



## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE



Vincent GAUTRAIS\*

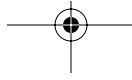
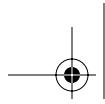
I.	LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE EST ROUGE .....	244
A.	Contrat électronique et droit civil .....	244
B.	Contrat électronique et protection des renseignements personnels .....	250
II.	LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE EST VERT .....	253
A.	La « procéduralisation » du contrat par la loi.....	253
B.	Le marketing contractuel : l'exemple Facebook .....	256



---

\* 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 : <<http://www.gautrais.com>>. Courriel : <[vincent.gautrais@umontreal.ca](mailto:vincent.gautrais@umontreal.ca)>.







*« Si vous me demandiez quelle est la couleur  
du mandat, je vous répondrais :  
« vert, mais pas souvent. »<sup>1</sup>*

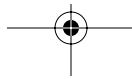
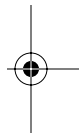
Le présent exerçue constitue la postface de l'un des ouvrages phare d'Adrian Popovici, soit « La couleur du mandat » ; or, il est accessoirement parfaitement dédié à la matière qui est la nôtre. Bien entendu, la tirade tient de la coquetterie, de la légèreté que même les domaines les plus arides des sciences juridiques ne nous empêchent pas de côtoyer. Pourtant, au-delà de sa drôlerie, la formule constitue ni plus ni moins la parfaite démonstration que nous voulions faire relativement aux contrats électroniques.

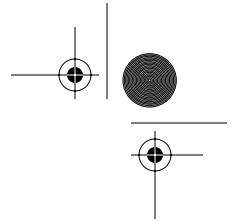
Ce domaine neuf ne peut en effet pas être interprété sans faire référence aux principes plurisécularisés qui façonnent le droit des obligations en général et le droit des contrats en particulier. Cela dit, cette interprétation demeure, en toute déférence, quelque peu contestable au regard des finalités que sont celles qui animent les contrats de masse que l'on trouve actuellement sur Internet. Aussi, dans une première partie, et dans la même direction que celle développée dans un précédent article, c'est bien la couleur « rouge » qui caractérise le contrat électronique<sup>2</sup>. Un rouge réprobateur, nous conjurant à dire « stop » et d'arrêter de trop strictement interpréter les contrats en ligne comme les fidèles copies de leurs équivalents papier. Plus exactement, depuis une dizaine d'années, une glissade inexorable s'opère pour diluer la place de la volonté comme force obligatoire du contrat et ce, sans toujours y substituer une autre garantie (I).

Néanmoins, et au-delà du pessimisme associé à cette perte de contact tant avec les principes fondateurs du contrat, avec ses finalités, notamment protectrices, qu'avec la réalité contractuelle, il

<sup>1</sup> Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 521 (postface).

<sup>2</sup> Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16 *C.P.I.* 61, 129.





est aussi des motifs d'espérance. Car aussi bien la loi que les pratiques contractuelles elles-mêmes ne sont pas sans ressources. Toujours en conformité avec l'exergue précité, il est également possible d'associer le vert, symbole d'espoir, à certains de nos contrats (II). Pas souvent certes, comme le dit Adrian Popovici, mais demain plus qu'aujourd'hui, peut-être.

## I. LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE EST ROUGE

Nous l'avons dit plus tôt, l'encadrement juridique des contrats électroniques constitue une source d'inquiétudes. Les technologies particulières, dites nouvelles, qui ne manquent pas de poindre en pratique sont un phénomène d'exacerbation d'une tendance qui, il est vrai, n'est pas unique aux contrats à distance. Ce constat morose se vérifie d'ailleurs tant dans le domaine classique de la vente, notamment de consommation, régi par le droit civil (A) que dans celui plus spécifique des consentements liés à la protection des renseignements personnels (B).

### A. Contrat électronique et droit civil

Réfléchir sur l'encadrement par le droit civil des technologies de l'information, c'est tenter de concilier évolution du droit et révolution des faits. Relativement au premier, il est possible de croire que le droit en général, et le droit civil en particulier, sont le fruit d'une longue et lente tradition qui incite peu aux bouleversements des concepts. La réalité des technologies de l'information, en revanche, est en rupture suffisamment consommée avec l'avant pour qu'il soit possible de croire qu'Internet et sa réalisation du moment, le web 2.0<sup>3</sup>, exigent de le reconsidérer en profondeur. Il n'est pas toujours besoin de réinventer le droit, ce droit qui de tous temps a été capable d'évoluer. Il est même grandement conseillé de le modi-

---

<sup>3</sup> Une définition peut être trouvée à l'adresse suivante : <[http://fr.wikipedia.org/wiki/Web\\_2.0](http://fr.wikipedia.org/wiki/Web_2.0)>.



## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

fier le moins possible<sup>4</sup>. Il importe toutefois d'interpréter les faits pour tenir compte de ces changements « révolutionnaires »<sup>5</sup>.

Mais cette correspondance entre droit « vieux » et faits « neufs », parfois, va devoir amener les civilistes à considérer si cette interaction mérite un traitement législatif particulier. Elle devrait préalablement nous amener à s'interroger aussi tant sur la définition que sur la pertinence de la notion de « neutralité technologique » qui a été adoubee par le C.c.Q.<sup>6</sup> sans que l'on sache ce qu'elle signifie vraiment<sup>7</sup>. Ceux qui s'y intéressent ont sans doute raison de croire qu'elle ne constitue pas le principe miraculeux à l'encadrement juridique de la technologie<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Et ce, comme l'illustre le propos du doyen Cornu relativement à la notion d'écrit (Gérard CORNU, *L'imagination, a bon droit ?*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 15 : « Il serait cependant préférable d'éviter la dénaturation inhérente à la fiction, lorsqu'un procédé plus neutre – et tout aussi ingénieux – permet d'obtenir un résultat équivalent. Ainsi, pour répondre aux progrès de la technologie dans l'expression des signes, est-il vraiment nécessaire, comme le font ou envisagent de le faire certaines législations, d'énoncer que l'écrit consiste dans « toute expression lisible portée sur un support papier, optique ou magnétique » ? Au lieu de déformer, dans sa définition, la notion millénaire d'écrit et de faire abstraction de la base tangible originelle qu'est l'original ne suffisait-il pas, substituant à la fiction le procédé lui aussi consacré et aussi imaginaire qu'est l'assimilation, de poser que ces procédés nouveaux – qui méritent en effet d'être valorisés – sont assimilés à l'écrit quant à leurs effets, dans la mesure où ils présentent, par leur caractère durable et fidèle (puisque ce sont les deux critères de valeur de la preuve écrite) des garanties équivalentes ? Imagination pour imagination... »

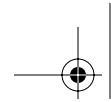
<sup>5</sup> Voir notamment les propos tenus lors d'une conférence par Michel SERRES, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », disponible à l'adresse suivante : <[http://interstices.info/jems/c\\_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive](http://interstices.info/jems/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive)>.

<sup>6</sup> Voir le titre de la Section VI précédant l'article 2837 C.c.Q.

<sup>7</sup> L'arrêt de la Cour suprême *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, semble considérer, en citant cette notion, que technologie et papier se traite identiquement. Or, ce n'est pas le sens généralement admis à ce concept qui signifie davantage qu'une loi, sauf lorsqu'elle dit le contraire expressément, ne doit pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre.

<sup>8</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 2 ; Chris REED, « Taking Sides on Technology Neutrality », (2007) 4:3 *SCRIPTed* 263, 269, en ligne : <<http://www.law.ed>





## LES COULEURS DU DROIT

Cette confrontation du droit aux faits va nous amener à considérer un point unique qui constitue un des motifs d'inquiétude que nous voudrions traiter même s'il n'est pas exclusif aux technologies. Plus exactement, les pratiques contractuelles que l'on trouve dans le cyberspace sont en train d'amplifier le phénomène croissant quant au hiatus existant entre le principe de la volonté et tant la théorie que la pratique.

Sur les plans théorique et pratique, la « mort » du vouloir comme force obligatoire du contrat n'est pas chose nouvelle<sup>9</sup>. Elle fut largement débattue et des réflexions doctrinales multiples ont apporté des déclinaisons plus ou moins attentatoires à l'existence du principe comme principe fondateur du contrat. Nous avons participé à ce mouvement et ne voulons pas traiter en quelques lignes un phénomène qui mérite bien davantage<sup>10</sup>. Pourtant, encore et encore, plusieurs semblent considérer que l'environnement électronique amplifie ce phénomène et rend cette volonté comme un « vestige » de temps désormais révolu<sup>11</sup>.

Cette situation réfère donc à la situation pratique selon laquelle depuis plus d'un siècle maintenant, à travers la généralisation des contrats d'adhésion, se sont développées des façons de faire où le vouloir a juridiquement acquis un niveau croissant d'abstraction

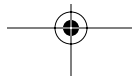
---

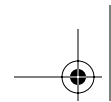
ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-3/reed.asp> ; Bert-Jaap KOOPS, « Should ICT regulation be technology-neutral ? » in Bert-Jaap KOOPS, Miriam LIPS, Corien PRINS & Maurice SCHELLEKENS, *Starting points for ICT regulation: deconstructing prevalent policy one-liners*, The Hague, TMC Asser Press 2006, p. 77 ; Lyria BENNETT-MOSES, « Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change », (2007) *UNSW Law Research Paper* 2007-21, p. 4, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=979861>>.

<sup>9</sup> Grant GILMORE, *The Death of Contract* (1974)

<sup>10</sup> Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international: encadrement juridique*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002.

<sup>11</sup> Margaret J. RADIN, « Boilerplate Today: The Rise of Modularity and the Waning of Consent », dans Omri BEN-SHAHAR, *Boilerplate: the foundation of market contracts*, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 196 : « The idea of voluntary willingness first decayed into consent, then into assent, then into the mere possibility or opportunity for assent, then to merely fictional assent, then to mere efficient rearrangement of entitlements without any consent or assent. »

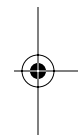




## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

avec le lien originel que le concept avait vis-à-vis de la personne. De principe fondateur, la volonté est devenue une simple « mécanique » de reconnaissance du contrat<sup>12</sup>. Néanmoins, et en dépit de thèses négationnistes, telles que celles de Ian MacNeil<sup>13</sup>, la volonté a gardé une place prépondérante. Le vouloir a donc sans aucun doute perdu son caractère absolu, créant une réelle nostalgie auprès des professeurs de droit<sup>14</sup>. Mais une nostalgie d'autant plus consommée, digérée et généralement acceptée que la reconnaissance du rôle en bout de ligne mécanique de la volonté fut souvent interprétée avec grande largesse par la jurisprudence.

Dans le domaine qui est le nôtre, une première illustration peut être trouvée en droit américain avec ce que l'on appelle les contrats « shrinkwrap », fort prisés dans le domaine logiciel<sup>15</sup>. Après une certaine résistance jurisprudentielle<sup>16</sup>, cette manière de faire fut adoubee par la décision *ProCD c. Zeidenberg*<sup>17</sup> qui eut un écho bien au-delà des seuls États-Unis. Sur une base d'utilité économique, de coûts de transaction, il fut donc décidé que cette distance pratique avec le vouloir (l'acheteur ne pouvait pas techniquement lire la licence avant de l'acheter) était néanmoins concevable sans mettre à mal



<sup>12</sup> Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations: le contrat: formation*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 178-214.

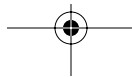
<sup>13</sup> Notamment Ian R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 (1974).

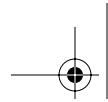
<sup>14</sup> Évelyne SERVERIN, « Introduction: Contexte et implicite de l'emploi du terme « Contractualisation » », dans Sandrine CHASSAGNARD-PINET et David HIEZ, *Approche critique de la contractualisation*, Coll. Droit et société, vol. 16, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 95, à la page 102.

<sup>15</sup> Ce néologisme fait référence au comportement généralisé selon lequel un adhérent est censé accepter un certain nombre de clauses contractuelles en déchirant une pellicule de cellophane qui entoure un logiciel ou un disque. Notons que les clauses en question sont parfois reproduites sur la boîte afin de permettre une mise à la connaissance facilitée au lecteur, à l'adhérent, mais parfois pas.

<sup>16</sup> On peut notamment citer la trilogie *Step-Saver Data System Inc. v. Wyse Technology*, 939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991); *Vault Corp. v. Quaid Software*, 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988); *Arizona Retail System v. Software Link*, 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993).

<sup>17</sup> 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).





## LES COULEURS DU DROIT

la théorie contractuelle. Les juges multiplièrent ensuite les décisions où la volonté fut interprétée avec tellement de liberté que du principe « mécanique », elle gardait en pratique son omniprésence d'antan<sup>18</sup>.

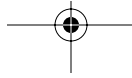
Seconde illustration, mais au Canada cette fois, il en est allé de même avec le fameux arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*<sup>19</sup> de la Cour suprême où il s'agissait de déterminer si une clause arbitrale, passablement diluée dans un contrat en ligne, pouvait être considérée comme valide. Sur la base de ce critère de volonté, les juges ont interprété la capacité du consommateur à accéder au contenu contractuel, cette accession étant la condition unique à son acceptation. La réponse positive qui est faite par la plus haute cour pour trouver un tel lien de connaissance du consommateur dans un contrat accessible par un lien hypertexte ne s'imposait pas au regard de l'article 1435 C.c.Q. Cette interprétation très volontariste des faits s'explique d'autant plus difficilement que les mécanismes correcteurs aux abus du « vouloir » n'ont pas été relevés par les juges ; plus exactement, ils ont considéré que preuve n'avait pas été faite du caractère abusif de l'article 1437 C.c.Q. et illisible de l'article 1436 C.c.Q.<sup>20</sup> Ainsi, la fonction « utilitaire » du contrat a été privilégiée au détriment de celle de la « justice », entendons la protection du consommateur, partie faible présumée. Une approche qui n'est pas différente de celle de la jurisprudence française dans la détermination du niveau de « vouloir » requis pour déterminer l'existence du contrat mais qui est foncièrement distincte quant aux outils de corrections offerts par la loi. De multi-



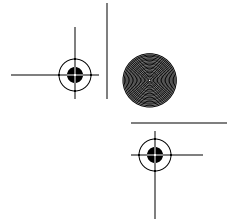
<sup>18</sup> Mark A. LEMLEY, « Terms of Use », (2006-2007) 91 *Minn. L. Rev.* 459. L'auteur évoque relativement à cette période 1996-2006 les propos suivants : « Electronic contracting has experienced a sea change in the last decade. Ten Years ago, courts required affirmative evidence of agreement to form a contract. [...] Today, by contrast, more and more courts and commentators seem willing to accept the idea that if a business writes a document and calls it a contract, courts will enforce it as a contract even if no one agrees to it. »

<sup>19</sup> Préc., note 7.

<sup>20</sup> Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37 *R.G.D.* 407, 420 (n° 26-27).







## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

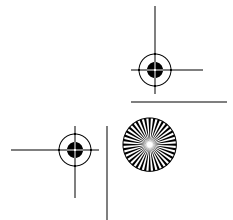
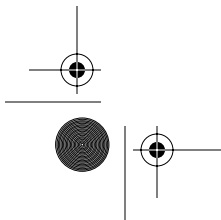
ples jurisprudences sont venues laminer les contrats existants, du moins dans le domaine de la consommation en ligne, déclarant la grande majorité des clauses contractuelles comme étant abusives ou autrement illégales<sup>21</sup>.

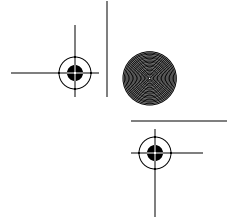
Dans le quotidien de l'interprétation du droit, cette rétrogradation de la volonté d'essence à simple outil d'identification du contrat ne s'est traduite que par bien peu de changements. Nulle exigence supplémentaire en terme d'objectivation sans équivoque de l'expression des consentements, tel qu'exprimé notamment par la professeure Catherine Thibierge-Guelfucci<sup>22</sup> ; nulle prise en compte non plus de la spécificité du médium électronique qui, plus que le papier, est susceptible de diluer, noyer, la volonté des parties en cause. Sur une base principalement économique, cette permission dans la détermination de l'existence du contrat risque d'amener aux mêmes travers qui avaient amenés à l'élaboration, en droit américain, à l'encadrement juridique du « Battle of the forms ». En effet, selon les dires de Mark Lemley, cette disposition que l'on retrouve désormais dans l'U.C.C. (section 2-207) fut la réaction à une multiplication des clauses contractuelles entre gens d'affaires. Or, cette permissivité à reconnaître qu'un contrat existe fait face à la multiplicité des hypothèses dans l'environnement électronique. Il est donc par exemple possible que deux entreprises qui souhaitent faire affaires ensemble réfèrent chacune à leur propre contrat disponible sur leur propre site. Une mosaïque contractuelle est donc rendue possible, et de la permissivité suggérée par les juges pour faciliter le commerce risque de naître une opacité, source d'insécurité juridique<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Voir notamment Trib. gr. inst. Paris, 28 oct. 2008 ; Trib. gr. inst. Nanterre, 2 juin 2004.

<sup>22</sup> Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDciv.* 1997.357.375 : « [l]'utilité économique, la justice sociale et la solidarité contractuelle participent de ces valeurs, finalités du droit des contrats, servies par la liberté et la volonté qui en constituent les instruments. Dans ce rapport hiérarchique, la volonté, pour être porteuse d'effets, doit s'objectiver dans des consentements dont l'expression, l'accord et les effets devront être conformes à cet idéal supérieur. »

<sup>23</sup> M. A. LEMLEY, préc., note 18, 478.





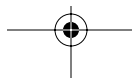
## B. Contrat électronique et protection des renseignements personnels

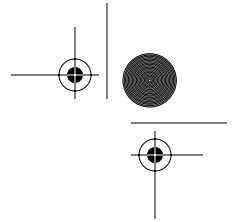
Si, en droit civil, le contrat est souvent considéré comme un outil de gestion de futur notamment, il dispose en matière de protection des renseignements personnels, domaine d'un intérêt direct pour le professeur Popovici, d'une fonction toute particulière qui mérite qu'une certaine distance soit prise d'avec la matière d'origine<sup>24</sup>. Dans les lois visant à la protection des renseignements personnels, cette finalité du consentement est généralement associée au fait qu'un individu dispose d'un certain contrôle sur les informations qui le concernent<sup>25</sup> et que, par le consentement qui est introduit dans ces lois, il autorise à une compagnie ou à un organisme public une certaine utilisation de ces derniers. Or, dans les faits, il en est tout autre. Par le consentement, et précisément celui aux contrats d'adhésion pas forcément lisibles – une étude à récemment montré qu'une moyenne de 20 heures par mois était nécessaire pour un usager lui aussi moyen afin de lire les politiques de vie privée qui contiennent ces consentements<sup>26</sup> – les usagers acceptent qu'autrui

<sup>24</sup> Le présent paragraphe est inspiré d'une étude plus substantielle (Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels au service du citoyen: les lois sur la protection des renseignements personnels confrontées aux services de gouvernement en ligne*, mars 2009, 129 p. (à paraître)).

<sup>25</sup> Ian R. KERR, Jennifer BARRIGAR, Jacquelyn BURKELL et Katie BLACK, « Soft Surveillance, Hard Consent », (2006) 6 *Personally Yours*, en ligne : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=915407](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=915407) : « [...] *PIPEDA* generally allows the information subject to withdraw consent at any time. [...] *PIPEDA* is predicated on the notion that individuals **have a right to control personal information** about them. This ongoing right of control is reinforced in law by the corollary requirement of ongoing consent codified in Principle 4.3.8 of *PIPEDA*. Consequently, unless they surrender it, individuals retain ultimate control over their personal information and can withdraw consent at any time [les caractères en gras sont de nous]. »

<sup>26</sup> Aleecia M. MCDONALD and Lorrie Faith CRANOR (Carnegie Mellon University) s'intitulant « The Cost of Reading Privacy Policies », disponible à <http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf> et expliquant qu'un usager moyen d'Internet devrait utiliser une vingtaine d'heures par mois pour être en mesure de lire les politiques de vie privée qu'il consent de suivre pour utiliser les sites disponibles.





## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

prennent le contrôle de ces renseignements. La finalité protectrice est donc couramment bafouée par le passage du contrôle de l'un, l'individu, à l'autre, la compagnie ou l'organisme public. Bien sûr, la loi et la jurisprudence exigent que ce consentement soit « libre et éclairé »<sup>27</sup> ; pourtant, toujours dans les faits, rien ne change.

Il existe donc selon nous un besoin véritable de distinguer le consentement dans le cadre de la protection des renseignements personnels de celui qui existe dans le Code civil<sup>28</sup>. D'abord, les renseignements personnels concernent des informations reliées aux droits de la personne dont la sensibilité impose une certaine retenue tant dans l'utilisation que dans la forme assortie du consentement. Ensuite, il nous apparaît que le consentement dans le domaine de la protection des renseignements personnels dispose d'un rapport au temps généralement différent du droit civil qui, s'il devait être comparé à un type de contrat connu, pourrait être la licence<sup>29</sup>.

Nous croyons donc que le consentement dans le cas de la protection des droits de la personnalité doit être reconsidéré et ce, en opérant une certaine distance de ses assises traditionnelles, car au-delà de ce concept fondateur du droit en général, il est des hypothèses où, derrière ce « consent-fetichism »<sup>30</sup>, la mise en place du consentement implique un renoncement à la finalité même du droit de la protection des renseignements personnels. La finalité de ce champ du droit est d'assurer un certain contrôle de la part de

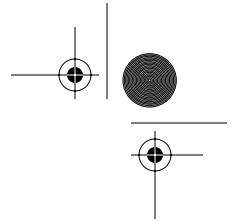
<sup>27</sup> Voir l'article 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q. c. P-39.1.

<sup>28</sup> I. R. KERR, J. BARRIGAR, J. BURKELL et K. BLACK, préc., note 25 : « we articulate the need for a much higher original threshold of consent in privacy law than in contract law ».

<sup>29</sup> *Id.* Les auteurs affirment notamment : « Taken altogether, the consent provisions in *PIPEDA* strongly suggest that consent acts like a "license" that permits some *limited* collection, use, or disclosure. Thus, the consent given to an organization to use an individual's personal information is necessarily restricted and *does not* give the organization ultimate control over personal information in perpetuity. »

<sup>30</sup> Roger BROWNSWORD, « The Cult of Consent : Fixation and Fallacy » (2004) 15 *KCLJ* 223, 224.





l'intéressé sur les informations qui le caractérisent. Mais le consentement est trop souvent considéré comme un outil mécanique qui autorise le gestionnaire à user – voire abuser – des renseignements.

Du consentement « protection » *via* le contrôle de l'intéressé sur ses données, dans ce droit ayant une portée « rémédiatrice visant à favoriser l'exercice des droits »<sup>31</sup>, on ne doit pas faire de liens trop vite dressés avec le droit général qui considère plutôt le consentement comme le « commutateur » « donnant passage à un courant dont la source est ailleurs »<sup>32</sup>, tel que vu précédemment.

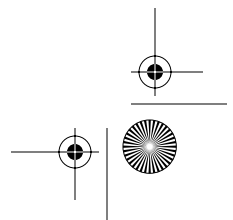
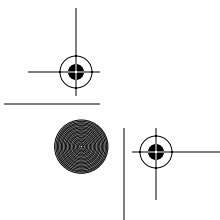
Il est également possible de s'interroger sur cette pratique qui veut qu'en utilisant le consentement, on ne s'intéresse plus à la protection des renseignements personnels mais à la capacité dont dispose l'individu de refuser, mais le plus souvent d'admettre, un certain usage de son espace personnel<sup>33</sup>. Du consentement « protection » s'est donc opéré, en pratique, un glissement vers le consentement « permission », un glissement qui paraît aller à l'encontre de la raison d'être du consentement, une sorte de ce que les *common lawyers* appellent, en droit des contrats, la notion de « fundamental breach »<sup>34</sup>. Un glissement qui semble en violation des principes fondateurs de la notion de consentement en matière de protection

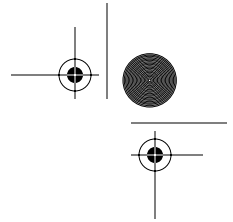
<sup>31</sup> *Conseil de Presse du Québec c. Lamoureux-Gaboury*, 2003 CanLII 33002 (QC C.Q.)

<sup>32</sup> Henri MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, Paris, Monchrestien, 1956, n° 116. Dans le même sens, utilisant également la métaphore électrique : Xavier MARTIN, « Nature humaine et Code Napoléon », (1985) 2 *Droits* 120 : « le contact des volontés formant le contrat ne crée pas plus d'énergie juridique que le doigt actionnant le commutateur ne crée d'énergie électrique : dans les deux cas, l'énergie vient d'ailleurs, et suppose tout un appareil, un réseau sans commune mesure avec le pan relativement très faible d'initiative et de pouvoir qui revient à l'individu. » Voir aussi, par exemple, Wallace K. LIGHTSEY, « A Critique of the Promise Model of Contract », (1984-1985) 26 *Wm. & Mary L. Rev.* 45, selon qui la volonté joue « a vital role in triggering obligation but a trivial role in shaping it [...] The relationship itself may also be a source of contractual obligation ». (Texte de Xavier Martin introuvable)

<sup>33</sup> Steven L. WILLBORN, « Consenting Employees : Workplace Privacy and the Role of Consent », (2006) 66 *La. L. Rev.* 975, 979.

<sup>34</sup> G.H.L. FRIDMAN, *The law of contract in Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2006, p. 583 et suiv.





## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

des renseignements personnels voulant que l'individu dispose d'un certain contrôle<sup>35</sup> sur ce qui le caractérise et ce qui l'identifie.

### II. LE CONTRAT ÉLECTRONIQUE EST VERT

Face à ce constat concernant tant la difficile adaptation des faits au droit que la cohérence du droit positif face aux principes théoriques qui le sous-tendent, il est pourtant quelques motifs d'espérances. Nous en prendrons au moins deux qu'il nous apparaît opportun de mentionner : d'une part, la loi est intervenue afin de proposer une façon de faire toute particulière, technologiquement distincte, pour les contrats de consommation en ligne (A). D'autre part, et de manière particulièrement originale, il est à noter la toute récente manière de faire que la multinationale *Facebook* a décidé de suivre pour l'élaboration de ses propres contrats d'adhésion offerts à ses membres (B).

#### A. La « procéduralisation » du contrat par la loi

Nous l'avons dit plus tôt, sans totalement adhérer aux thèses de sa disparition, la volonté a, dans le domaine contractuel, perdu de sa superbe et a donné lieu à ce que nous pourrions qualifier de rétrogradation. Plus exactement, cette reconnaissance que la volonté n'est plus cette composante essentielle du contrat qu'elle a déjà été n'a suscité aucun changement majeur en ce qui a trait aux finalités associées aux contrats. Aussi, il nous a toujours paru important d'évaluer les conséquences de cet état de fait, notamment en terme de la finalité protectrice souvent rattachée à certains types de contrats.

Il y a plus de 10 ans, nous avons considéré que l'encadrement du contrat électronique devait intégrer la réalité selon laquelle le contrat électronique amplifiait cette disparition du vouloir et qu'il

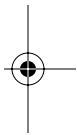
<sup>35</sup> Voir François RIGAUX, « Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen », en ligne : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/internetvieprivee/rapport2/chapitr8.pdf>. En droit allemand, cette maîtrise qu'il qualifie de « droit à la maîtrise des données personnelles » (*Recht auf « informationelle Selbstbestimmung »*) a été tenu pour un droit constitutionnellement garanti (*BVerfG*, 15 décembre 1983, *BVerfGE*, 65, 1, 43).



## LES COULEURS DU DROIT

importait de la compenser par une garantie offrant un niveau de protection jugé équivalent. Sur la base de propos tenus par le professeur Ethan Katsh selon lequel « Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process »<sup>36</sup>, nous avons développé une vision en vertu de laquelle les contrats électroniques se devaient d'être formels pour compenser les sécurités associées à la matérialité du papier<sup>37</sup>. Or, c'est exactement ce qui a été fait dans la plupart des lois canadiennes<sup>38</sup>, européennes<sup>39</sup> et bien entendu québécoises<sup>40</sup> en matière de cyberconsommation.

Le passage du papier vers l'électronique devait compenser cet état de fait et il devenait nécessaire d'« e »ncrer autrement le contrat. C'est donc ce rôle de suppléance qu'offrent ici les lois sur la cyberconsommation. Si l'on se base sur l'exemple législatif québécois, d'ailleurs très proche de ceux des autres pays, une succession d'étapes ont été mises en place, accompagnant le consommateur, le prenant presque par la main, en instaurant sept séries de mesures encadrant un processus minutieux : 1) lié à la qualité de l'information disponible<sup>41</sup>, 2) la conservation du contrat<sup>42</sup>, 3) la manière



<sup>36</sup> Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129.

<sup>37</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 2.

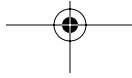
<sup>38</sup> Voir par exemple la *Loi ontarienne de 2002 sur la Protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30; l'*Electronic Commerce and Information Act (C.P.L.M. c. E55) qui intègre désormais la Consumer Protection Amendment et la Manitoba Evidence Act*; *The Consumer Protection Amendment Act*, Saskatchewan, 2002, c. 16; *Business practices and consumer protection Act*, Colombie-Britannique 2004, c. 2.

<sup>39</sup> Voir par exemple l'article 11 (2) de 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* ou la *Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O. 22 juin 2004, p. 11168.

<sup>40</sup> *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, projet de loi n° 48 (sanctionné – 14 décembre 2006), 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> légis. (Qc).

<sup>41</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40, art. 54.4.

<sup>42</sup> *Id.*, art. 54.4 *in fine*.





## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

de s'assurer de l'acceptation du consommateur adhérent<sup>43</sup>, 4) la constatation du contrat ainsi conclu pour s'assurer que le consommateur puisse vérifier sa teneur<sup>44</sup>, 5) la transmission du contrat au consommateur<sup>45</sup>, 6) certaines modalités de résolution<sup>46</sup> et enfin 7) la mise en place d'une possible rétrofacturation<sup>47</sup>. Ces différentes étapes, propres aux technologies nouvelles – non neutres sur le plan technologique<sup>48</sup> – permettent, nous le croyons, d'assurer un niveau de protection au moins comparable à celui qui prévaut dans l'environnement papier. Ces lois présentent donc l'avantage de concilier la finalité protectrice de ce domaine du droit avec une bonne adéquation des spécificités propres aux technologies.

Le « vouloir » n'est pas mis de côté ; il est même réaffirmé à la condition qu'il se traduise dans l'accomplissement d'un processus compensant la perte possible de la volonté. Par cette construction législative, volonté et forme ne s'opposent donc pas, la seconde venant à la rescousse de la première afin de s'assurer que cette dernière existe.



---

<sup>43</sup> *Id.*, art. 54.5.

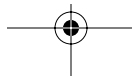
<sup>44</sup> *Id.*, art. 54.6.

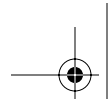
<sup>45</sup> *Id.*, art. 54.7.

<sup>46</sup> *Id.*, art. 54.8 et 54.9.

<sup>47</sup> *Id.*, art. 54.13 et suiv.

<sup>48</sup> Il est un bémol à signaler sur le caractère neutre technologiquement des amendements de la *Loi sur la protection du consommateur*. En effet, elle fut largement inspirée d'un document provenant du fédéral (GOUVERNEMENT DU CANADA, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 2001, en ligne : <[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)>) directement dédié à l'encadrement de la consommation en ligne. Or, la loi a appliqué ces mesures à l'ensemble des contrats à distance, incluant les contrats par téléphone ou par catalogue. Selon nous, cette situation est susceptible en certains cas de « couacs » interprétatifs qui ne seront pas simple à dénouer par les juges.





## B. Le marketing contractuel : l'exemple *Facebook*

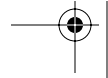
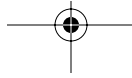
Les raisons d'espérer ne proviennent pas seulement de la loi corrigeant les fractures entre les faits et le droit. Au-delà des pratiques contractuelles souvent désastreuses qui ont fleuri sur Internet, il en est d'autres qui nous apparaissent sans aucun doute prometteuses. L'une de celles-ci provient de l'entreprise *Facebook* qui est un réseau social que l'on associe au « web 2.0 », terme référant à cette deuxième génération de pages Internet laissant une grande place à la participation des usagers. Si ce site était un État, il serait le sixième au monde de par le nombre de ses adhérents à savoir plus de 200 millions, 200 millions d'adhérents qui ont donc tous conclu, sans trop le lire, un contrat dont les diverses versions depuis 2006 oscillent entre 7 et 14 pages<sup>49</sup>.

En fait, l'entreprise a pendant longtemps proposé des contrats que j'appellerai « classiques » et que l'on retrouve partout ailleurs : longs, pleins de juridisme, de flous et d'imprécisions, avec une disproportion flagrante entre les intérêts de l'adhérent et ceux de la compagnie, à la faveur de la seconde bien entendu. Certes, ces contrats sont sans doute illégaux sur la base des correctifs instaurés par les lois et notamment, au Québec, par le Code civil<sup>50</sup>. Mais personne n'utilise en pareilles situations l'outil juridique, l'outil judiciaire devrait-on préciser, particulièrement faute de dommage, d'intérêt pour agir et de doutes sur le droit applicable.

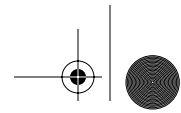
Pourtant, en février 2009, il est arrivé une expérience unique : l'entreprise a remplacé le contrat dont la dernière version datait de septembre 2008 et proposa une nouvelle version que l'on trouve sur le site sous l'appellation « Terms of Use ». Un contrat sans aucun doute meilleur en terme de protection de l'utilisateur mais aussi en terme de lisibilité, la nouvelle version étant presque deux fois plus courte

<sup>49</sup> La version du contrat du 13 décembre 2006 faisait 10 pages et 4749 mots ; celle du 15 novembre 2007 avait été augmentée à 13 pages et 6455 mots. Celle du 23 septembre 2008 faisait 14 pages et 6914 mots. Eh bien la toute nouvelle version de février 2009 ne fait plus que 7 pages et 3707 mots.

<sup>50</sup> Voir notamment le billet de blogue Vincent GAUTRAIS, « Facebook est contractuellement nul ! », 05 juillet 2007, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Facebook-est-contractuellement-nul>>.

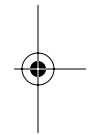






## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

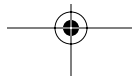
que la précédente. Cependant, ce qui retint l'attention ne fut pas cet aspect de forme, mais bien un doute sur l'usage que l'entreprise s'octroyait semble-t-il sur le droit d'auteur des œuvres déposées par les usagers. L'information fut véhiculée par un journal<sup>51</sup> et en moins de 24 heures, plusieurs centaines de milliers d'usagers criaient leur rage sur les volontés propriétaires des dirigeants de *Facebook*. En pareille situation, la réaction habituelle des entreprises est soit de reculer (comme ce fut justement le cas de *Facebook* dans le passé relativement aux modalités de consentement à la politique en matière de protection des renseignements personnels), soit de résister (comme *eBay* relativement à la capacité de notation des vendeurs dans ce réseau de vente aux enchères<sup>52</sup>). Mais à cette occasion, l'entreprise a effectué une opération qui ne s'était jamais vue, au meilleur de notre connaissance. Quelques heures après les faits, elle effectua un dialogue avec la communauté lui demandant ce que devait contenir ce contrat laissant aux internautes une période de plus d'un mois pour s'exprimer, le tout étant ensuite sujet à un vote de l'ensemble des 200 millions de membres<sup>53</sup>. Cette entreprise a donc été la première à faire ce que j'appellerai du « marketing contractuel » plutôt qu'un processus de vente où, comme il est classique de voir sur Internet, seule la page du contrat – généralement incompréhensible pour le commun des mortels et parfois pour les avocats eux-mêmes – échappe à une analyse de la part des spécialistes en image. Dans cet exemple, le développement de la confiance est donc passé en reconnaissant que le contrat n'était plus l'apanage des seuls avocats de la compagnie. Le contrat faisait partie du processus de mise en marché du produit. Plus, et exactement

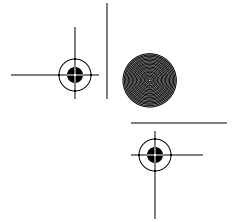


<sup>51</sup> Chris WALTER, « Facebook's New Terms Of Service : "We Can Do Anything We Want With Your Content. Forever." », (2009) *The Consumerist*, en ligne : <<http://consumerist.com/5150175/facebooks-new-terms-of-service-we-can-do-anything-we-want-with-your-content-forever>>.

<sup>52</sup> Voir le billet publié sur ce point : Vincent GAUTRAIS, « eBay et son système de « rating » », 05 février 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com/eBay-et-son-systeme-de-rating>>.

<sup>53</sup> Jonathan ZITTRAIN, « E pluribus Facebook », *Future of the Internet*, 17 avril 2009, en ligne : <<http://futureoftheinternet.org/e-pluribus-facebook>>.





## LES COULEURS DU DROIT

dans la lignée de ce qui avait été avancé il y a plus de trente ans par Arthur Leff, le contrat fait partie du produit<sup>54</sup>.

De tous temps donc, le support du contrat a eu une influence sur son contenu. Bien que les contrats longs et illisibles puissent se comprendre dans le cadre de contrats de gré à gré, entre entreprises, la pratique contractuelle que l'on retrouve habituellement sur Internet est, selon nous, inappropriée pour des contrats de masse, principalement de consommation. Des contrats victimes de cette forme de « modularité » – pour reprendre l'expression des professeurs américains Henry Smith<sup>55</sup> et Jane Radin<sup>56</sup> – ou d'« intertextualité » selon le professeur français Zaki<sup>57</sup>, visent à assembler des clauses dans un même contrat sans apercevoir les conséquences en terme de cohérence. Le résultat de cette manière de rédiger des contrats, qualifiés par un auteur de contrats « Frankenstein »<sup>58</sup>, est susceptible de créer des problèmes d'interopérabilité dont les répercussions n'ont été que peu étudiées<sup>59</sup>.

C'est une manière de faire qui traduit, selon nous, une immaturité dans la maîtrise par le droit d'une technologie, technologie qui permet la solution d'un contrat rédigé avec un certain contrôle de l'ensemble de la communauté impliquée, comme nous l'avons vu ici, mais qui autorise aussi que des contrats soient personnalisés au gré des spécificités des adhérents. Cette voie que nous avons préconisée il y a deçà quelques années<sup>60</sup>, sans succès, aurait, tout

<sup>54</sup> Arthur A. LEFF, « Contract As Thing », (1970) 19 *Am. U. L. Rev.* 131, 157.

<sup>55</sup> Henry E. SMITH, « Modularity in Contracts: Boilerplate and Information Flow », dans O. BEN-SHAHAR, préc., note 11, p. 163.

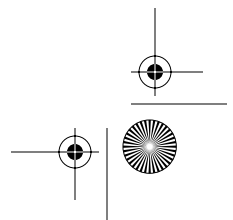
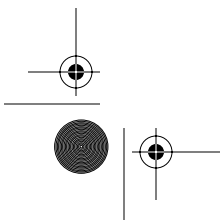
<sup>56</sup> M. J. RADIN, préc., note 11, p. 189.

<sup>57</sup> Magdi Sami ZAKI, « L' "intertextualité" dans le formalisme imposé par les conditions générales des contrats », dans Vincenzo Verdicchio, *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, Giuffrè, 2008.

<sup>58</sup> Stephen J. CHOI et G. Mitu GULATI, « Contract as Statute », dans O. BEN-SHAHAR, préc., note 11, p. 145.

<sup>59</sup> M. J. RADIN, préc., note 11, p. 192 : « We contract theorists have not yet begun to address this kind of question, but we must do so. »

<sup>60</sup> Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2005) *R. du N.* 617, 650.





## LES DEUX COULEURS DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

comme dans l'exemple *Facebook*, la capacité, sinon de réconcilier, au moins de renforcer la place du vouloir dans le contrat et ce, en raffermissant le marketing contractuel que nous préconisons.

La technologie dispose donc, que ce soit par le biais de la négociation, comme dans l'exemple *Facebook*, ou de la personnalisation, de la possibilité de raffermir la cohérence nécessaire à tout « bon droit » entre pratique du droit, en l'occurrence pratique contractuelle, et théorie des contrats, comme le réclame tant certains théoriciens du droit<sup>61</sup> et spécialistes en droit des contrats<sup>62</sup> ou du droit des technologies<sup>63</sup>.



---

<sup>61</sup> Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

<sup>62</sup> A.S. BURROWS, « The Will Theory of Contract Revived - Fried's "Contract as Promise" », (1985) 38 *Current Legal Problems* 141, 150.

<sup>63</sup> Peter BLUME, « The Changing Shape of Legal Sources and Communication », dans Peter SEIPEL, *From Data Protection to Knowledge Machines*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publ., 1990, p. 171 : « [the] conclusion is that it is possible to construct a meaningful theory on legal sources and that this theory combines a descriptive and normative perspective. »

