN, « On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices : A Survey and Discussion of Legal Implications », (2005) *Cornell Legal Studies Research Paper* n° 05-012, disponible [En ligne]. http ://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=686817.

57. Voir les articles 55 et suivants de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 9.

58. R. A. HILLMAN, *loc. cit.*, note 56, p. 8.

59. *Id.*, p. 10.

lorsque les contrats sont lus, ne retiennent l'attention que dans 6 % des cas seulement[60].

33. Dans le cas de l'arrêt *Dell*, et sous réserve des moyens disponibles, de pareils témoignages experts auraient sans doute pu être présentés en preuve; tout comme certaines preuves par sondage, montrant les habitudes de visite de certaines pages — et de « non-visites » de certaines autres.

34. Mais au-delà de ce constat, il est également possible de signaler des spécificités communicationnelles propres à l'écran, qui le distinguent du papier. Celles-ci se manifestent tant dans la mise à la disposition de l'information contractuelle (qui est particulièrement en cause dans l'affaire *Dell*), que dans l'acceptation du contrat. Bien que nous l'ayons déjà mentionné dans de précédents articles[61], il nous importe de les présenter sommairement de nouveau.

35. Un contrat constitue un engagement qui se doit d'être lu et idéalement compris. Or, la lecture électronique est, selon plusieurs, différente de celle sur papier et présente un certain nombre de passifs en comparaison avec ce dernier. Face à un courant répandu, notamment dans certaines communautés juridiques, tendant à déifier la communication électronique, il importe pourtant de mesurer que, sur plusieurs points, le papier demeure passablement plus efficace. À cet égard, nous aimons souvent citer Jakob Nielsen[62], qui fut sans doute l'un des premiers auteurs à identifier ces travers, en participant au développement du concept désormais bien connu de « usability ». Selon cet auteur, la signification du contenu informationnel sur un écran est moindre, tout comme la mémorisation. Également, l'écran amplifie la capacité de faire des erreurs, et ce, notamment à cause du fait que la lecture sur écran exige de faire défiler le texte vers le bas pour le lire dans son intégralité.

36. Dans le cas du contrat de Dell, ce défilement a forcément eu lieu dans la mesure où ce contrat est long, inutilement

60. *Id.*, p. 12.
61. V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, notes 35 et 37.
62. Jakob NIELSEN, « Writing for the Web », [En ligne]. http://www.sun.com/980713/webwriting.

long[63], ridiculement long[64]. Or, Jakob Nielsen encore une fois, montre que la lisibilité d'un écran n'est pas égale partout et s'opère principalement en haut à gauche de la page et moins en bas[65], là où justement, se trouvait le fameux article 13 du contrat, relatif à la clause compromissoire.

37. Enfin, cette lisibilité est de surcroît limitée par des pratiques adolescentes qui amplifient le phénomène. D'abord, le contrat ne s'intitule pas « contrat » mais un terme plus neutre, moins explicite. En effet, il est frappant de constater en pratique les efforts utilisés par les cybermarchands pour tenter de diluer l'attention du consommateur en insérant des contrats de consommation sous des intitulés moins « terrifiants » comme « Notice légale », « Avertissement », « Conditions d'utilisation » ou, comme ici, « Conditions de vente ». Pourtant, ces documents comportent généralement tous en leur sein la qualification contractuelle. Ensuite, un autre comportement quelque peu attentatoire à la nécessaire mise à la connaissance du contenu contractuel au consommateur, tient au fait que les avis d'ordre légal qui sont disponibles sur un site sont très souvent nombreux. Cette pratique, que l'on retrouve dans le cas de Dell où non moins de 16 documents de cet ordre sont disponibles[66], a pour effet de disperser le contenu contractuel. D'ailleurs, c'est dans cette perspective

63. Voir les « Conditions de vente » de Dell, disponibles [En ligne] http://www1.ca.dell.com/content/topics/reftopic.aspx/gen/en/policy?c=ca&l=en&s=gen&~section=012, et notamment les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité qui sont possiblement contraires au droit québécois.

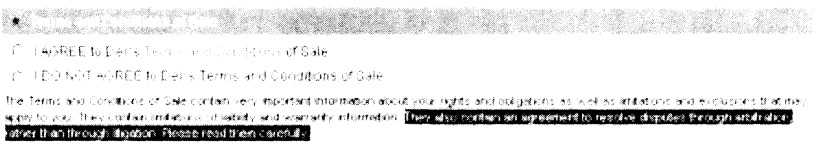
64. *Id.*, voir par exemple, l'article 12 qui stipule (les contrats ne disposent pas; ils stipulent. Ce sont les lois qui disposent. Du latin "Stipulare" qui voulait dire "casser une paille") que « Dell will have any liability for any damages arising from the use of the products in any high risk activity, including, but not limited to, the operation of nuclear facilities, aircraft navigation or communication systems, air traffic control, medical systems, life support or weapons systems ».

65. Jakob NIELSEN, « Eyetracking Research », [En ligne]. http://www.useit.com/eyetracking/.

66. Voir notamment la page suivante, [En ligne]. http://www1.ca.dell.com/content/topics/reftopic.aspx/gen/fr/policy?c=ca&l=fr&s=gen&~ck=lf&~section=010, qui reproduit 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 ».

que dans ses principes, le Bureau de la consommation d'Industrie Canada a souligné l'importance pour les commerçants d'offrir des contrats de vente qui soient en un seul document[67]. Enfin, et contrairement à des pratiques plus récentes, notons que la manifestation du consentement du consommateur ne requiert, dans le cas de la société Dell, aucun comportement actif de sa part, tel que le fait de cliquer sur une icône « J'accepte » ou « Je refuse ».

38. D'ailleurs, et nous devons avouer une certaine surprise à ce sujet, lorsque nous sommes allés revoir le site de Dell aujourd'hui disponible, il nous est apparu que le formalisme désormais en place est sensiblement plus explicite en ce qui a trait à la lisibilité des « Conditions de vente » :



39. On y trouve en effet un symbole de couleur rouge qui attire l'œil sur l'importance de la clause juridique, ainsi que le fameux lien bleu qui existait déjà, mais surtout un court « résumé » de deux lignes soulignant l'importance pour le consommateur d'aller lire, d'une part, les clauses d'exonération et, d'autre part, la clause arbitrale à l'origine du litige. Mais ce n'est pas tout. Une case à cocher est également présente afin que le consommateur puisse exprimer un choix réel entre une acceptation et un refus[68]. Finalement, il est également possible de lire le document en caractères plus gros.

---

67. 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 de 2003 du document. BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, janvier 2003, disponible [En ligne]. http ://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/protection consommateurs03.pdf.

68. Conformément à l'article 54.5 de la « nouvelle » *Loi sur la protection du consommateur*.

40. Clairement, il apparaît d'abord qu'un effort d'information a été fait, même s'il aurait pu être encore plus significatif. Notamment, pourquoi ne pas intégrer directement dans le formulaire les deux clauses en question (responsabilité et arbitrage), en oubliant les autres qui sont d'une utilité fort limitée pour le cadre d'un litige de consommation? Une chose est sûre, cela montre que ce n'est pas compliqué ni coûteux pour le marchand d'avoir un comportement responsable. Ce n'est pas une révolution; seulement une ouverture vers d'autres secteurs, telle que la communication, pour assurer une meilleure adéquation aux principes fondamentaux en droit des contrats. Assurément, ces changements apportés par Dell vont dans la direction à adopter.

41. Le propos tenu ici correspond aussi à un courant qui s'est déjà matérialisé, à savoir celui du « plain English »[69] et qui fut à la mode au début des années 80; ce courant ne semble pas résister aux sécurités juridique et commerciale prônées par la Cour suprême.

42. La question n'est pas de remettre en cause de pareils contrats, qui sont indispensables dans le commerce électronique; le présent propos développe seulement l'idée que le *statu quo* que la présente décision prône malgré elle, est regrettable. Cette pratique des clauses obèses n'est pas acceptable et c'est assurément le rôle d'un universitaire soucieux de la cohérence entre le droit des contrats et les pratiques contractuelles de trouver dommage que la présente décision

69. Le courant du « plain English » fut largement développé dans la doctrine, notamment dans le domaine de la consommation. 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.

ne constitue aucunement un incitatif à l'innovation[70]. Et c'est dommage : certes, cela envoie aux consommateurs le message, fort salutaire : « lisez vos contrats ». Cela dit également aux marchands : « continuez ». Point besoin d'être trop clair, nulle obligation de clarté. Les liens, pourvus qu'ils fonctionnent, peuvent donc être autant de distractions légales qu'il est donc loisible d'utiliser, au cas où.

43. Et c'est dommage car à une période où l'accès facilité au contenu demeure de plus en plus préconisé, le droit refuse de voir une réalité systématique d'évitement du contrat. Certes, l'adage romain « nul ne peut invoquer sa propre turpitude » est fort louable, mais les tactiques employées dans le cadre des pratiques contractuelles pour s'assurer que les consommateurs ne lisent rien sont, selon nous, condamnables. Mais légales. Du moins, pas condamnées, ici.

44. D'ailleurs, toujours sur le plan pratique, nous ne croyons pas que cette décision aille dans le sens d'un coup de pouce donné au commerce électronique. Au contraire. Ainsi, le droit va à contre-courant de la tendance la plus fréquemment citée, selon laquelle le cybercommerçant doit développer la confiance du consommateur.

45. Ainsi, plutôt que d'éviter le droit, plutôt que de le considérer comme une matière occulte, qui nécessite l'action du consommateur, il importe de l'intégrer au processus d'achat et pour ce faire, dans un format qui soit un tant soit peu « digeste » pour le commun des acheteurs.

2B. COMMUNICATION ET HYPERLIENS

46. Outre les différences de communication précitées entre l'écran et le papier, il en est une autre qui nous apparaît de tout premier ordre, à savoir l'hypertextualité. Aussi, et nous reverrons cette problématique dans la partie 3, il s'agit en effet de comparer d'une part, la situation 1 du document papier « Y », incorporé par référence dans un autre document papier « X » et, d'autre part, la situation 2, comparable dans

70. Pour envisager les solutions possibles, lire notamment Robert W. GOMULKIEWICZ, « Getting Serious About User-Friendly Mass Market Licensing for Software », (2004) 12-3 *George Mason Law Review* 687.

un environnement électronique où un hyperlien lie directement un document électronique « Y » dans un document électronique « X ».

47. Sans doute, l'hyperlien rend un contenu accessible plus efficacement que la simple incorporation par référence dans un document papier, mais dans l'un et l'autre cas, les procédés pâtissent de défauts qui, bien que fondamentalement opposés, peuvent rendre l'information non utilisable. Dans l'incorporation par référence d'un document papier, l'information est souvent manquante et exige une démarche active de la part de celui auquel elle s'adresse à savoir, aller chercher le document. Dans l'utilisation de l'hyperlien, l'information est présente mais requiert néanmoins une démarche de la part du consommateur. Alors que le document sur support papier pêche par absence d'information disponible, l'hyperlien pêche souvent par trop d'informations disponibles. Dans le premier cas, l'information est distante; dans le second, elle est susceptible de l'être aussi.

48. Aussi, en associant le lien à l'accès, comme le fait la Cour suprême, de par sa très grande facilité, la clause externe devient impossible à trouver dans un environnement électronique. Car l'hyperlien est une « excroissance » naturelle d'un document sur Internet et il est possible d'en faire autant que l'on veut, sans les limites physiques associées au papier. C'est aussi un mode qui change la façon de lire à laquelle on est habitué, passant d'une lecture linéaire, de haut en bas, à une lecture hypertextuelle qui s'éloigne d'un document pour y revenir ensuite. Sur le site de Dell, fleurissent donc des liens, certains dirigeant vers des documents à caractère juridique, d'autres pas. Pourquoi le consommateur devrait-il davantage cliquer sur le lien « Conditions de vente », plutôt que sur celui s'intitulant «Battery recall», par exemple? Ou sur les 16 autres liens avec des éléments à caractère juridique que le consommateur se doit de lire? Avec tous ces liens, le lecteur-consommateur ne se situe donc pas dans le cadre d'une processus unique et nécessaire. De plus, ce lien comme mode d'information d'un contenu juridique n'est pas une habitude aussi socialement acceptée que le contrat à l'endos d'une facture. Et dans ce cas, il s'agit d'une façon de faire presque systématique et uniforme.

49. Certes, comme mentionné dans l'arrêt de la Cour suprême, « il est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes »[71]. Mais d'un autre côté, en inversant la personne sur laquelle on porte son attention, en inversant l'approche construite sur laquelle on se base[72], nous ne sommes pas plus à l'aise avec l'idée que le seul fait de lier un contenu par l'ajout d'un lien hypertexte suffise à satisfaire l'obligation d'information du marchand.

50. D'ailleurs, outre les points de vue dégagés préalablement, l'hypertextualité de l'électronique est régulièrement considérée comme un phénomène qui bouleversa l'écriture. Tout simplement.

51. C'est vrai d'un point de vue historique, où l'électronique est souvent perçue comme un changement encore plus conséquent que l'imprimerie. Si cette dernière modifia en profondeur la diffusion du livre, elle n'en modifia pas l'objet. L'apparition du livre n'est peut-être pas si fondamentalement liée à l'imprimerie. Et si cette révolution du novateur 16e siècle a permis de prendre une certaine distance avec la reproduction manuscrite, la distinction par rapport au livre « d'avant », 12 ou 13 siècles avant Gutenberg[73], n'est pas si majeure que cela en termes de lecture. C'était particulièrement vrai au début, au 16e siècle, où le livre était complété manuellement par la « main de l'enlumineur qui peint initiales ornées ou historiées et miniatures »[74], la main du correcteur, la main du lecteur qui dispose d'un espace pour insérer des notes. Mais :

> plus fondamentalement, après et avant Gutenberg, le livre est un objet composé de feuilles pliées, réunies en cahiers reliées les uns aux autres; en ce sens, la révolution de l'imprimerie n'est en rien une « apparition du livre ».[75]

---

71. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 97.

72. Nous référons ici, comme mentionné dans la Partie 1, à l'approche retenue par la Cour suprême qui semble davantage à l'écoute des arguments des commerçants que de ceux des consommateurs.

73. Roger CHARTIER, « Du codex à l'écran : les trajectoires de l'écrit », dans Éric SARDIN (dir.), [: éc/art S :]#2 — [spécial textualités et nouvelles_technologies], éc/arts, 2000, p. 40-47. Également disponible [En ligne]. http ://biblio-fr.info.unicaen.fr/bnum/jelec/Solaris/d01/1chartier.html.

74. *Ibid.*

75. *Ibid.*

52. La relation avec le livre est donc encore plus profonde, plus ancienne, plus « [e]ncrée » dans les habitudes. Selon cet auteur (Roger Chartier note 73), le passage à l'hypertextualité constitue donc une révolution, peut-être même encore plus importante que celle de l'imprimerie qui a grandement « reproduit » les usages plus anciens.

> La révolution de notre présent, à l'évidence, et plus que celle de Gutenberg, ne modifie pas seulement la technique de reproduction du texte, mais aussi les structures et les formes mêmes du support qui le communique à ses lecteurs. [...] [A]vec l'écran, substitué au codex, le bouleversement est plus radical puisque ce sont les modes d'organisation, de structuration, de consultation du support de l'écrit qui se trouvent modifiés.[76]

53. C'est également vrai dans une perspective de communication où le lien est souvent considéré comme une source de dispersion, pour lequel le lecteur ne dispose pas du guide habituel et socialement consacré de la lecture sur support papier, du haut vers le bas, de gauche vers la droite, et dont le lecteur est capable de saisir l'entièreté de son début et de sa fin[77].

54. Ce comportement demande à être socialement et psychologiquement maîtrisé, 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 »[78], butine. L'auteur écrit à ce sujet :

---

76. *Ibid.*

77. Jean CLÉMENT, « Hypertextes et mondes fictionnels (ou l'avenir de la narration dans le cyberespace) », dans Éric SARDIN (dir.), [: éc/art S :]#2 — [spécial textualités et nouvelles_technologies], éc/arts, 2000, p. 72, à la p. 77 : « La lecture se termine alors par un abandon comme quand on sort d'un musée dont on n'a pas visité toutes les salles, mais avec le sentiment d'en avoir fait le tour. La fiction hypertextuelle renvoie l'image d'un univers fragmenté dont la totalité reste inaccessible. » Extrait cité dans N. VERMEYS et F. SENÉCAL, *loc. cit.*, note 39.

78. Christian VANDENDORPE, « De la textualité numérique : l'hypertexte et la "fin" du livre », (1997) 17 *Recherches sémiotiques / Semiotic Inquiry* 1, 14. 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*, Montréal, Boréal, 1999, 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.

> 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.[79]

55. De surcroît, l'appropriation cognitive est d'autant plus difficile que l'hypertexte implique rapidité, urgence[80] et que le procédé est moins associé à une fonction cognitive, de quête d'un savoir, qu'à un comportement ludique face à un médium que le lecteur utilise comme un jouet[81].

---

79. *Id.*, 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 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. »

80. *Id.*, p. 15. « Le déplacement en hypertexte est ainsi placé sous le signe de l'immédiateté, de l'urgence. Excité par la promesse de dévoilement que contient implicitement la présence d'un bouton, le lecteur de l'hypermédia ressemble à cette adolescente d'Anouilh qui "veut tout, tout de suite". Le lecteur est en train de se transformer en un personnage de plus en plus impatient, qui ne tolère pas la frustration et qui voudrait être arrivé avant même d'avoir commencé. »

81. *Id.*, p. 15. « Tout comme Gilles Lipovetsky l'a montré à propos de la télévision, le lecteur zappeur n'attend pas de la lecture qu'elle lui apporte un savoir quelconque et encore moins qu'elle change sa vie : il lui suffit qu'elle le prémunisse contre l'ennui. Le zapping correspond à un besoin de rafraîchissement constant des opérations cognitives. Il va fondamentalement à l'encontre du projet même qui guide traditionnellement l'écriture du texte [dans la mesure où ce dernier pousse à la limite l'opposition entre écrit et oral], et qui consiste à développer un sujet, à le tisser dans un ensemble riche et chatoyant, dans le but d'en proposer une synthèse neuve.

Pour toute une série de raisons dues à l'état encore immature du medium qu'est le Web [faible résolution et manque de flexibilité des écrans actuels, qui gêne une lecture commode; coûts d'accès au réseau; absence de protocoles d'édition adaptés], la dynamique de ce nouveau medium tend à transformer la lecture en une activité fébrile où le "lecteur" est constamment à la surface de soi-même, surfant sur l'écume des sens offerts, emporté dans un kaléidoscope d'images et de fragments de texte oubliés aussitôt que perçus. »

56. Il me semble donc que face à ce doute lié à la qualification de la clause externe, l'interprétation aurait pu ou dû, pour le moins, être envisagée dans un sens favorable au consommateur, à la partie faible. Car d'un point vue plus axé sur le droit positif, ce n'est pas en effet la direction qui fut choisie.

3. Dommage sur le plan du droit positif

57. Après une partie plus théorique et une deuxième attachée à la réalité pratique de la communication électronique, il est temps et nécessaire d'étudier, en droit positif, la lettre du Code civil et d'analyser la seule question qui fut vraiment débattue, à savoir l'assimilation entre lien hypertexte et incorporation par référence d'une clause externe. La question du consentement en ligne au texte annexé est donc une question cruciale, qui dispose désormais de certaines balises, et ce, en dépit d'un traitement somme toute assez rapide, les paragraphes en cause dans l'arrêt *Dell* n'étant guère plus d'une quinzaine, tant pour la majorité (90 à 104) que pour la minorité (227-228 et 230 à 241).

58. À cet égard, et en quelques mots, comme dans l'arrêt, il est étonnant comment certaines questions furent évitées ou plus précisément, traitées de façon pour le moins laconique. Toujours sur la base du manque de preuve, l'article 1436 C.c.Q. est escamoté au paragraphe 103, en huit lignes. C'est d'autant plus étonnant que la majorité avait pris le soin d'illustrer la fonction de cette disposition qui entend redresser la clause « "noyée parmi un grand nombre d'autres clauses" en raison de l'endroit où elle est située dans le contrat »[82]. Même sort réservé à la question du caractère potentiellement abusif du bien connu article 1437 C.c.Q. : cinq lignes et toujours pas de preuve. Absolument rien non plus quant à la réalité du consentement qui, ne l'oublions pas, se doit d'être libre et éclairé (art. 1399 C.c.Q.).

82. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 90, citant Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 897; Brigitte LEFEBVRE, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *R. du N.* 439, 479.

59. Non, l'argumentation maîtresse proposée par la Cour suprême tourne autour de l'article 1435 C.c.Q. et de la clause externe. Précisément, il importe de déterminer si les conditions de vente répondent à cette définition et, dans l'affirmative, méritent l'application du critère de connaissance le plus élevé (« [...] expressément portée à la connaissance de [...] »), qui est alors prévu. Dans la mesure où la réponse à la première question fut négative, il devenait inutile de s'intéresser à la seconde. Ainsi, le lien bleu en surbrillance référant aux conditions de vente applicables au contrat de consommation n'est pas constitutif d'une clause externe. Pourtant, la clause externe méritait une ébauche de définition, l'article 1435 C.c.Q. ne le faisant pas.

60. Comme pour un hyperlien, le droit lié à la clause externe suppose un document que nous appellerons « X », contenant une clause de renvoi, page qui réfère à un document que nous dénommerons « Y », document qui constitue ou contient la clause externe. Selon la doctrine, le document « Y » est un « autre document »[83], un « document distinct »[84], ou un « document physiquement séparé »[85], expressions ayant principalement pour effet de disqualifier les hypothèses du contrat à l'endos ou d'annexes attachés au contrat initial.

61. Manifestement, ces approches ne sont pas parfaitement suivies dans la mesure où il est mentionné dans la décision *Dell* qu'« [à] l'évidence, l'on ne saurait prétendre que toutes ces différentes pages reliées entre elles constituent un seul document »[86].

62. Pourtant, en dépit de cette reconnaissance, tout de suite après, une distance est prise par la Cour suprême qui déclare, avec péremption qu'il

> est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes. Une telle interprétation serait détachée de la réalité de l'environnement Internet, où

83. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 194.

84. Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 267.

85. D. Lluelles et B. MOORE, *op. cit.*, note 82, p. 750.

86. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 97.

> l'on ne fait pas de distinction concrète entre le déroulement du document et l'utilisation d'un hyperlien. À l'image des documents papier, certains textes Web comportent plusieurs pages, accessibles seulement au moyen d'un hyperlien, alors que d'autres documents peuvent être déroulés sur l'écran de l'ordinateur. Il n'y a pas de raison de privilégier une configuration plutôt qu'une autre.[87]

63. Bien évidemment, et nous ne voulons pas revenir sur ce sujet, cette affirmation s'oppose aux propos précédemment tenus relativement à l'analogie entre papier et électronique. Nous ne croyons ni à cette assimilation ni à la perception de la réalité de l'environnement d'Internet telles que présentées par les juges de la majorité, mais également ceux de la minorité.

64. Aussi, forcément, le critère de l'accessibilité raisonnable nous apparaît devoir être critiqué (3A), puis remplacé (3B). C'est ce que nous nous proposons de faire désormais.

3A. CRITIQUE DE L'ACCESSIBILITÉ

65. Malgré l'absence d'une pareille notion dans l'article 1435 C.c.Q., l'accessibilité raisonnable se voit être le critère phare autour duquel l'ensemble de la démonstration de la Cour suprême s'organise dans l'arrêt *Dell*.

> Ainsi, plusieurs auteurs soulignent que, pour qu'une clause externe à un contrat puisse lier les parties, elle doit être raisonnablement accessible [...]. En effet, pour qu'un contractant puisse invoquer la force obligatoire d'une clause contractuelle, il faut que l'autre contractant ait eu une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance. Pour ce faire, il faut qu'il y ait eu accès.[88]

66. Mais ce paragraphe, constitue-t-il pour autant une « traduction » fidèle de l'article 1435 C.c.Q. qui ne parle pas de ce critère? En toute déférence pour la plus haute Cour du pays, ce choix nous apparaît contestable pour plusieurs raisons.

67. En premier lieu, les sources doctrinales citées comme mettant de l'avant ce critère ne l'établissent pas, selon notre

87. *Ibid.*
88. *Id.*, par. 98.

compréhension, comme critère unique et universel. Si l'on prend l'exemple des professeurs Lluelles et Moore, ils réfèrent en effet à cette notion d'accessibilité, mais ajoutent en plus trois autres critères. Plus exactement et avec grand soin, les auteurs identifient de façon particulièrement documentée des conditions touchant à la clause externe mais également à la clause de renvoi. D'abord, il doit y avoir une clause de renvoi, ce qui peut selon nous être discuté, la page « X » n'étant nullement identifiée, nommée, comme un contrat, et aussi parce que le lien bleu en surbrillance dans le site de Dell se limite, et de façon bien peu explicite, au terme de « Conditions générales de vente » dont la portée contractuelle, là encore, n'est pas explicite. Également, toujours sur la base d'une approche jurisprudentielle et comparative, les auteurs exigent que « la clause de renvoi soit expresse et précise »[89]. Ensuite, un débat est proposé afin de savoir comment l'accessibilité s'apprécie, à savoir de façon objective ou subjective[90]. Or, aucun de ces éléments n'ont été pris en compte par la Cour suprême[91], d'autant que l'accessibilité retenue s'adresse à la clause de renvoi et non à la clause externe en tant que telle.

68. Notons aussi que dans l'ouvrage des auteurs Lluelles et Moore, cette démonstration sur laquelle se base la Cour suprême est insérée dans un sous-paragraphe s'intitulant « Le cas des contrats ordinaires »[92], alors que le suivant semblait plus adapté à la situation en cause, soit « Le cas des contrats d'adhésion et de consommation »[93]. Ce sous-paragraphe rappelle d'ailleurs que :

> étant donné la vulnérabilité de principe du consommateur ou de l'adhérent, on comprend aisément que le législateur ne se

89. *Id.*, p. 752.

90. *Id.*, p. 753. D'ailleurs, notons qu'à cette même page, à la note 124, un auteur français évoque non pas le critère de « raisonnablement accessible » mais plutôt celui du « facilement accessible », ce qui constitue un seuil plus élevé à satisfaire. Yves BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978, p. 179 et suiv.

91. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 33, p. 31. « Ce qui surprend dans cet exercice, c'est l'absence de débat sur la désignation du document auquel l'hyperlien réfère. Un débat majeur porte pourtant sur cet aspect an plan international et en droit québécois. »

92. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, p. 750.

93. *Id.*, p. 757.

satisfasse pas, en ce cas, de la seule accessibilité du document externe, simple exigence « fictive » qui n'implique « qu'un minimum de connaissance ».[94]

69. Ainsi, au regard de ces doctrines, le critère de l'accessibilité ne nous apparaît pas avoir été promu en critère unique. Cette promotion est donc l'œuvre plus personnelle de la Cour qui se base, selon nous, sur une compréhension contestable de la réalité électronique.

70. Examinant cet environnement électronique, la Cour associe l'hypertexte à une nécessaire facilité d'accès, alors que ce n'est pas toujours le cas selon nous. Comme décrit dans la partie 2, l'hypertextualité est omniprésente sur chacune des pages du site de Dell; plusieurs dizaines de liens y sont disponibles, celui s'intitulant « Conditions de vente » n'étant, de surcroît, pas plus nécessaire au processus contractuel que les autres. Selon des arguments déjà mentionnés[95], l'analogie avec le support papier et l'endos est donc, selon nous, trop rapidement tracée. D'ailleurs, en se basant sur l'explication produite, il devient impossible d'appliquer l'article 1435 C.c.Q. dans un environnement Internet, l'hypothèse d'un lien non fourni étant pour le moins improbable[96]. En effet, avec la présente décision, le seuil renforcé de consentement du deuxième alinéa de l'article 1435 C.c.Q. n'aura que très peu d'occasions de s'appliquer aux contrats électroniques, la seule exigence demandée au marchand pour s'en exonérer étant d'y insérer un lien, tout simplement. Et nous ne sommes pas sûrs que cela corresponde à la portée fort limitée que le législateur aurait voulu donner à cette disposition.

3B. QUÊTE D'UN NOUVEAU CRITÈRE

71. Eu égard aux différences de lecture et des spécificités liées à l'hypertextualité, conformément à nos propos tenus

94. *Id.*, p. 758.

95. *Supra*, partie 2B — Communication et hyperliens.

96. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 99 : « De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. »

dans la partie 2, la méthode analogique permettant de tisser trop rapidement des liens entre papier et électronique aurait peut-être dû être utilisée avec circonspection. Et si le critère de l'accessibilité ne nous sied guère, il importe de déterminer quel autre pourrait lui être substitué.

72. Au regard des autorités citées dans l'arrêt de la Cour suprême, la minorité évoque le critère de l'évidence proposé par Serge Parisien[97]. Selon ce dernier, « [u]n lien hypertexte vers le document incorporé par référence devrait satisfaire à cette condition s'il est fonctionnel et évident ». L'approche est intéressante même si elle ne donne pas lieu à d'autres développements.

73. Plus étonnamment, aucune référence n'est faite aux pratiques contractuelles justement dans le domaine de l'arbitrage. En effet, à la lecture du tout récent article du professeur Prujiner, une jurisprudence intéressante, passablement constante et soutenue est mise en perspective par l'auteur avec lequel on s'interroge de cette omission dont la pertinence paraît évidente[98]. L'auteur cite notamment le livre de Jean-François Poudret et Sébastien Besson qui évoquent le critère de la « suffisance » de la clause de renvoi, opérant une distinction entre les clauses explicites et celles plus implicites[99]. Ce critère ne nous semble pas très différent de ce que l'on trouve en droit québécois, notamment dans les critères précités des professeurs Lluelles et Moore relativement à la forme de la clause de renvoi[100]. Une chose est sûre, l'article 1435 C.c.Q. suppose une analyse des modalités selon lesquelles l'hyperlien s'organise, analyse qui ne semble pas avoir été vraiment prise en considération dans la présente affaire. D'ailleurs, la suffisance de la clause de renvoi n'apparaît pas évidente au professeur Prujiner qui prétend plutôt :

---

97. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 237, citant Serge PARISIEN, « Chapitre 6 — *La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique* », dans Daniel POULIN et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 105, à la p. 106.

98. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 33.

99. *Id.*, p. 31. Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, Genève, Schulthess, 2002, p. 178.

100. *Supra*, D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 82, p. 752-753.

> qu'il aurait fallu que l'existence d'une clause d'arbitrage fût indiquée avec l'intitulé des conditions générales de vente et pas seulement après l'activation de l'hyperlien pour les atteindre.[101]

74. Nous souscrivons pleinement à cette considération pratique. Car le consommateur ne pouvait connaître l'existence de la clause compromissoire qu'à la condition de cliquer sur le lien. Cette condition est d'autant plus pertinente qu'elle constitue une exigence pour le moins facile à réaliser. Dell semble d'ailleurs y avoir souscrit aussi, ayant depuis, comme mentionné précédemment, modifié son organisation contractuelle[102].

75. En revanche, le critère de la « suffisance » ne nous paraît pas pleinement satisfaisant non plus. Plus précisément, nous avons un léger malaise relativement à la généralité de ce concept qui, s'il laisse une latitude salutaire aux juges, demeure large comme le droit, comme le « raisonnable ». Pour le moins, ce critère de la suffisance demande à être rationalisé, objectivé. Or, ceci passe selon nous par une analyse de la qualité du processus contractuel. Car il s'agit bien là d'un processus, à savoir une démarche d'accompagnement du consommateur dans la mise à la disposition du contenu contractuel. Ce processus est particulièrement présent en droit des contrats électroniques, où le contenu est moindrement [e]ncré dans la matière physique qu'est le papier et où l'opération contractuelle correspond davantage à un déroulement dans le temps. D'ailleurs, cet aspect processuel de la vente en ligne a été parfaitement intégré dans les récents amendements de la *Loi sur la protection du consommateur* en matière de contrats à distance, où sept étapes successives sont nécessaires à la réalisation du contrat[103].

---

101. A. PRUJINER, *loc. cit.*, note 33, p. 31.

102. *Supra*, partie 2B — Communication et hyperliens.

103. La *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, disponible [En ligne]. http ://www.gautrais.com/IMG/pdf/lpc14122006.pdf, identifie les sept étapes suivantes : 1- informer (54.4); 2- imprimer/conserver (54.4); 3- accepter (54.5); 4- constater (54.6); 5- transmettre (54.7); 6- résoudre (54.8); 7- rétrofacturer (54.8 et suiv.).

76. Ethan Katsh prétendait d'ailleurs la même chose dans une phrase aussi laconique que péremptoire : « Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process »[104].

77. Or, pour compenser cet état de fait, les contrats en ligne se doivent d'être davantage formels que les contrats sur papier[105]. En effet, afin de combler l'absence de matérialité liée au papier, il importe au droit de mettre en place un formalisme propre au médium électronique qui viendra apporter davantage de prévisibilité dans les relations d'affaires. Il faudrait un formalisme indirect — à savoir celui qui n'est pas nécessaire à la validité d'un acte — qui apporterait la sécurité au processus électronique qui est très malléable, et qui, de surcroît, ne serait pas encore socialement bien accepté. L'électronique permet en effet de multiples façons de faire, les liens hypertextes autorisant une lecture en va-et-vient qui est nouvelle. Au contraire, l'utilisation du papier, en plus d'être connue et maîtrisée par des siècles d'expérience, se fait traditionnellement de haut en bas et de gauche à droite (en Occident du moins). Il importe donc de compenser une plus grande liberté par une forme plus stricte, un formalisme plus fort.

78. Relativement à la validité de pareils hypertextes selon l'article 1435 C.c.Q., cette compensation se traduit selon nous dans la qualité du processus formel qui existe, dans ce cas, entre le marchand et le consommateur. Ainsi, tant la clarté de la clause de renvoi sur le document « A » que la lisibilité du document « B », qui constitue la clause externe, vont permettre d'analyser la qualité du dialogue existant entre le marchand et le consommateur[106]. Il est d'autant plus important de favoriser ce dialogue qu'à la différence du commerce traditionnel, il est impossible pour le consommateur de poser des questions.

---

104. Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129.

105. V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 27, p. 83 et suiv.

106. D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 82, p. 753, considèrent que l'accessibilité doit être envisagée sous ces deux aspects à la fois.

79. Aussi, cette clarté communicationnelle peut se mesurer, soit sur la base d'éléments matériels, soit selon une analyse fonctionnelle. En premier lieu, il est possible de considérer les efforts déployés par le marchand pour communiquer avec son client; dans le cas de Dell, ces efforts avaient été jugés par la Cour d'appel comme étant plutôt consacrés à s'assurer que le client ne lise pas les Conditions de vente[107]. La diligence employée par le marchand, visant à mettre en valeur le droit, à l'intégrer dans le processus, et ce, d'une manière accessible au commun des internautes, nous apparaît pertinente à considérer. Plus concrètement, l'ajout d'une courte phrase — comme cela se fait actuellement sur le site de Dell — explicitant que les Conditions de vente contiennent une clause arbitrale, constitue assurément une illustration qui va dans la bonne direction. Pareillement, une clause lisible, expurgée de juridismes et de clauses inutiles, constituerait un exemple à suivre dans un grand nombre de situations.

80. En second lieu, sur ces deux aspects (mise à disposition et lisibilité), il est possible selon nous d'envisager la question selon une analyse fonctionnelle et de se demander à qui profite le lien. Pour le commerçant, l'utilisation d'une pareille organisation contractuelle tient généralement à un objectif de facilitation, de simplification[108]. Le marchand peut ainsi voir attachées à un contrat des conditions, sans limites d'espace ou de mots, le tout en faisant aisément avaler la pilule juridique sans que le consommateur ne s'en rende vraiment compte. Car nous ne croyons pas que la technique puisse être d'une quelconque utilité pour lui. Si le lien hypertexte — et la clause externe en général — est une solution heureuse dans bien des situations, évitant l'omniprésence du droit dans certaines relations d'affaires, notamment les plus complexes et les plus techniques, sa pertinence doit être considérée et pensée, notamment dans une hypothèse de consommation où, tant la vulnérabilité du consommateur que la simplicité d'un achat de consommation ne requièrent pas forcément pareille

107. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 2, par. 39.

108. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil — La formation du contrat*, 3e éd., Paris, L.G.D.J, 1993, p. 371.

technique contractuelle. En pareilles circonstances, le lien, à défaut d'être un crime, profite donc assurément au marchand.

CONCLUSION

81. Cette décision passionnante donne lieu à des réactions passionnelles. Sans doute certaines de nos visions ne sont pas exemptes de pareilles colorations, et c'est bien ainsi. Aussi nous croyons, sur la base des précédents propos, que l'approche suivie par la Cour suprême dans cette affaire a des conséquences néfastes, tant sur les sécurités juridique et commerciale, que sur la cohérence du droit du commerce électronique.

82. Il est vrai que cette affaire est née d'un mauvais concours de circonstances — notamment la pauvreté probatoire — qui nous permet de croire que la situation n'est pas finale et pourra, peut-être, donner lieu à des précisions ultérieures. Néanmoins, un arrêt du plus haut tribunal du pays est forcément un message fort, surtout dans un domaine où il s'agit de la première décision.

83. La victoire de *Dell* par k.-o. est presque anecdotique, tout comme les consommateurs « floués » qui devront désormais porter leur cause devant un arbitre. Un arbitrage où il reste de surcroît à déterminer les règles applicables, la majorité des juges ayant ouvert la porte au fait qu'en raison de la multitude des liens à cliquer (quatre ou cinq) pour arriver au Code de procédure du *National Arbitration Forum*, ce document pourrait être considéré comme étant externe. Dans cette hypothèse, l'arbitrage devra être régi, par défaut, par le *Code de procédure civile du Québec*[109]. Bien sûr, il serait intéressant d'entendre l'affaire au fond, mais qui voudrait désormais s'engager individuellement dans une telle aventure? Pas les consommateurs concernés qui, dans le fond, se fichent un peu de la « bébelle » informatique annoncée à un prix erroné. Ils n'ont rien perdu; ils n'ont que pas gagné la possibilité de pouvoir profiter de l'« occasion » qui fut annoncée en

109. *Dell Computer Corp.* c. *Union des consommateurs*, précitée, note 1, par. 102.

ligne pendant quelques jours. D'ailleurs, il y a quelques mois, un des consommateurs impliqués dans ce recours collectif est intervenu, sur notre blogue, en affirmant qu'il était persuadé que cette affaire de 2003 était oubliée depuis des lustres; son propos traduit davantage d'ironie que de traumatisme[110].

84. Non, cette décision traitant d'une cause que nous croyons au départ peu « sympathique », a des conséquences davantage sur le plan théorique, jurisprudentiel, que pratique. En effet, les réactions les plus vives sont venues surtout des interprètes du droit, et ce, relativement à deux des aspects traités par la Cour suprême, à savoir la question de l'extranéité en droit international privé et l'interprétation donnée aux clauses externes. Il s'agit là de deux questions où la position défendue par la Cour est là pour rester, les récents changements de la *Loi sur la protection du consommateur* n'intervenant pas à ce sujet.

85. Toujours sur le plan théorique, cette décision a l'indéniable avantage de favoriser une réflexion sur les recours en matière de consommation.

86. D'abord, il s'agit de s'interroger sur la pertinence des recours collectifs dans certaines circonstances, car cette procédure est lourde, financée par l'État et ne se prête peut-être pas à certaines causes où, comme ici, l'enjeu est moindre.

87. Ensuite, si l'arbitrage de consommation ne m'apparaît pas être une voie à favoriser, la *Loi sur la protection du consommateur* venant de l'interdire avec justesse, du moins pour les clauses compromissoires[111], l'on peut s'interroger quant à la pertinence de recours collectifs se déroulant devant un pareil forum. Dans la mesure où les clauses arbitrales sont souvent critiquées en matière de consommation à cause de leur objectif de rendre les recours collectifs inapplicables, comme c'est vraisemblablement le cas dans l'affaire

110. Voir les commentaires à la suite du billet s'intitulant « L'affaire Dell devant l'arbitre » (13 juillet 2007), disponible [En ligne]. http ://www.gautrais.com/Affaire-Dell-devant-l-arbitre.

111. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 9, article 11.1 : « Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours. »

Dell, ce serait donc s'attaquer à la racine même du problème que d'autoriser une telle procédure.

88. Enfin, il est des cas où les recours collectifs donnent l'impression d'avoir été menés davantage pour des raisons éducatives que curatives. Ainsi, certains recours sont engagés non pas surtout à cause de dommages à indemniser, mais peut-être davantage pour tenter de faire cesser des pratiques que l'on considère comme douteuses. À cet égard, pour une pareille fin, le recours collectif est indéniablement la mauvaise formule. Une formule qui pourrait en revanche être utilisée, et qui nous apparaît fort convaincante, est celle que l'on trouve en France, notamment où certains organismes (tels des associations de consommateurs) sont autorisés par la loi à agir pour contrer certaines pratiques. En droit du commerce électronique par exemple, les pratiques contractuelles ont été révolutionnées par plusieurs décisions importantes où des associations ont plaidé, et obtenu, le caractère illégal ou abusif des pratiques de plusieurs fournisseurs nationaux d'accès Internet. Par exemple, dans l'affaire *UFC Que choisir* c. *AOL*[112], plus d'une trentaine de clauses ont été considérées comme étant illégales sur la base de l'article 421-1 du *Code de la consommation*[113], accordant à des organismes habilités le droit d'ester en justice pour défendre les intérêts des consommateurs. Ainsi, plutôt que de traiter au cas par cas des situations individuelles, l'on dispose d'une décision de principe qui exige pour l'avenir des parties condamnées de réviser leurs pratiques commerciales.

112. Tribunal de grande instance de Nanterre 1re chambre A, jugement du 2 juin 2004, *UFC Que Choisir / AOL Bertelsmann Online France*, disponible [En ligne]. http ://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1211.

113. L'article 421-1 dispose en effet : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. Les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article. »

89. Relativement aux faits associés à l'affaire *Dell*, nous croyons qu'une pareille solution aurait été l'une des plus efficaces pour dire le droit.

Vincent Gautrais
Faculté de droit
Pavillon Maximilien-Caron
Université de Montréal
3101, chemin de la Tour
Montréal (Québec) H3T 1J7
Tél. : 514 343-7534
Téléc. : 514 343-2199
vincent.gautrais@umontreal.ca.