

**Le nouveau contrat à distance et
la Loi sur la protection du consommateur**

par

Vincent Gautrais*

PARTIE 1 - Domaine d'application du contrat à distance	3
1 - Domaine d'application matériel	3
A - Apports substantiels	3
B - Apports procéduraux	6
2 - Domaine d'application technologique	8
A - Un concept difficile à définir	8
B - Un concept difficile à appliquer	11
PARTIE 2 - Application du domaine du contrat à distance	13
1 - Guide à la conclusion du contrat à distance	13
A - Information	13
B - Formation	16
2 - Contrôle du contrat à distance	21
A - Modalités de résolution	22
B - Modalités de rétrofacturation	24
Conclusion	26

* Professeur agrégé, avocat, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Site Internet : www.gautrais.com. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca. Cette recherche a été facilitée par une subvention de la Fondation Claude Masse portant sur « Modification de la Loi sur la protection du consommateur au regard des technologies de l'information ». Une partie des recherches a également été facilitée par Geneviève Duchesne (avocate et analyste à l'union des consommateurs), Irina Dinu, avocate et étudiante à la Maîtrise en droit des technologies de l'Information (Faculté de droit - Université de Montréal) et Caroline Leduc, avocate et étudiante à la Maîtrise en droit des technologies de l'Information (Faculté de droit - Université de Montréal). Néanmoins, les opinions émises dans le présent document ne sont celles que du seul auteur.

La *Loi sur la protection du consommateur*¹ (ci-après « LPC ») s'est intéressée à la réalité électronique en adoptant le 14 décembre 2006 un amendement portant en grande partie sur le commerce électronique; le projet de loi 48, s'intitulant *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement des créances*² traite effectivement des nouvelles formes de commerce, certaines, comme celles liées à Internet n'étant pas si nouvelles que cela. La LPC s'« électronise » donc, en adoptant ce qui constitue l'une des toutes premières et réelles mise à jour de ce texte de près de trente ans.

Cet amendement met sans doute fin, certes dans un domaine circonscrit, à un certain oubli dans lequel le droit de la consommation était sans doute tombé... En dépit de règles existantes, de lois fermes et sans équivoques, il est de multiples raisons qui font que dans les faits de la pratique du droit, le consommateur n'est pas si protégé que cela et que le droit de la consommation ne permet pas toujours de combler le rapport de force forcément défavorable entre le fort et le faible. Et le commerce électronique n'échappait et n'échappe pas à la règle³, bien au contraire, donnant lieu à de multiples situations d'illégalité. Un état de fait en effet sans doute aggravé par la nécessaire distance existant, belle évidence, dans les contrats à distance...

Mais l'amendement précité, parce que novateur et fonctionnel, est sans aucun doute un pas dans la bonne direction. Même s'il est difficile de dire ce que sera demain, il semble avoir été bien accueilli par les rares analyses que se sont prononcés sur le sujet⁴, ce qui n'est pas si fréquent.

Pour nous en assurer, nous nous proposons donc de présenter deux parties complémentaires sur ce concept de contrat à distance qui vient d'être totalement redéfini par la LPC. En premier lieu, même si nous le verrons, la définition n'est pas grandement modifiée, le domaine d'application du contrat à distance s'est grandement accru, tant sur le plan des apports en normes que la loi propose que sur l'éventail des technologies, forcément plus nombreuses qu'au début des années 80, qui sont assujetties à ce régime dérogatoire (Partie 1). En second lieu, nous ferons état, de façon plus concrète, de l'application de ce contrat à distance revisité, ses tenants et ses aboutissants (Partie 2).

¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, disponible à <http://www.canlii.org//qc/legis/loi/p-40.1/20070307/tout.html>.

² Disponible à <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/lpc14122006.pdf> (pdf).

³ Le titre évocateur de l'un de nos articles allant dans cette direction : Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2005) *Revue du Notariat* 617-650, disponible à http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/_textes/cyberconsommationillegale.doc.

⁴ L'une des rares sources de commentaires à citer en l'occurrence est UNION DES CONSOMMATEURS, *Mémoire de l'Union des consommateurs portant sur le projet de loi n° 48 Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, 01 décembre 2006, présenté à la Commission des Institutions - Assemblée nationale du Québec, disponible à <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/memoireUnion122006.pdf>.

PARTIE 1 - Domaine d'application du contrat à distance

Le concept de contrat à distance est désormais beaucoup plus conséquent. Des anciens petits articles 20 à 22 LPC, aujourd'hui disparus, et donc l'effectivité était quasiment nulle, l'on est passé à une section pleine et entière mettant en place une procédure contractuelle précise et complète retraçant, et encadrant, sinon l'intégralité, au moins une large partie de l'avant, du pendant et de l'après contrat.

Le domaine d'application est donc plus vaste introduisant un régime dérogatoire protecteur introduisant du matériel, de nouvelles règles (1), susceptibles de surcroît à s'appliquer à un assez grand nombre de situations technologiques (2).

1 - Domaine d'application matériel

Sans aucun doute, cet amendement législatif présente une série d'apports; certains sont matériels, substantiels (A). D'autres, sont davantage procéduraux (B), dans le sens où ces règles adoubent juridiquement une approche d'interprétation des contrats différente, les considérant davantage comme un processus que comme un acte, pour reprendre la phrase célèbre d'Ethan Katsh⁵.

A - Apports substantiels

Même si nous sommes à l'orée des contrats de consommation à distance à proprement parler, et que nous traiterons, sur le plan applicatif, principalement en seconde partie, nous comptons ici faire état d'éléments, qui leur sont directement ou indirectement reliés. Également, et avec plus ou moins de bonheur, il importe de mentionner certaines omissions qui n'ont pas été considérées par ce projet de loi.

Deux apports substantiels méritent d'être cités relativement au projet de loi 48, non pas parce qu'ils influencent l'encadrement du processus contractuel en tant que tel, mais à cause du fait qu'ils vont radicalement modifier les pratiques contractuelles des contrats à distance, précisément des contrats électroniques sur Internet. Pratiques que l'on peut en certains cas considérer comme étant pathologiques en terme de protection des consommateurs, précisément des cyberconsommateurs.

En premier lieu, l'article 1 supprime le paragraphe 5 c) LPC qui exonérait les contrats de télécommunication de l'application de cette loi. Cette mesure est à retenir, d'une part, du fait de la prolifération aujourd'hui de ce type de contrat - comme les contrats d'accès Internet ou ceux touchant aux différentes formes de téléphonie -. D'autre part, il s'agit d'un secteur d'activité qui donne souvent lieu à des plaintes ou abus de différents ordres. Si l'on prend l'exemple français, un rapport de 2003 a mesuré et condamné les pratiques contractuelles dans ce secteur d'activité⁶. De plus,

⁵ Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129: « Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process ».

⁶ RECOMMANDATION n° 03-01 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet., Texte adopté le 26 septembre 2002 sur le rapport de M. Laurent Leveneur et publié au BOCCRF du 30 janvier 2003.

plusieurs jurisprudences ont mis en pièce certains de ces contrats d'adhésion de plusieurs opérateurs nationaux⁷.

Également, il faut savoir que cette exception avait été motivée par le fait qu'il existait, à l'époque, une régie des télécommunications, disposant d'une loi spécifique⁸. Celle-ci ayant disparue, l'exception perdait sa justification. Notons à ce sujet que la constitutionnalité de cette nouvelle mesure est une question qui est toujours pendante et qu'une réponse claire et définitive ne semble pas devoir exister actuellement.

Mais l'apport le plus significatif dont nous voulons dire également seulement quelques mots tient à la sévère limitation à l'utilisation des clauses arbitrales dans les contrats de consommation en général. Cette règle est fondamentale dans la mesure où ce type de clause tendait, ces dernières années à proliférer, dans les contrats à distance en particulier. La réponse désormais offerte est très claire et l'article 2 du projet de loi intègre l'article 11.1 LPC disposant ce qui suit :

« 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. Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage. »

Dans la même voie que la loi équivalente en Ontario⁹, le Québec est donc allé de l'avant avec une disposition dont l'importance est encore plus manifeste qu'avant. En effet, la clause arbitrale est à la mode et les raisons qui étaient généralement invoquées autrefois, telles que la confidentialité, la rapidité, la modicité des coûts, la commodité, ne sont plus vraiment de mise. L'arbitrage se développait dans les contrats de consommation car il s'agissait d'un moyen pour les marchands d'éviter les recours collectifs qui, pour le moment, du moins au Canada, sont l'apanage des cours étatiques. Or, l'incapacité pour le consommateur de recourir à une telle forme de justice est un problème indiscutable et nul doute que la clause compromissaire doit être analysée au regard de la menace qu'elle constitue en terme d'efficacité de la justice et d'accès au droit. Deux mondes à la mode s'opposent¹⁰; la Cour suprême

⁷ Par exemple Tribunal de grande instance de Nanterre 1ère chambre A Jugement du 2 juin 2004 UFC Que Choisir / AOL Bertelsmann Online France, disponible à http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1211.

⁸ *Loi sur la régie des télécommunications*, L.R.Q. c. R-8.01, abrogée le 18 mars 1998.

⁹ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur de l'Ontario*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, article 7, disponible à <http://www.canlii.org/on/legis/loi/2002c.30ann.a/20070307/tout.html>.

¹⁰ *MacKinnon c. Instaloans Financial Solution Centres (Kelowna)*, 2004 BCCA 473, paragraphe 47, disponible à <http://www.canlii.org/bc/cas/bcca/2004/2004bcc473.html>. Dans cette affaire, et bien que la Cour d'appel de Colombie-Britannique refuse, sur la base d'une technicité, de reconnaître la validité d'une demande de recours collectif, il est clairement évoqué que l'arbitrage peut être attentatoire aux intérêts de consommateurs qui ne pourraient

devrait être en mesure d'établir très bientôt une ligne de démarcation¹¹, qui aura sur cette question uniquement un intérêt forcément moindre maintenant que la loi est désormais claire à ce sujet.

Relativement à ce que le projet de loi n'a pas dit, il nous semble qu'il eut été facile de prévoir certaines dispositions qui auraient pu avoir une portée réelle pour un meilleur encadrement des technologies de l'information. En premier lieu, il est dommage de constater que la publicité n'a aucunement été traitée dans une perspective technologique alors que certaines formes nouvelles présentent des différences sensibles d'avec la publicité traditionnelle. Par exemple, il est notable de constater que la publicité est de plus en plus sournoise, prend la forme de jeux disponibles en ligne et plus généralement ne donne pas l'impression d'être ce qu'elle est, à savoir, un outil de promotion. Sans doute, eut-il été bénéfique d'introduire une disposition assurant que toute publicité soit identifiée comme telle¹²; sans doute des mesures devraient être prises face à des jeux disponibles en ligne¹³. Autant d'exemples qui montrent que cet amendement législatif, aussi bon soit-il, n'est qu'une pierre d'un édifice qui en exigerait sans doute d'autres pour disposer de la stabilité voulue.

Ceci étant dit, et outre d'autres domaines qui auraient pu donner lieu à développements¹⁴, nous finirons par un silence qui nous apparaissait salutaire dans

trouver leur salut sans un tel recours collectif . Une analyse comparée particulièrement éclairante y est proposée et on peut y lire le propos suivant : « the competing policy objectives of both statutes in the circumstances of this case. (...). She (the judge) considered the cost-saving objectives of both arbitration and class proceedings, and concluded that individual actions or arbitrations would likely create an economic bar to the resolution of the individual claims, while a class proceeding would allow the claimants economic access to justice. This is a proper approach to a preliminary or *prima facie* analysis of whether a class proceeding is the preferable procedure. »

¹¹ Voir notamment les développements dans l'affaire *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (CanLII) et *Muroff c. Rogers Wireless Inc.*, 2006 QCCA 467 (CanLII)

¹² Comme c'est le cas en France avec la *LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O n° 143 du 22 juin 2004 page 11168, dont l'article 20 prévoit : « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée. ». Voir également, dans le même sens, Art. L. 121-15-1. - Les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message. »

¹³ Par exemple, le projet de loi 60, Loi modifiant la Loi de 2002 sur la protection du consommateur afin de réglementer la promotion des jeux sur Internet en Ontario et la publicité qui en est faite.

¹⁴ Plusieurs considèrent qu'une clause aurait pu être introduite relativement à l'utilisation de pourriels. Bien que certains groupes de travail fédéraux se penchent sur la question, il serait important d'avoir pour le moins une disposition législative traitant de la question, et ce, même si la loi n'attrape pas les fautifs. Simplement, au cas où un contrevenant est identifié, que l'on puisse disposer d'une base légale sûre pour le condamner. Ce qui n'est pas vraiment le cas

l'amendement législatif mais qui risque de réapparaître par le biais du règlement d'application qui doit être adopté avant le 15 décembre 2007¹⁵. En effet, un projet de règlement, encore à l'étape de consultation¹⁶, envisage d'introduire une exception à l'application des dispositions sur les contrats à distance pour les ventes de produits assujettis à la protection du droit d'auteur. Ainsi, de tels produits n'auraient pas à se conformer aux articles 54.4 et suivants, sous prétexte qu'ils ne peuvent donner lieu à un droit de résolution¹⁷. Cette dérogation nous paraît d'autant plus condamnable que les œuvres en cause, comme les logiciels notamment, sont des produits qui demandent un haut niveau d'information pour le consommateur, notamment en ce qui a trait aux spécificités techniques¹⁸. Aussi, si cette dérogation peut se comprendre dans des pays - ou des régions - qui utilisent le droit de retour¹⁹, le droit de retour étant une prérogative qui ne relève que du bon vouloir - ou plutôt du non vouloir - du consommateur, elle ne s'explique que mal dès lors qu'elle porterait atteinte aux conditions même de la réalisation du contrat. Ceci est d'autant plus vrai que d'autres solutions, technologiques notamment, permettent aux titulaires des droits de protéger le contenu de leurs œuvres.

B - Apports procéduraux

Mais ce projet de loi n'est pas que substance; il introduit également, et c'est selon nous le cœur de son innovation, la mise en place d'une procédure contractuelle précise, gage de protection.

Plus théoriquement, et comme nous avons pu le prétendre dans des publications précédentes²⁰, cette démarche visant à privilégier aussi la mise en place de procédures et non seulement des règles substantielles plus classiques nous apparaît parfaitement adaptée à l'encadrement des technologies de l'information. Certes, l'un n'empêche pas l'autre et « substance » et « procédure » sont deux moyens cumulatifs pour ce faire comme le traduit d'ailleurs les deux parties successives du présent paragraphe. Néanmoins, même dans un domaine à encadrement relativement fort comme la consommation, où l'ordre public est de mise, le législateur doit parfois s'interroger quant aux façons de faire pour dire le droit. Deux raisons militent minimalement pour une « procéduralisation » des lois.

aujourd'hui. Voir par exemple l'affaire *1267623 Ontario v. and Nexx Online*, [1999] O.J. No. 2246, Court File No. C20546/99, Ontario Superior Court of Justice, disponible à <http://www.nyx.net/~heisenbe/misc/ruling.txt>, où le juge se base sur le concept de Netiquette pour condamner l'expéditeur de pourriels.

¹⁵ Conformément à l'article 18 du projet de loi.

¹⁶ *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur à la suite de l'adoption de la Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur*, document non publié.

¹⁷ *Infra*, Partie 2, 2), A).

¹⁸ Conformément à ce qui est exigé à l'article 54.4 d). *Infra*, Partie 2, 1), A.

¹⁹ Comme en Europe avec la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, texte publié au Journal officiel des Communautés européennes n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 - 0027.

²⁰ Vincent GAUTRAIS, « Libres propos sur le droit des affaires électroniques », *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006 <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/gautrais.pdf>.

En premier lieu, la procédure est une solution parfaite pour intégrer la perte de formalisme associée à la perte de matérialité. Le papier n'est pas sans avantage et sa perte occasionne de l'insécurité mais aussi la perte d'habitudes, de façons de faire, socialement acceptées. Le passage du papier vers l'électronique devait donc compenser cet état de fait et il devenait nécessaire d'«encrener autrement le contrat. C'est donc ce rôle de suppléance qu'offre ici le projet de loi. À l'assurance de la matière, s'installe une procédure accompagnant le consommateur, le prenant presque par la main, en instaurant une succession de sept étapes - que sont 1) l'information, 2), la conservation, 3) l'acceptation, 4) la constatation, 5) la transmission, 6) la résolution et enfin 7) la rétrofacturation²¹. Ces différentes étapes permettent, nous le croyons, d'assurer un niveau de protection au moins comparable, peut être meilleur, à celui qui prévalait, il y a deçà quelques années, dans l'environnement papier.

En second lieu, la « procéduralisation » du droit est susceptible d'être une attitude législative fort intéressante dans un contexte électronique, notamment lorsque la complexité des situations à réguler ne permet pas un encadrement législatif habituel. Une pareille approche s'est par exemple développée dans la protection des renseignements personnels, dans le domaine de la preuve des documents électroniques, voire en matière de valeurs mobilières. Dans le premier cas, la *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*²², et particulièrement l'annexe 1, exige au responsable des renseignements personnels d'élaborer toute une série de politiques ou procédures qui permettront de souligner le sérieux de sa gestion; en revanche, l'encadrement du contenu des politiques en question est relativement faible. Dans le deuxième exemple, soit la preuve électronique, il est possible de citer la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²³ qui, soit suggère²⁴, soit oblige²⁵, à mettre en place des ententes de sécurité pour qu'un document puisse ensuite être présenté en preuve. Dernière illustration, le domaine des valeurs mobilières est de plus en plus encadrées par des réglementations obligeant les acteurs commerciaux à mettre en place des procédures et politiques sans préciser ce qui doit y être inclus²⁶. Ces derniers se basent donc sur des standards techniques développés par l'industrie, extérieur au monde réglementaire.

En l'occurrence, cette deuxième raison, militant pour la pertinence d'approche procédurale des lois, est passablement moins pertinente dans le cas qui nous intéresse dans cet article. En effet, la procédure contractuelle développée dans le projet de loi

²¹ *Infra*, Partie 2.

²² Disponible à <http://www.canlii.org/ca/loi/p-8.6/tout.html>.

²³ Disponible à <http://www.ijjcan.org/qc/legis/loi/c-1.1/20060115/tout.html>.

²⁴ Par exemple en matière de conservation de documents, voir les articles 19 et suivants.

²⁵ Par exemple, en matière de transfert de documents d'un support vers un autre, voir les articles 17 et suivants.

²⁶ Voir à ce sujet Vincent GAUTRAIS, « La gestion électronique de l'information financière : illustration de l'acculturation du droit des affaires électroniques », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *L'acculturation en droit des affaires électroniques*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, pp. 379-432.

tente au contraire de combler au maximum les vides possibles et recherche à être très précise. Étant donné le caractère d'ordre public qui prévaut forcément en matière de consommation, la procédure instaurée ici est utilisée non pas pour des fins de souplesse mais davantage pour un objectif d'une meilleure adaptation à la « réalité vivante »²⁷ que l'on cherche à encadrer.

2 - Domaine d'application technologique

Outre le domaine d'application assez large en terme de matériel venant contrôler les activités des marchands à distance, l'apport le plus significatif que l'amendement législatif présente porte sur le régime des contrats à distance également compris dans un sens inclusif. D'ailleurs, sur le plan quantitatif, les dispositions s'y rapportant constituent plus de la moitié de l'amendement. Certes, cette notion de contrats à distance n'est pas nouvelle et existait dans la LPC dès son origine. Néanmoins, à l'approche minimaliste des anciens articles 20 à 22²⁸, a été substitué une véritable procédure contractuelle, insérée dans une section propre à ce type de contrat, précise et substantielle qui encadre les façons de faire de l'industrie et que nous développerons davantage dans la seconde partie. Si la remise en cause de ces anciens articles n'est pas à remettre en cause justement et s'imposait, nous croyons nécessaire de dire quelques mots plus critiques quant à la pertinence de conserver ce concept et de régir sous une même étiquette, les contrats à distance, l'ensemble des situations où consommateur et commerçant ne sont pas en contact *de visu*.

Car en effet, ce vocable de contrat à distance est défini très largement dans la LPC. Une généralité qui, si elle se comprend bien, notamment par rapport au fait qu'il est loisible d'apporter un régime protecteur au plus grand nombre de situations possibles, nous pose pourtant problème tant lesdites situations sont diverses et représentent des réalités commerciales qui ne sont pas forcément conciliables (A). Aussi, nous croyons que la LPC en choisissant une pareille approche globale devra faire face à de réelles difficultés d'application (B).

A - Un concept difficile à définir

L'article 54.1 LPC définit le contrat à distance de façon assez similaire à l'ancien article 20.

²⁷ Pour reprendre l'expression développée par Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 57. Cette appellation nous remémore aussi l'appréciation de René Démogue (Cité par Guido ALPA, « L'avenir du contrat : aperçu d'une recherche bibliographique », (1985) 1 *Revue internationale de droit comparé* 7) où le contrat est assimilé à « une chose vivante ».

²⁸ Les articles 20 à 22 n'avaient dans les faits qu'une portée fort limitée. En effet, alors que l'article 20 définissait ce concept, l'article 21 établissait que le contrat de consommation à distance « est réputé conclu à l'adresse du consommateur »; une disposition qui avait perdu de son intérêt avec l'avènement de l'article 3117 C.c.Q. Quant à l'article 22, instaurant un lourd et complexe régime de caution pour contourner l'interdiction de « paiement partiel ou total au consommateur (...) avant d'exécuter son obligation principale », il était très peu suivi par l'industrie, notamment les vendeurs sur Internet.

« Un contrat à distance est un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat. » (nos soulignements)

Une définition très large qui, outre les conditions habituelles de l'offre, se base sur la seule « non présence » physique entre le consommateur et le commerçant. Une définition qui est d'ailleurs passablement plus large que celle que l'on trouve dans la un des rares références législatives à utiliser ce concept, à savoir la *Directive européenne sur les contrats à distance*²⁹. En effet, cette dernière définit le contrat à distance dès lors que le commerçant « utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance »³⁰.

Ainsi, la définition québécoise entend par sa généralité s'appliquer à un grand nombre de situations; une variété qui devra être limitée par le règlement d'application prévu dans l'amendement législatif du 14 décembre 2006 et qui doit intervenir avant le 15 décembre 2007³¹. D'ailleurs, un document émanant de l'Office de la protection du consommateur, non publié, et s'intitulant *Orientations relatives aux modifications à apporter au Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur à la suite de l'adoption de la Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur*³² prévoit un certain nombre d'exceptions liées au mode de communication : sont par exemple cités les distributrices ou les guichets automatiques, les bornes de stationnement, certaines formes de téléphonie comme celles à partir des bornes publiques. Notons que toutes ces exceptions sont également citées dans la Directive européenne³³.

Des exceptions qui s'imposent étant donné la généralité du concept et qui, nous le verrons dans le point suivant, ne nous semblent pas toujours faciles à appliquer. Une approche de gestion des exceptions qui paraît très conforme à celle habituellement utilisée par les juridictions de *common law* qui, pourtant, ont traité la question de façon différente. En effet, au Canada, et au meilleur de notre connaissance, le concept de contrat à distance n'est pas utilisé³⁴, les autres provinces ayant préférées

²⁹ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, précité, note 19.

³⁰ *Id.*, article 2 (1) : « «contrat à distance»: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

³¹ Conformément à l'article 18 du projet de loi 48.

³² Document non publié.

³³ *Directive européenne sur les contrats à distance*, précitée, note 19, article 3 s'intitulant « Exceptions ».

³⁴ Voir le *Business practices and consumer protection Act*, SBC 2004, Chapter 2, disponible à http://www.gp.gov.bc.ca/statreg/stat/B/04002_04.htm#section47. La loi de la Colombie-Britannique prévoit des dispositions particulières, d'une part, pour le contrat à distance

une approche moins neutre sur le plan technologique en optant pour un encadrement propre au médium électronique, voire même à Internet. La *Loi sur la protection du consommateur* ontarienne³⁵, amendée en 2002, évoque les conventions électroniques³⁶. Les lois sur la protection du consommateur du Manitoba³⁷ et du Saskatchewan³⁸ optant plutôt pour les contrats par Internet. La Colombie-Britannique, nous l'avons vu, développa quant à elle une vision autre, mais prévoit comme dans les autres cas un régime propre à l'électronique avec les « Distance sales contract in electronic form »³⁹. Mais cet état des lieux doit également citer le Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet⁴⁰ provenant du Gouvernement du Canada, d'autant qu'il inspira directement plusieurs lois canadiennes, dont le projet de loi 48⁴¹. Or, comme son titre l'indique, il est ciblé à Internet et vérifia la pertinence des exigences au regard de ce seul médium. Même approche en Europe où si les premières références à ce type de contrat faisaient référence aux contrats à distance⁴², ce qui se comprenait bien étant donné qu'Internet n'existait pas encore ou était encore balbutiant, la déferlante électronique fut telle, avec ses spécificités propres, que plusieurs pays introduisirent des règles complémentaires pour les ventes au consommateur en ligne⁴³.

Dans l'immense majorité des cas, on prévoit donc un régime propre au médium électronique. À cet égard, le Québec fait preuve d'une spécificité assez unique en utilisant le régime englobant de contrats en distance, et ce, sans apporter de spécificités au médium électronique. Plus exactement, la LPC propose un régime

(article 46 à 52) et, d'autre part, pour le contrat à distance en format électronique (article 47).

³⁵ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, Ch. 30, disponible à http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/French/02c30_f.htm.

³⁶ *Id.*, voir les articles 37 et suivants.

³⁷ Voir les articles 127 et suivants du *Electronic Commerce and Information, Consumer Protection Amendment and Manitoba Evidence Act*, Manitoba, 2000, ch. 32, disponible à <http://www.canlii.org/mb/legis/loi/c-200/20060220/tout.html>.

³⁸ Voir l'article 75.51 du *Act to Amend The Consumer Protection Act*, Saskatchewan, 2002, chapter 16, disponible à <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/Chapters/2002/chap-16.pdf>.

³⁹ Voir l'article 41 du *Business practices and consumer protection Act*, précitée, note 34.

⁴⁰ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet*, (2001), disponible à [http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/\\$FILE/Sales_Template_fr.pdf](http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/$FILE/Sales_Template_fr.pdf). (Ci-après « Modèle d'harmonisation »).

⁴¹ Les notes explicatives du projet de loi 48 identifient d'ailleurs clairement que ce Modèle d'harmonisation fut la source d'inspiration première de cet amendement législatif.

⁴² *Directive européenne sur les contrats à distance*, précitée, note 19.

⁴³ LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après LCEN), J.O n° 143 du 22 juin 2004 page 11168. Voir aussi la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») *Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016*

prévu pour l'électronique mais applicable à l'ensemble des contrats à distance. Nous le verrons aussi, cette transposition du terme générique à l'ensemble des médiums concernés ne se fera pas sans anicroches.

B - Un concept difficile à appliquer

Cet état des lieux montrant la volonté quant au domaine d'application d'un régime protecteur applicable à des contrats de consommation où les personnes ne sont en présence l'une de l'autre, ne va pas manquer d'avoir des conséquences sur l'application des dispositions substantielles en cause.

La première conséquence qu'il importe d'identifier quant à la perpétuation du terme de « contrat à distance » tient au fait, comme mentionné plus tôt, qu'il faille forcément prévoir des exclusions d'application. Si un certain nombre a déjà été évoqué, il est tout à fait possible de croire qu'il faille à l'avenir, et au gré des avancées technologiques, en intégrer, par règlement, de nouvelles. Sans que cela ne soit de la science-fiction, il est déjà possible de contracter par le biais d'un téléphone cellulaire. Or, les nouvelles dispositions relatives aux obligations d'information du marchand énumèrent une liste assez conséquente de renseignements qui doivent obligatoirement être transmises au consommateur. Cette liste d'une douzaine de renseignements préalables à la conclusion du contrat peut certes se concevoir pour Internet. D'ailleurs, elle a été conçue pour ce médium. En revanche, elle risque d'être passablement laborieuse pour l'utilisation d'un téléphone ne disposant que d'un écran de très petite taille tout comme elle risque de l'être pour un téléphone traditionnel où le respect de ces exigences risque d'avoir pour effet d'inonder d'information le consommateur.

Il ne s'agit pas là de nier que la distance inhérente à un contrat par téléphone, avec ou sans écrit - entendons avec ou sans écran -, met le consommateur dans un état de vulnérabilité justifiant un régime dérogatoire plus protecteur. Le problème tient au fait que les modalités d'une bonne information ne s'organisent pas de la même façon d'un support à un autre. Par exemple, l'alinéa (d) de l'article 54.1 du projet de loi, demandant que le commerçant divulgue « une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécificités techniques » se comprend aisément dans le cadre d'une transaction par Internet; elle risque en revanche d'être difficile à appliquer pour les différents types de contrats téléphoniques : que ce soit les contrats par téléphone traditionnel où plusieurs minutes seront assurément nécessaires pour respecter l'obligation d'information du marchand; que ce soit par téléphone cellulaire où la lecture sur un écran de quelques centimètres carré paraît pour le moins hasardeuse. D'ailleurs, la liste que l'on trouve dans la loi québécoise est passablement plus longue que celle que l'on trouve dans la *Directive européenne sur les contrats à distance*⁴⁴. Elle est en revanche identique, ou presque, à la loi de Colombie-Britannique qui traite également de contrats à distance⁴⁵ qui, il est vrai, dispose d'un régime distinct entre électronique et autres médiums à distance.

⁴⁴ *Précitée*, note 19, article 4.

⁴⁵ *Précitée*, note 34, article 46.

Autre problème potentiel encore causé par l'application de règles prévues pour Internet à des situations correspondant à la situation plus large de contrats à distance, l'article 54.4 *in fine* dispose sur les contrats écrits qui doit permettre la conservation et l'impression papier desdits contrats. Là encore, s'il est clair que cela ne s'applique pas aux contrats par téléphone traditionnel, forcément oraux, cela devrait sans doute s'appliquer à ceux par le biais d'un cellulaire. Ce qui est loin d'être technologiquement possible.

Ces problèmes susceptibles de se poser pour les téléphones cellulaires risquent donc de se présenter dans le futur au gré des inventions technologiques.

Cette discussion fait penser au débat portant sur la neutralité technologique⁴⁶. Un concept qui quoique pourtant reconnu par le *Code civil du Québec*⁴⁷ lui-même, demeure encore grandement nébuleux. Car d'une conception originale très circonscrite, à savoir, s'assurer que les lois ne favorisent pas en certains cas une technologie en particulier, il a eut tendance à faire accroire que les technologies devaient et pouvaient être régies de la même façon; à faire penser que les technologies de l'information se régissaient identiquement. D'un objectif législatif très ponctuel, fonctionnel, voulant qu'une loi ne soit pas obsolète au gré des avancements technologiques, forcément plus rapides que le droit, la neutralité technologique a voulu que l'on produise des lois qui puissent s'appliquer à tous les modes de communication à la fois. Or, ce n'est pas le cas, et l'exemple de l'exigence informationnelle des marchands dans 54.4 est à cet égard une illustration éloquente : pour des fins de protection du consommateur, le législateur précise en profondeur ses obligations d'information en énumérant des mesures particulièrement appliquées à Internet. Mais ces mesures sont-elles également applicables au téléphone cellulaire, au téléphone traditionnel, au catalogue, et bien sûr à d'éventuelles autres formes de communication en devenir. Faudra-t-il prévoir des exceptions par le règlement d'application? Si tel est le cas, alors pourquoi conserver la terminologie de contrat à distance?

Il est donc ici question d'une vraie et intéressante question de ce que j'appellerai de la « gestion législative » faisant face à une recherche d'équilibre entre deux objectifs majeurs que sont, d'une part, s'assurer d'une relative pérennité de la loi et, d'autre part, permettre que les dispositions proposées soient adaptées et applicables au médium. Un conflit s'initie donc entre deux objectifs qu'une loi, voire que le droit, est susceptible d'avoir, à savoir, plus de « construction » introduisant plus de protection des consommateurs dans le plus grand nombre de situations ou plus de « fidélité descriptive »⁴⁸ faisant en sorte que la loi correspond bien à la réalité qu'elle tente d'encadrer.

⁴⁶ Pour quelques développements quelque peu critiques sur ce concept, voir Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61-130.

⁴⁷ La nouvelle Section 6 du Chapitre premier du Titre 2 du Livre 7 du *Code civil du Québec* s'intitule désormais « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique » au lieu et place des anciennes « Inscriptions informatisées ».

⁴⁸ Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288. Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1985, (Collection " les voies du droit "), pp. 106-107.

PARTIE 2 - Application du domaine du contrat à distance

Sur le plan applicatif désormais, il importe bien entendu de mesurer l'ampleur des changements qui sont proposés par l'amendement législatif en question. Et l'on peut considérer qu'ils sont de taille... tant il est question dans ce texte d'encadrer précisément la façon dont les contrats en ligne de consommation doivent être rédigés. Sans aller bien sûr trop loin dans le domaine des contrats, traditionnellement régi par la « loi des parties », il est remarquable de constater la mise en place d'une véritable procédure contractuelle, oscillant, et c'est l'une de ses qualités, entre des dispositions qui tantôt servent de guide aux marchands, tantôt jouent un rôle de censeur : deux fonctions du droit⁴⁹ que l'on retrouve très bien ici. En effet, certaines dispositions expliquent, accompagnent les pratiques contractuelles; d'autres sont plus contraignantes et rappellent que le domaine en est un de protection corrigeant un rapport de force déséquilibré. Outils (1) et contrainte (2), deux finalités donc que le droit est susceptible de remplir et remplit effectivement dans ce texte. Deux paragraphes qui seront présentées successivement autour de ces deux fonctions explicitant un processus qui peut être décrit comme un contrat avec les sept étapes successives précitées : une concerne l'information; quatre traite de la formation, dans un sens large; deux sont liées aux sanctions que le projet de loi apporte en fin de compte.

1 - Guide à la conclusion du contrat à distance

Afin de combler la distance inhérente, forcément, à tout contrat à distance, la LPC met désormais en branle une procédure dont le niveau de précision est tel que l'on peut affirmer qu'elle opère un début de standardisation contractuelle. Les dispositions législatives en cause apportent en effet un appui significatif dans son encadrement lié à l'information du consommateur (A) ainsi que dans le rôle de formation du contrat (B) le tout, en s'adaptant particulièrement bien aux spécificités de l'Internet.

A - Information

Clé de voûte de tout contrat, l'information mérite selon nous d'être reconsidérée dans l'environnement numérique. En effet, tout contrat est un « outil de prévision du futur »⁵⁰ et de ce fait un moyen de communication consécutif d'un engagement auquel on associe des conséquences juridiques. Qui contracte, communique; qui contracte, échange une information qui se doit d'être clair afin, comme le précise l'article 1399 C.c.Q.⁵¹, d'y consentir.

Tout mode de communication est donc utilisable pour contracter. Le juge Denning ne disait-il pas qu'il est parfaitement loisible de contracter, et donc de communiquer,

⁴⁹ Clare DALTON, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », (1985) 94 *Yale Law Journal* 999.

⁵⁰ Ian R. MACNEIL, *The New Social Contract - An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 36, où le contrat y est vu comme " the relations among parties to the *process* of projecting exchange into the future".

⁵¹ « Le consentement doit être libre et éclairé. »

par des signaux de fumée de chaque côté d'un lac⁵². En revanche, chaque médium, nous l'avons dit, n'est pas similaire en terme de qualité de communication et si Internet est d'une efficacité redoutable à plusieurs égards, il pâti également d'un certain nombre de travers qui le distingue d'autres modes, qu'ils soient oraux ou papier. Des travers qui découlent soit du médium lui-même, soit de l'usage qui en est fait dans certaines habitudes contractuelles qui nous apparaissent contestables.

En premier lieu, l'électronique favorise très mal la lecture, la mémorisation, la compréhension du texte étant différente sur un écran et sur le papier; différente mais surtout généralement moins bonne lorsque l'on utilise une écriture équivalente à celle du papier.

En deuxième lieu, les sites Internet autorisent des pages beaucoup plus longues que celles que l'on trouve dans les documents papier, la limite physique de la matière - tel l'endos d'un formulaire - étant bien souvent une limite naturelle absente pour les supports électroniques.

En troisième lieu, le mode électronique est désormais définissable comme un document hypertextuel à la différence de la lecture traditionnelle sur papier qui se lit de haut en bas et de gauche à droite (en occident du moins), et donc selon un code de lecture pluriséculaire. En effet, les contrats en ligne sont souvent truffés de liens hypertextes qui sont autant de « distractions » à une lecture linéaire à laquelle le « lecteur-consommateur » est habitué. Sans aller jusqu'à prétendre que les liens hypertextes vont systématiquement exiger le standard de connaissance renforcé tel que prévu à l'article 1435 C.c.Q.⁵³, il est pour le moins nécessaire que la connaissance soit suffisante pour que le contrat soit conclu.

En quatrième lieu, une pratique contractuelle courante sur Internet veut qu'une clause puisse être amendée par le « rédacteur-commerçant » à sa guise, et ce, par son seul ajout, postérieurement à la conclusion du contrat, à charge pour le consommateur de vérifier si le contrat initial a été modifié. Là encore, il s'agit d'une possibilité qui était beaucoup moins aisée et passablement plus visible à faire de la part du commerçant qui souhaitait utiliser un tel procédé, celui-ci devant renvoyer un document avec le ou les clauses ajoutés.

Enfin, en cinquième lieu, et pour ne pas rendre trop longue cette énumération, il est souvent étonnant de constater que les termes contractuels sont souvent dissimulés sur le site Internet. Cette dissimulation prend différentes formes et se matérialise soit par le fait que les contrats sont parfois tout simplement difficiles à trouver sur le site, le consommateur devant déployer certaines énergies pour y accéder, soit à cause de la scission en une multitude de documents juridiques; documents au contenu juridique qui de surcroît sont dénommés avec des appellations non juridiques - telles que termes et conditions, conditions d'utilisation, sécurité, confidentialité, notice, vie

⁵² *Entores Ltd. v. Miles Far East Corporation*, [1955] 2 Q.B. 327, 333, [1955] 2 All. E.R. 493.

⁵³ « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. »

privée, engagement, etc. -, sans doute, dans l'esprit du marchand, pour ne pas apeurer le consommateur avec du droit. Pourtant, dans presque tous les cas, il s'agit bien de contrat en bonne et due forme qui engage le consommateur.

Conscient de ces spécificités communicationnelles, la LPC nouvelle intègre donc à l'article 54.4 une obligation explicite d'information renforcée qui s'applique donc à la définition donnée de contrats à distance. Cette obligation, qui correspond à la première des 7 étapes du processus contractuel, se matérialise d'une double manière : d'une part, une liste complète de 12 différents types d'information est désormais requise dans chaque contrat à distance. Si la plupart de ces informations sont somme toute banales, usuelles, notamment celles liées à l'identité et aux qualités du marchand, au prix, des conditions de livraison ou autres, le fait de les identifier aussi exhaustivement est assurément un apport indiscutable que la loi propose. De plus, mentionnons que la LPC met clairement l'accent sur la description du bien ou service proposé, ce qui dans le domaine technologique est particulièrement important. En effet,

« avant la conclusion du contrat, le commerçant doit divulguer au consommateur (...) d) une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques ».

Cette disposition a notamment pour vertu de régler la situation fréquente où l'achat d'un produit, tel un logiciel, est dépendant des composantes techniques de l'ordinateur qui va l'utiliser. L'achat d'un bien ou service est donc souvent indissociable d'éléments qui lui sont, certes extérieurs, tout en étant pourtant nécessaires à son fonctionnement.

Il est donc possible d'ajouter que cette énumération précise, face à des marchands étant souvent en quête de plus de précisions à ce sujet, nous apparaît donc clairement plus comme un outil qu'une contrainte.

Outre cette énumération, l'article 54.4 *in fine* renforce les exigences en terme de communication informationnelle en ajoutant une condition formelle selon laquelle

« [l]e commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur ». (nos soulignements)

La succession des 2 qualificatifs et de l'adverbe sont, selon nous, autant d'admission des pathologies communicationnelles précitées et de la nécessité d'y remédier par une connaissance renforcée du consommateur. 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 c. Google*⁵⁴ où le juge, interprétant un contrat de ce dernier, sur

⁵⁴ Disponible à <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0411P.pdf>.

la base de principes généraux du droit, le considéra comme respectant des critères d'information suffisants au regard de sa forme, sa lisibilité, sa longueur, plus généralement de l'effort entrepris par le marchand pour s'assurer d'une connaissance du contenu contractuel par l'adhérent⁵⁵.

L'article 54.4 présente donc en terme d'information contractuelle du consommateur l'heureux couplage de dispositions précises et complètes énumérées quasi-exhaustivement avec un paragraphe général qui met un accent incontestable sur la qualité informationnelle. Fort de ces dispositions, les juges nous semblent passablement mieux armés pour lutter contre certaines des pathologies précitées.

B - Formation

Logiquement, chronologiquement, à l'information suit la formation nécessaire au contrat. En fait, pour être tout à fait précis, le processus proposé exige la mise en place d'étapes qu'il n'est pas toujours aisé de clairement intégrer dans l'une ou l'autre catégorie. C'est notamment le cas de l'obligation de conservation - la deuxième étape - décrite toujours à l'article 54.4 *in fine* où il est prévu que

« lorsqu'il s'agit d'une offre écrite, il doit présenter ces renseignements de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver et les imprimer sur support papier ».

Cette exigence, là encore inspirée du Modèle d'harmonisation canadien, nous semble très adaptée aux contrats par Internet où la preuve hybride, mi-électronique et mi-papier, est souvent préconisée. Car en effet, c'est bien de preuve quant à l'existence du contrat et à son contenu à laquelle cette condition réfère; ainsi, l'on veut s'assurer qu'en cas de litige postérieur à la formation du contrat, les conditions contractuelles soient aisées à retrouver. C'est également un moyen de responsabiliser le consommateur qui ne doit pas non plus faire « preuve » d'un manque total de clairvoyance. Ainsi, tout comme il est diligent de conserver ses factures

⁵⁵ Lire sur le blogue www.gautrais.com, le billet de Mirian COHEN, *Contrat clickwrap validé aux États-Unis*, 09 avril 2007, <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. (...) the 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. »

traditionnelles, il est fortement conseillé de faire de même dans un environnement électronique. Une solution mitoyenne où les deux parties ont donc des obligations : le commerçant doit faciliter la conservation; le consommateur se doit de l'effectuer, soit en version électronique (par exemple en pdf), soit en l'imprimant et en la classant. Certes, le législateur aurait pu aller plus loin en préconisant la solution française selon laquelle le commerçant se doit d'archiver le contrat et de la transmettre sur demande au consommateur⁵⁶. Dans ce cas, l'entièreté des obligations est assumée par le commerçant. Entre les deux solutions présentées, le choix de l'une ou l'autre est une question d'appréciation, d'ampleur de la protection que l'on souhaite apporter au cyberconsommateur. D'un autre côté, rien n'empêche le commerçant d'être plus diligent que demandé et d'assurer les deux niveaux de protection à la fois, comme cela semble se faire dans le Modèle d'harmonisation⁵⁷, il est vrai dans des termes quelque peu différents.

La troisième des 7 étapes précitées concerne désormais l'habituel et nécessaire binôme « offre - acceptation » qui est propre à tout contrat qui se respecte. Si l'offre ne pose en pratique guère de problème majeur, il importait de soulever et régler l'éventuelle confusion existant entre une offre, précise et non équivoque, et la simple invitation à contracter. Cette distinction méritait d'autant plus de s'y attarder que certaines pratiques contractuelles voient certains commerçants, en toute discrétion, retarder la conclusion du contrat en intégrant une clause stipulant que les parties sont liées dès lors que le marchand accepte l'offre adressée par le consommateur. Dans un cas comme celui-ci, se succèdent donc 1) une invitation à contracter; 2) une offre du consommateur; 3) une acceptation du marchand. Cette pratique contractuelle s'est notamment développée à la suite du litige concernant une erreur sur le prix dans l'affaire *Dell Computer c. Union des consommateurs*⁵⁸, permettant ainsi au marchand de ne pas être lié en pareil cas⁵⁹.

Pour y remédier, la LPC dispose d'une nouvelle disposition qui, au meilleur de notre connaissance, n'est pas présente dans le Modèle d'harmonisation, et selon laquelle, à l'article 54.1 al. 2 :

⁵⁶ LCEN, précitée, note 43, article 25.

⁵⁷ Précité, note 40, article 3 (2) (b).

⁵⁸ Voir notamment *Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.*, 2003 CanLII 41481 (QC C.S.); *Union des consommateurs c. Dell Computer Corp.*, 2004 CanLII 32168 (QC C.S.); *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (CanLII).

⁵⁹ Voir notamment les « Conditions de vente » sur le site de Dell www.dell.ca, où l'article 3 stipule : « 3. Modalités de règlement; commandes; soumissions; intérêt. Les modalités de règlement sont fixées à l'entière appréciation de Dell et, à moins que Dell n'en convienne autrement, Dell doit recevoir le paiement avant d'accepter une commande. Le paiement des produits et des services et soutien peut être effectué par carte de crédit, par transfert électronique de fonds ou au moyen d'une autre méthode de paiement fixée à l'avance, à moins que Dell n'accorde un crédit. Si Dell accorde un crédit, les factures doivent être réglées dans les trente (30) jours suivant la date de la facturation. Dell peut facturer des parties d'une commande séparément. Dell n'est pas liée par les commandes avant de les avoir acceptées. Les soumissions données par Dell seront valides pour la période indiquée dans la soumission. » Une même pratique peut être trouvée sur le site de *Future Shop*.

« [l]e commerçant est réputé faire une offre de conclure le contrat dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire. »

Par cette disposition, une présomption est donc intégrée dans la LPC évitant l'éventuel débat quant à la qualification d'offre simple ou d'invitation à contracter. Pourtant, cette position salubre ne s'imposait pas forcément. En effet, relativement aux offres adressées au public ou à des personnes indéterminées, des positions s'opposent tant au plan national qu'international. D'un côté, la *Convention de Vienne sur le vente internationale de marchandises*⁶⁰ prévoit à son article 14 al.2 que

« 2) Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire. »

Cette position fut d'ailleurs suivie par les travaux de la CNUDCI à l'article 11 de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux* qui prévoit dans des termes non équivoques qu'

« [u]ne proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation. »

Deux positions très claires qui il est vrai ne s'appliquent pas aux relations de consommation⁶¹. Deux positions qui sont également loin d'être concordantes avec certains droits nationaux, du moins civilistes. C'est notamment le cas en France à la suite notamment de plusieurs arrêts de la Cour de cassation dans ce sens⁶², tout comme au Québec où là encore l'article 1390 C.c.Q. reconnaît expressément l'existence d'offre à personne indéterminée. Ainsi, sauf exceptions rarement

⁶⁰ La *Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises* d'avril 1980 est disponible à : <http://www.uncitral.org>.

⁶¹ C'est notamment mentionné à l'article 2 (a) de la *Convention de Vienne* ainsi qu'à l'article 2 (a) de la *Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*.

⁶² Voir notamment la jurisprudence et les propos pour le moins clairs tenus dans Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil - La formation du contrat*, 3^{ième} éd., L.G.D.J., Paris, p. 266.

applicables en matière de consommation⁶³, « l'offrant ne peut en principe, refuser de contracter, si l'acceptation proposée rencontre les termes de l'offre. »⁶⁴ La position clarifie, si besoin était en droit civil, la position et amplifie la teneur de l'obligation en établissant le caractère d'ordre public que les travers de la pratique justifient parfaitement.

À l'offre succède bien entendu l'acceptation et là encore un encadrement s'imposait; et s'opéra. Il s'agit en l'espèce de l'article 54.5 qui dispose :

« Avant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs. »

Trois éléments peuvent être identifiés dans ce court paragraphe qui tente de contrer des pathologies contractuelles pour le moins fréquentes. D'abord, et même si cela peut paraître *a priori* évident, plusieurs contrats en ligne étaient régulièrement conclus avant que l'adhérent ait pu avoir connaissance au contenu contractuel⁶⁵. Ensuite, l'action de matérialisation du consentement - classiquement, il s'agit souvent du fameux clic « J'accepte » -, doit être considérée comme un choix véritable. Trop souvent, certains consommateurs remplissent une série de formulaires pour arriver finalement à un icône « J'accepte » qui n'autorise rien d'autre que de cliquer dessus. On considère par ce biais, et de façon très concrète, que le « Oui » n'a de valeur que s'il est associé à la possibilité d'un « Non », évitant ainsi les hypothèses de « kidnapping » de consentement ainsi que ce que nous appelons les « clics compulsifs », l'adhérent cliquant sur la seule option qui lui est offerte comme un enfant tire sur une corde. Christian Vandendorpe, professeur en communication à l'Université d'Ottawa, a également utilisé l'analogie de l'enfant pour déterminer les particularités que le clic présente⁶⁶ affirmant avec passablement d'éloquence que

« [p]ar le mécanisme de dévoilement qui lui est inhérent, ce système en appelle particulièrement à la psychologie infantine. 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

⁶³ Comme des contrats *intuitu personae*.

⁶⁴ Voir Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^{ième} éd., Éditions Yvon Blais, Cowansville, p. 186; Didier LLUELLES et Benoit MOORE, *Droit des obligations*, 2006, Éditions Thémis, Montréal, p. 139, par. 283.

⁶⁵ Jean Braucher, professeure américaine, qui a participé à la rédaction d'un projet fédéral sur les ventes en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur (UCITA), prétendait en 1999 que sur 64 compagnies qui vendaient en ligne de tels produits bénéficiant des protections contractuelles spécifiques, huit seulement permettaient à l'acheteur de les connaître avant que le paiement ne soit fait.

⁶⁶ Christian VANDENDORPE, « De la textualité numérique : l'hypertexte et la « fin » du livre », (1997) 17 *Recherches sémiotiques / Semiotic Inquiry* 271.

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'utilisateur 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. »

Bien sûr, accepter en ligne ne se fait pas seulement par le biais d'un clic; néanmoins, le caractère express semble pratiquement condamner le fameux « browserwrap », dont la reconnaissance peine, sauf exception, à être considérée. Et c'est bien sûr pour le mieux. Enfin, en troisième lieu, la disposition précitée dans la LPC autorise la possibilité de correction par l'adhérent, conformément d'ailleurs à ce qui prescrit à l'article 35 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Précisément, cette dernière loi est plus précise relativement à cette capacité de correction, en exigeant que celle-ci s'opère en suivant des instructions claires quant à la façon de procéder.

Toujours dans la formation, même si elle la suit quelque peu, les quatrième et cinquième étapes doivent assurément être traitées de manière conjointe. En effet, en conformité des clauses 54.6 et 54.7, il est mentionné :

« 54.6. Le contrat doit être constaté par écrit et indiquer :

- a) le nom et l'adresse du consommateur ;
- b) la date du contrat ;
- c) les renseignements énumérés à l'article 54.4, tels qu'ils ont été divulgués avant la conclusion du contrat. »

«54.7. Le commerçant doit transmettre au consommateur un exemplaire du contrat dans les 15 jours suivant sa conclusion de façon à garantir que le consommateur puisse aisément le conserver et l'imprimer sur support papier. »

La raison de traiter de ces deux obligations ensemble, isolées dans le projet de loi, et ce, même si elles se suivent, avec des modalités de résolution distinctes⁶⁷, tient d'abord au fait que le Modèle d'harmonisation canadien les fusionne sous l'appellation « Copie du contrat de vente par Internet »⁶⁸. De plus, il nous apparaît que le respect de ces deux dispositions peut être réalisé par la même opération. Concrètement, un marchand qui transmet par courriel, télécopie, par la poste ou messenger⁶⁹ une telle copie du contrat remplira à la fois le constat et la transmission.

Cette disposition présente de surcroît, selon nous, deux fonctions que nous appellerons incidentes. D'une part, elle permet, tant avec la date qu'avec le nom du consommateur, de personnaliser le contrat avec sans aucun doute, un effet augmentant le niveau d'implication du consommateur; renforçant l'impression, en voyant son nom associé à celui du marchand, qu'il est en train de s'engager dans une relation qui « le » concerne juridiquement. D'autre part, il s'agit de faire le point en intégrant, en un seul et même document, plusieurs éléments du contrat considérés comme essentiels.

Mais l'élément central de l'obligation prévue à 54.6 est sans doute lié à l'exigence de l'écrit. Même si cela n'est pas dit clairement ici, il importe de mentionner que cet article ne requiert pas nécessairement l'utilisation du papier. Si certains contrats de consommation ne peuvent se faire que par le biais du support papier, conformément à la modification de l'article 25 LPC par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, ce n'est pas le cas ici. L'écrit est neutre technologiquement et peut donc être selon ce dernier texte, électronique⁷⁰.

Enfin, et ce sera notre dernier élément dans ce paragraphe lié à la formation, le projet de loi intègre à 54.7 l'exigence selon laquelle une copie du contrat doit être transmis au consommateur pour fins de conservation ou d'impression. La suite logique et immédiate du préalable prévu à 54.6 où l'on appuie sur l'importance de laisser une trace, et ce, de façon similaire à l'article 54.4 *in fine*, qui lui aussi réfère aux modalités de conservation et d'impression.

2 - Contrôle du contrat à distance

Au-delà de la fonction « d'outil » que le projet de loi présente, il dispose également d'une fonction plus classiquement répressive, ce qui est naturellement de mise lorsque l'on est face à un domaine de protection comme celui-ci. Répression, le terme est fort; peut-être est-il plus juste de parler de correction. Car tant les modalités de résolution (A) que celle de rétrofacturation (B) ont pour objet de revenir en arrière et de corriger le passé.

⁶⁷ Voir respectivement les articles 54.8 c) et 54.8 d).

⁶⁸ Voir l'article 4.

⁶⁹ Pour reprendre les illustrations proposées dans le Modèle d'harmonisation canadien, *précitée*, note 40, à l'article 4 (3).

⁷⁰ Ce qui est loin d'être le cas au regard de la formulation utilisée dans le Modèle d'harmonisation canadien, article 4 (1), qui affirme dans une formulation sans aucun doute contestable que le marchand doit remettre « une copie écrite du contrat ou une version électronique ».

A - Modalités de résolution

Ce qui constitue notre sixième étape, la résolution, correspond à la sanction associée au non respect des cinq étapes précédentes. En effet, l'article 54.8 dispose de 4 paragraphes distincts qui s'appliquent respectivement aux quatre précédents articles propres à l'information, incluant la conservation et l'impression (54.4); l'acceptation (54.5); la constatation (54.6) et la transmission (54.7)⁷¹. L'application de ces clauses nous apparaît relativement simple.

En revanche, il convient de signaler que contrairement à la version préalable du projet de loi 48, un paragraphe a été ajouté quant à la résolution liée à l'article 54.4, à savoir :

« Ce délai de résolution court toutefois à compter de l'exécution de l'obligation principale du commerçant lorsque le consommateur constate, à ce moment, que le commerçant n'a pas divulgué tous les renseignements énumérés à l'article 54.4. »

Cet ajout est une réponse fort pertinente à une incongruité provenant du modèle d'harmonisation canadien selon lequel :

« Un consommateur peut annuler un contrat de vente par Internet (...) a) en tout temps entre la date de conclusion du contrat et sept (7) jours suivant la réception de la copie du contrat si (i) le commerçant n'a pas divulgué au consommateur les renseignements décrits à l'alinéa 3 (1) a) (...). »⁷² (Nos soulignements)

Ainsi, le consommateur qui faisait face à la réception d'un bien ne correspondant pas à ce qu'il avait acheté en ligne, risquait de se trouver face à la situation ubuesque d'absence de recours lorsque la livraison durait plus de sept jours, ce qui est loin d'être rare. La disposition du Modèle canadien présente donc la caractéristique d'être potentiellement totalement inutile et la correction demandée dans le mémoire de l'Union des consommateurs⁷³ et effectuée par les juristes de l'*Office de la protection*

⁷¹ « Le consommateur peut résoudre le contrat dans les sept jours suivant la réception de l'exemplaire du contrat dans l'un ou l'autre des cas suivants : a) le commerçant n'a pas, avant la conclusion du contrat, divulgué au consommateur tous les renseignements énumérés à l'article 54.4 ou ne les a pas divulgués conformément à cet article ; b) le commerçant n'a pas, avant la conclusion du contrat, expressément donné au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition ou d'en corriger les erreurs ; c) le contrat n'est pas conforme aux exigences de l'article 54.6 ; d) le commerçant n'a pas transmis un exemplaire du contrat de façon à garantir que le consommateur puisse aisément le conserver et l'imprimer sur support papier. »

⁷² Modèle d'harmonisation canadien, *précitée*, note 40, article 5 (1) (a) (i).

⁷³ UNION DES CONSOMMATEURS, *loc. cit.*, note 4, page 5 : « À notre avis, il conviendrait par conséquent de modifier l'article 54.8 de façon à ce que, pour le cas prévu en a), le

du consommateur sont particulièrement salutaires. Ceci est d'autant plus vrai que cette « coquille », qui date de 2001, a été reproduite dans la *Loi ontarienne de 2002 sur la protection du consommateur*⁷⁴, dans la Loi de Colombie-Britannique *Business Practices and Consumer Protection Act*⁷⁵. Une correction salutaire et à saluer, conforme à ce qui se fait en France relativement au droit de rétractation dans le *Code de la consommation*⁷⁶.

Rapidement, signalons également qu'une ouverture vers certaines possibilités de résolutions touchant des situations ponctuelles a été introduite par l'article 54.9. Il s'agit en premier lieu, à l'article 54.9 (a)⁷⁷, de la possibilité de résoudre un contrat qui « n'en fini pas de finir » et qui dépasserait soit de 30 jours la date indiquée au contrat, soit 30 jours après la conclusion du contrat lorsque aucune date n'est prévue⁷⁸. En second lieu, l'article 54.9 (b)⁷⁹ prévoit la possibilité d'un tel recours

consommateur puisse résoudre le contrat dans les sept jours suivant non pas la réception du contrat, mais la réception du bien ou de la fourniture du service. »

⁷⁴ Article 40 de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, disponible à <http://www.canlii.org/on/legis/loi/2002c.30ann.a/20060614/tout.html>, « (1) Le consommateur peut résilier une convention électronique en tout temps à compter du jour où il l'a conclue et jusqu'à sept jours après en avoir reçu une copie si, selon le cas : a) le fournisseur ne lui a pas divulgué les renseignements exigés en application du paragraphe 38 (1) (...) ». C'est également vrai à l'article 47 pour les « contrats à distance ».

⁷⁵ *Business Practices and Consumer Protection Act*, [SBC 2004] Chapter 2, disponible à http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/B/04002_04.htm#section19, article 49: "Cancellation of distance sales contract (1) A consumer may cancel a distance sales contract by giving notice of cancellation to the supplier (a) not later than 7 days after the date that the consumer receives a copy of the contract if (i) the supplier does not comply with section 47 [distance sales contract in electronic form], or (ii) the contract does not comply with section 48 (2) [required contents of contract], (...)"

⁷⁶ Voir l'article L. 121-20 du *Code de la consommation* : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. Le consommateur peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait besoin de faire appel à une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d'existence. Dans ce cas, il continuerait à exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités. Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services. Lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa. Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. » (Nos soulignements).

⁷⁷ « Outre les cas prévus à l'article 54.8, le contrat à distance peut être résolu par le consommateur en tout temps avant l'exécution, par le commerçant, de son obligation principale dans l'un ou l'autre des cas suivants : a) le commerçant n'exécute pas son obligation principale dans les 30 jours suivant la date indiquée au contrat ou la date ultérieure convenue par écrit avec le consommateur pour l'exécution de cette obligation, ou dans les 30 jours suivant la conclusion du contrat si celui-ci ne prévoit pas de date ou de délai pour l'exécution de l'obligation principale du commerçant ; »

⁷⁸ Ce qui est, soit dit en passant, contraire à l'article 54.4 (i).

lorsque le marchand ne fournit pas le document nécessaire à l'exécution du contrat, comme par exemple, la non transmission du billet d'avions avant le départ... Une série de situations qui, il est vrai, aurait sans aucun doute pu être traitée par d'autres dispositions du *Code civil* ou de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Enfin, nous nous limiterons à identifier certaines dispositions organisant la mise en place de ces différentes formes de résolutions⁸⁰, sans plus.

B - Modalités de rétrofacturation

Dernière des sept étapes évoquées plus tôt, la rétrofacturation est également un changement majeur susceptible, même si l'avenir nous le confirmera, d'apporter une protection significative au consommateur impliqué dans un contrat à distance. Cette mesure est le contrepoids de l'abolition de la caution prévue à l'article 22 LPC⁸¹ qui, en dépit d'un encadrement assez lourd, complexe, notamment par le règlement d'application, constituait une formule qui, ces dernières années, était totalement inefficace et inefficente. Rares étaient les compagnies qui s'y soumettaient; c'était bien sûr vrai pour les entreprises hors Québec, mais également à l'intérieur.

Trois articles, 54.14 à 54.16, ont donc été adoptés qui font particulièrement bien ressortir la relation triangulaire qui est alors proposée ici et qui s'applique aux transactions utilisant des cartes de crédit. Une nouvelle fois, et comme par exemple aux articles 123 et 124 LPC, c'est donc bien par le biais de cet intermédiaire qu'est l'émetteur de cartes de crédit que la solution a été recherchée. Un intermédiaire qui en effet est de plus en plus utilisé, la carte de crédit, du fait qu'elle soit socialement acceptée, relativement sécuritaire, avec un caractère universel (permettant à la fois les achats en ligne et traditionnels) et des coûts de transaction sous contrôle. Trois articles donc représentant la succession d'action, ou d'absence d'action, des trois intervenants. La première est liée à l'inaction du marchand; la deuxième traite de l'obligation du consommateur quant à sa demande; la troisième enfin, évoque le rôle de suppléance joué par l'émetteur de cartes de crédit.

Le premier, l'article 54.14, traite du commencement logique pour la rétrofacturation, à savoir, le manquement présumé de la part du commerçant. Dans la mesure où selon l'article 54.12, « le contrat est résolu de plein droit à compter de la transmission [par le consommateur] de l'avis de résolution », il se doit en effet d'agir selon une procédure expéditive régit par l'article 54.13⁸². À défaut de quoi, la rétrofacturation s'enclenche.

⁷⁹ « b) le commerçant, s'il s'agit d'un contrat relatif à des services de transport, d'hébergement ou de restauration ou à des billets d'entrée pour assister à un événement, ne fournit pas, à la date indiquée au contrat ou, encore, à une date ultérieure convenue par écrit avec le consommateur, les documents nécessaires pour que ce dernier puisse recevoir les services ou assister à l'événement prévus au contrat. »

⁸⁰ Voir les articles 54.10 à 54.13; articles qui ne donnent d'ailleurs pas lieu non plus à commentaires de la part de l'Union des consommateurs.

⁸¹ L'article est aboli par l'article 3 du projet de loi.

⁸² « Le commerçant doit, dans les 15 jours suivant la résolution du contrat, rembourser le consommateur de toutes les sommes payées par ce dernier en vertu de ce contrat et de tout contrat accessoire, y compris les sommes payées à un tiers. Le consommateur doit, dans les 15

« Lorsque le commerçant est en défaut de rembourser le consommateur conformément à l'article 54.13, le consommateur qui a effectué le paiement au moyen d'une carte de crédit peut, dans les 60 jours suivant le défaut, demander à l'émetteur de cette carte la rétrofacturation de toutes les sommes payées en vertu du contrat et de tout contrat accessoire, de même que l'annulation de tous les frais portés à son compte en relation avec ces contrats. »

L'émetteur de la carte de crédit est donc sollicité et va donc intervenir là où le marchand refuse d'agir.

En deuxième lieu, l'article 54.15 évoque l'obligation qui repose sur le consommateur. Elle est minimale et découle du bon sens commun, à savoir une liste d'informations essentielles sur la transaction⁸³; huit sortes d'informations qui apparaissent toutes nécessaires pour la poursuite de la demande et qui, soit dit en passant, pourraient donner lieu à un formulaire que les consommateurs n'auraient plus qu'à remplir.

Finalement, en troisième lieu, il revient à l'émetteur de carte d'agir, tout simplement, et d'opérer sans autre vérification, le transfert du montant en litige, le tout, outre une exigence d'accusé de réception⁸⁴, dans un délai très circonscrit⁸⁵.

Une opération somme toute assez simple qui a l'immense avantage de mettre en place une procédure automatiquement sur simple demande du consommateur. Bien entendu, le commerçant peut contester la validité de l'avis de résolution; il devra en revanche prendre l'initiative d'une procédure judiciaire, ces dispositions renversant la charge de la preuve qui prévaut normalement sur les épaules du consommateur insatisfait.

jours suivant la résolution du contrat, ou la livraison si celle-ci est postérieure à la résolution, restituer au commerçant, dans l'état où il les a reçus, les biens faisant l'objet du contrat. Le commerçant assume les frais raisonnables de restitution. »

⁸³ Article 54.15 : « La demande de rétrofacturation doit être faite par écrit et contenir les renseignements suivants : a) le nom du titulaire de la carte de crédit ; b) le numéro de la carte de crédit ainsi que sa date d'expiration ; c) le nom du commerçant ; d) la date de la conclusion du contrat ; e) le montant débité au compte de la carte de crédit ainsi que les sommes que le commerçant est tenu de rembourser ; f) la description des biens ou services faisant l'objet du contrat et pour lesquels la rétrofacturation est demandée ; g) le motif de la résolution du contrat ; h) la date de la résolution du contrat et le mode de transmission de l'avis de résolution. »

⁸⁴ Article 54.16 (a).

⁸⁵ L'article 54.16 (b) dispose qu'il se doit : « effectuer la rétrofacturation du montant débité au compte de la carte de crédit et procéder à l'annulation de tous les frais portés au compte de cette carte en relation avec le contrat à distance et tout contrat accessoire à ce contrat soit dans les 90 jours suivant la réception de la demande, soit dans un délai représentant au plus deux périodes complètes visées à l'article 67, selon l'échéance du plus court terme. ». Relativement à la référence à l'article 67 LPC, une « période » est définie, à l'alinéa (b), comme étant « un espace de temps d'au plus trente-cinq jours ».

Dans une réalité où le droit de la consommation vit une réelle crise de confiance, des pans entiers de dispositions juridiques n'étant pas appliquées par le fait que certains marchands jugeant, qu'après tout, les risques de poursuites judiciaires étant minimes, ils n'ont pas besoin d'être si diligents que cela. C'est le cas dans le domaine de la publicité, de la vie privée, des contrats électroniques, de la sécurité, etc.⁸⁶

Certes, ce type de formule, on peut l'imaginer, pourrait peut être donner lieu à des excès de la part de consommateurs « abuseurs » de système; ceux qui sans vergogne, rempliraient des avis de résolution sur des motifs non fondés. Nous croyons pourtant que cette hypothèse sera très marginale et tout à fait gérable pour un système qui, ne l'oublions pas, génère beaucoup de revenus, et est basé déjà depuis longtemps sur une mutualisation des risques. Au même titre que le droit de rétractation en Europe, qui permet au consommateur de renoncer à un achat sans avoir à ne justifier d'aucun argument, les demandes sont rares et sont sources à développer cette confiance si recherchée pour contrer la distance inhérente à Internet.

Nous croyons donc que cette dernière mesure est prometteuse, comme beaucoup d'autres et vient clore ce processus contractuel avec affirmation. Une clôture d'ailleurs sans doute plus efficace que celle du droit de retour qui n'est pas sans défauts.

Conclusion

La LPC s'est donc « électronisé » en envisageant assez précisément les contrats électroniques de consommation. Elle l'a fait sans s'électrocuter, adressant un texte bien écrit, proches de normes nationales ou internationales reconnues. Bien sûr, cet amendement législatif n'est pas, selon nous, sans failles; d'une part, davantage aurait pu être fait, plusieurs manques ayant été précédemment cités. D'autre part, il est notamment dommage de constater ce que nous appellerons les tendances à s'électro« culter », utilisant des concepts de façon trop religieuse, dogmatique.

Ceci étant dit, et aussi bon que soit ce texte, aussi bon que soit le processus à la suite duquel l'Office de la protection du consommateur a organisé des séances de consultation véritables auprès de différents acteurs intéressés par la consommation, nous pouvons adresser quelques doutes quant à l'effectivité de ce changement. L'Ontario, qui précéda le Québec, et ce, de façon très similaire, ne donna lieu à aucun changement majeur quant aux pratiques contractuelles. Les mêmes clauses illégales, abusives, voire stupides, sont toujours présentes dans les contrats en ligne; contrats qui continuent de gonfler au gré de propositions faites par les avocats aux cybermarchands. Le droit de la consommation pâti donc d'une « carence effective » tant son application demeure illusoire; une carence effective dépendant sans doute d'une « carence affective » qui fait que le domaine n'est pas, n'est plus à la mode. Mais, l'heure n'est pas aux regrets. L'outil est là et c'est tant mieux. L'application suivra et l'on ne peut, ne doit présumer de rien. Bonne chance à la Loi.

⁸⁶ Voir notamment le court billet sur notre blogue www.gautrais.com, Vincent GAUTRAIS, *Droit et gestion de risques*, 13 mars 2007, disponible à <http://www.gautrais.com/Droit-et-gestion-de-risques>.