

Rapport relatif aux changements à opérer auprès de la *Loi sur la protection du consommateur* au regard du commerce électronique

Vincent GAUTRAIS et Mouhamadou SANNI YAYA

Présenté à la Fondation Claude Masse

Août 2008

**Chaire UDM en droit de la sécurité et
des affaires électroniques**

Table des matières

Introduction	4
1. Rédaction contractuelle.....	6
2. Publicité.....	11
3. Information	16
4. Licence	21
5. Formalisme	25
6. Paiement.....	33
7. Rétrofacturation	36
8. Archivage	40
9. Droit applicable.....	43
10. Arbitrage	48
11. Recours.....	50
12. Garanties	54
13. Exactitude des prix	58
14. Publicité pour les enfants.....	62
15. Pourriel.....	66
16. Contrat à distance	70
Conclusion	73
Récapitulatif des recommandations	75
Bibliographie sélective.....	78

Préface

Nous exprimons toute notre gratitude à la Fondation Claude Masse pour son soutien financier déterminant à la réalisation de ce projet.

Vincent Gautrais est professeur agrégé Faculté de droit de l'Université de Montréal – et titulaire de la Chaire UDM en droit de la sécurité et des affaires électroniques.

Mouhamadou Sanni Yaya est étudiant au Doctorat en droit – Faculté de droit de l'Université de Montréal – et assistant de recherche auprès de la Chaire UDM en droit de la sécurité et des affaires électroniques.

Nous voulons aussi remercier ici mesdames **Irina Dinu**, **Caroline Leduc**, **Adriane Porcin** pour leur précieuse collaboration en tant qu'assistantes de recherche dans le cadre de ce projet. Nous remercions également Madame **Geneviève Duchesne**, avocate, analyste à l'Union des consommateurs au début du projet et aujourd'hui avocate auprès de l'Office de protection du consommateur, pour ses lumières et ses commentaires depuis le début.

Néanmoins, les opinions émises ne sont celles que des seuls auteurs.

Introduction

La *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après « LPC »), vieille de presque trente ans, a souvent fait l'objet de virulentes critiques. De façon imagée, on l'a dit craquant de tous bords, de tous côtés face à la réalité du 21^{ème} siècle. Au-delà de cet incipit pour le moins provocateur, nous voulons ici rendre compte de toute la problématique entourant une protection efficace du consommateur québécois d'aujourd'hui. La LPC est vieille et a fait face à un degré d'obsolescence normal pour une loi de cet âge ; mais d'autres facteurs, d'autres événements sont venus accentués cette obsolescence aggravant ainsi le clivage entre ce qui « est » dans la LPC et ce qui « est » dans la « vraie vie ».

Il y a eu **d'abord** l'innovation législative (l'adoption du Code civil du Québec (1994) et de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (2001)) qui est venue altérer quelque peu la cohérence initiale de la LPC. Il y a eu **ensuite** l'interprétation jurisprudentielle qui a modifié – voire affaibli - certaines protections accordées aux consommateurs. Il y a eu **enfin** l'innovation technologique qui bouleverse le processus contractuel traditionnel.

C'est ce dernier point, celui de l'innovation technologique, qui est l'objet de notre projet. Les technologies de l'information constituent en effet un changement communicationnel important ayant forcément des incidences sur la science juridique. Aussi, face à des pratiques contractuelles qui se sont développées soit illégalement soit dans les silences d'une loi mal adaptée aux changements technologiques, une réévaluation de la LPC nous apparaît incontournable. À cet égard, il nous semble judicieux de reconsidérer l'ensemble du processus contractuel auquel le cyberconsommateur est confronté, et ce, tant en ce qui concerne l'avant, le pendant et l'après contrat.

Pour preuve, et sans chercher à être exhaustif, plus d'une quinzaine de dispositions de la LPC présentent selon nous des difficultés majeures dès lors que l'on tente de les appliquer au cyberspace. Certaines viennent de faire l'objet d'un changement récent de la LPC en décembre 2006 ; d'autres datent de 1978.

L'objet du présent projet est donc de vérifier chacune de ces situations et de proposer des changements qui pourraient – ou devraient – être insérés dans la LPC pour une meilleure intégration des technologies de l'information. Ces propositions seront selon les cas soit des dispositions propres aux technologies, soit des mesures susceptibles de s'appliquer également à des modes traditionnels de vente.

Les thèmes en cause sont les suivants :

- 1) Rédaction contractuelle ;
- 2) Publicité ;
- 3) Information ;
- 4) Licence ;
- 5) Formalisme ;
- 6) Paiement ;
- 7) Rétrofacturation ;
- 8) Archivage ;
- 9) Droit applicable ;
- 10) Arbitrage ;
- 11) Recours ;
- 12) Garanties ;
- 13) Exactitude des prix ;
- 14) Publicité pour les enfants ;
- 15) Pourriel ;
- 16) Contrat à distance.

1. Rédaction contractuelle

La rédaction d'un document en ligne est sensiblement différente de celle d'un document papier et pour cette raison, il importe de considérer les spécificités de cette forme d'écriture et d'établir des balises afin d'éviter des dérives qui pourraient donner lieu à des contrats dans les faits illisibles et « infestés » de liens hypertextes. Au-delà des exigences prévues aux articles 1435 (clauses externes) et 1436 (lisibilité) du Code civil du Québec (ci-après « CCQ »), il était devenu nécessaire de mieux organiser le contenu des contrats de cyberconsommation. C'est à cette tâche que s'est attelé le législateur québécois en choisissant par le biais du projet loi n°48 d'imposer au commerçant des informations spécifiques à inclure dans tout contrat conclu à distance. L'article 5 dudit projet établit une liste d'informations à présenter à l'attention du cyberconsommateur. Nous croyons toutefois que cette initiative législative ne va pas assez loin.

A - Commentaires

Depuis le projet de loi n° 48, modifiant dès décembre 2006 la LPC, l'information relative aux éléments essentiels du contrat de consommation à distance doit être présentée, selon 54.4 *in fine*

« de manière évidente et intelligible et [porté] expressément à la connaissance du consommateur »¹.

Ce changement est fort salutaire et s'imposait sans aucun doute. Il constitue un renforcement audacieux tant en ce qui a trait à l'information (évidente et intelligible) que sur sa mise à la connaissance auprès du consommateur. Un changement d'autant plus salutaire que l'interprétation faite dans l'affaire *Dell Computer*² n'est pas très favorable à ce dernier³.

¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 2006, c. 56., art. 54.4 : « Le commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur; lorsqu'il s'agit d'une offre écrite, il doit présenter ces renseignements de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver ou les imprimer sur support papier ».

² *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

³ Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage! », *Revue Générale de droit*, vol. 37, n° 2, 2008 (à paraître).

Un second changement utilise une autre attitude et plutôt que d'identifier un « standard » de connaissance du consommateur en des termes généraux et vagues, comme ce fut le cas dans la citation ci-dessus, il énumère toute une liste d'informations (12 pour être précis) que le marchand doit employer dans ses contrats à distance, à savoir les alinéas a) à l) de l'article 54.4. Certes, certaines sont évidentes et sont présentes systématiquement dans tous les contrats mais il est possible de s'interroger sur les conséquences de certaines de ces mentions ; sur la longueur et la lisibilité du contrat.

Pour le spécialiste en communication Jakob Nielsen⁴, il est évident que la lecture d'un document électronique est fondamentalement différente de celle d'un document papier et cela suppose que la rédaction de tout contrat électronique doit impérativement tenir compte de la spécificité électronique du document. Or, malheureusement, très souvent les références possiblement abusives, le vocabulaire juridique ronflant, ainsi que la longueur des contrats n'éclairent pas la compréhension du consommateur quand vient le temps de conclure un contrat par le biais de l'écran de son ordinateur. Conformément à des propos déjà tenus dans « La couleur du consentement électronique »⁵, et sur la base des propos tenus par Jakob Nielsen, nous proposons de privilégier

- des textes plus courts,
- des phrases simples,
- l'insertion de plan,
- de puces,
- de caractères gras,
- de couleur,
- voire de majuscules et
- également une utilisation modérée de liens hypertextes.

Plusieurs législations vont déjà dans ce sens : par exemple la *Loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*⁶ impose des clauses types devant être incluses dans tout contrat de consommation et précise en son article 79-2 que celles-ci doivent être rédigées :

⁴ Jakob NIELSEN, Writing for the Web, [En ligne] à <<http://www.sun.com/980713/webwriting>>.

⁵ Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, n° 16-1, 2003, p. 68 et s.

⁶ *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*, Moniteur belge du 29 août 1991.

« en caractère gras, dans un cadre distinct du texte, en première page »⁷.

Dans la même veine, la jurisprudence américaine dans l'arrêt *Lieschke, Jackson & Simon v. Realnetworks Inc*⁸ énonce que pour qu'une clause soit réputée suffisamment communiquée, elle doit être perceptible c'est à dire qu'elle ne doit pas être rédigée en plus petits caractères que le reste du contrat. Elle doit en revanche être située à un endroit qui attire l'attention et être accessible pour consultation ultérieure.

En définitive, avec l'insertion de l'article 54.4 dans la nouvelle LPC, le législateur québécois montre qu'il est bien conscient du caractère particulier du médium qu'est Internet, qui diffère sensiblement du médium papier. Toutefois, il est possible de se demander si cette initiative législative est allée assez loin, les termes « *évidente et intelligible* » pouvant selon certains porter à interprétation.

Gardant à l'esprit l'exigence de lisibilité de l'article 1436 C.c.Q⁹, le législateur aurait peut être pu définir plus clairement ce qu'il entendait par « *présentés de façon évidente et intelligible* ». Une interprétation qui de surcroît n'a pas donné lieu à précision dans l'affaire *Dell Computer*¹⁰, faute de preuve¹¹. Cela dit, il est donc toujours possible d'invoquer cet article et de l'appliquer à un contrat qui s'avérerait d'une longueur indue et d'une forme particulièrement mal adaptée à une lecture et une compréhension satisfaisante. Nous croyons pourtant que la détermination d'un tel niveau de précision est davantage entre les mains du juge que du législateur et que si des précisions devaient être proposées dans un texte, elles devraient davantage être présentées à la suite d'un processus de consultation entre divers acteurs intéressés à la vente en ligne de consommation.

⁷ Idem, art. 79-2. Plus explicitement, le paragraphe 1^{er} indique que : « *Le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, les éléments suivants :*

1° *confirmation des informations mentionnées à l'article 78, 1°, 3° à 6° et 10°, ainsi que l'identification du produit ou du service;*

2° *le cas échéant, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi que la clause suivante, rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page : [...] ».*

⁸ *Lieschke, Jackson & Simon v. Realnetworks Inc*, 2000 WL 631341 (U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, May 11th, 2000).

⁹ *Code civil du Québec, L.Q., 1991, c. 64, art. 1436* : « *Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que les explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent* ».

¹⁰ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, *op. cit.*, note 2.

¹¹ Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc. cit.*, note 5, p. 68 et s.

Une telle solution nous apparaît plus souple, plus flexible, face à une situation factuelle relativement mouvante.

La situation est sans doute passablement plus problématique lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article 1435 C.c.Q.¹² qui est susceptible de prévaloir pour les liens hypertextes, dans la mesure où la Cour suprême y a apporté une interprétation pour le moins laxiste, considérant que 1) un lien hypertexte n'est pas une clause externe et 2) que le critère d'interprétation est basé sur le critère d'accessibilité, et ce, en rupture avec une jurisprudence constante¹³, au moins dans le domaine de l'arbitrage¹⁴. Alors que plusieurs des questions visées dans l'affaire *Dell Computer*¹⁵ n'ont pas été traitées par la Cour faute de preuve, elle propose ici un critère qui dans les faits a pour effet de rendre quasiment inapplicable l'article 1435 C.c.Q. dès lors qu'un lien hypertexte actif est présent.

Enfin, et de façon plus factuelle, nous croyons aussi qu'une pratique contractuelle problématique tient au fait que les stipulations liant le consommateur sont multiples et se trouvent sur différents contrats auxquels il se doit de souscrire. Afin de réduire cette prolifération, il serait souhaitable, comme cela avait été suggéré dans le document du Bureau de la Consommation d'offrir au consommateur « *des conditions de vente qui soient en un seul et même document* »¹⁶.

¹² Code civil du Québec, *op.cit.* note 9, art. 1435 : « 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 à la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ».

¹³ Vincent GAUTRAIS, *op. cit.*, note 3.

¹⁴ Critiquant la position de la majorité dans l'affaire *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, le professeur Alain PRUJINER affirme que : « si tout ce qui est accessible par hyperlien est incorporé d'emblée dans le contrat, il est difficile de voir ce qui peut encore être externe dans un tel environnement ». Pour lui, « [...] la bonne question aurait été de se demander si la désignation de « conditions de vente » était suffisante pour qu'un acheteur sur Internet sache qu'elle devait inclure une clause d'arbitrage. [Et], les termes de l'article 1435 C.c.Q. semblent pouvoir permettre une telle approche ». Alain PRUJINER, « Dell Computer Corp. c/ Union des consommateurs », *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, pp. 596-597.

¹⁵ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, *op. cit.*, note 2.

¹⁶ Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *loc. cit.*, note 5, p. 76. Plus précisément : GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique et documents connexes*, 2003, art. 1.4 *in fine* : « [t]outes les conditions relatives à la vente devraient pouvoir être consultées à un même endroit », [En ligne] à <<http://strategis.ic.gc.ca/protecte.pdf>>.

B- Recommandations

- Faire en sorte que le contrat de consommation soit disponible en un seul document.

- Préciser par voie non pas réglementaire mais par le biais de normes informelles établies par un organisme paritaire de concert entre des représentants 1) des gouvernements 2) des marchands 3) des consommateurs, des critères « d'intelligibilité », « d'évidence » et de « connaissance expresse » de l'article 54.4 *in fine* et plus généralement de la mise en exergue des éléments importants des contrats.

2. Publicité

La publicité est une question totalement oubliée par le Projet de loi n°48 et ceci est bien dommage. Dans cette section, nous étudierons uniquement la question de la publicité en général. Nous voulons vérifier si les dispositions actuelles de la LPC sur la publicité sont parfaitement transposables dans un contexte numérique. Ne devrait-on, par exemple, mettre l'accent sur le fait que dans le cyberspace une publicité se doit d'être identifiée comme telle? Après avoir répondu à cette question dans la présente section, nous examinerons plus loin la problématique de la publicité faite aux enfants ainsi que celle du pourriel.

A- Commentaires

La cyberpublicité est au cœur du commerce électronique ; elle est dit-on, la fondation du « *château de carte de la netéconomie* »¹⁷. Et comme le souligne un auteur, « *pour qu'une entreprise dure, elle doit séduire [...]* »¹⁸. Ainsi l'internaute est-il souvent assailli toute part de « *pourriels, pollupostage, référencement* »¹⁹ et autres procédés l'invitant à contracter. Dans cette course effrénée à la séduction dont l'objectif ultime, il ne faut pas l'ignorer, est la réalisation du profit, le cyberconsommateur, plus spécifiquement le cyberconsommateur québécois y trouve-t-il son compte ? Autrement dit, est-il bien protégé ? Au Québec, la cyberpublicité à l'instar de la publicité traditionnelle est en grande partie régie par deux lois fondamentales : la *Loi sur la concurrence*²⁰ et la *Loi sur la protection du*

¹⁷ Solveig GODELUCK, *Le boom de la netéconomie*, Paris, La découverte, 2000, p. 3 et 4. Cité par Marc LACOURSIÈRE, Charline BOUCHARD et Julie MC CANN, « La cyberpublicité : son visage, ses couleurs - Qu'en est-il de la protection des consommateurs ? », (2005) 107 *Revue du Notariat* 305.

¹⁸ Idem, p. 305.

¹⁹ Éric LABBÉ, « Pourriel, pollupostage et référencement abusif : le spamming dans tous ses états », (1999) *Juriscom.net*.

²⁰ *Loi sur la concurrence*, L.R., (1985), ch. C-34, art 52 (1) : « nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important ». Aussi art. 74.01 (1) : « est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques : a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important; b) ou bien, sous la forme d'une déclaration ou d'une garantie visant le rendement, l'efficacité ou la durée utile d'un produit, des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée, dont la preuve incombe à la personne qui donne les indications; c) ou bien des indications sous une forme qui fait croire qu'il s'agit : (i) soit d'une garantie de produit, (ii) soit d'une promesse de remplacer,

*consommateur*²¹. Bien que les dispositions de ces deux législations permettent de démystifier²² le vide juridique souvent évoqué au début de l'apparition des nouvelles technologies de l'information, il reste qu'à l'épreuve des faits, confrontées à l'internet, leur efficacité doit être vérifiée.

C'est qu'en effet, la cyberpublicité est différente de la publicité traditionnelle à bien des égards : elle est non seulement polymorphe²³ parce qu'elle revêt plusieurs visages mais peut être aussi être à la fois subtile et insidieuse²⁴. Par ailleurs, l'interactivité et l'instantanéité des communications qu'elle favorise ne laissent presque pas au consommateur le délai de réflexion nécessaire avant la conclusion du contrat. En outre, l'utilisation de liens hypertextes peut « téléporter » le consommateur sur d'autres sites commerciaux l'amenant ainsi de façon presque détournée à visualiser les messages d'autres annonceurs. Malheureusement, la *Loi sur la concurrence* et celle sur la protection du consommateur ne s'intéressent qu'au contenu du message publicitaire pas aux

entretenir ou réparer tout ou partie d'un article ou de fournir de nouveau ou continuer à fournir un service jusqu'à l'obtention du résultat spécifié, si cette forme de prétendue garantie ou promesse est trompeuse d'une façon importante ou s'il n'y a aucun espoir raisonnable qu'elle sera respectée ».

²¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40. 1, art 219 : « aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse au consommateur » ; art 225 : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit: a) invoquer une réduction de prix; b) indiquer le prix courant ou un autre prix de référence pour un bien ou un service; c) laisser croire que le prix d'un bien ou d'un service est avantageux » et art 239 : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit: a) déformer le sens d'une information, d'une opinion ou d'un témoignage; b) s'appuyer sur une donnée ou une analyse présentée faussement comme scientifique ».

²² Un jugement en Alberta a déjà indiqué que la *Loi sur la concurrence* était aussi applicable à Internet. Voir: *R. c. Integrity Group*, (1997) 73 C.P.R. (3d) 525 (Alta. Q. B.). Aussi: BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, 2003, [En ligne] à <<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct02500f.html>> : « [!]es dispositions de la loi en matière d'indications fausses ou trompeuses s'appliquent à la publicité dans Internet, car elles sanctionnent la teneur de l'indication et non pas les moyens utilisés ».

²³ Marc LACOURSIÈRE, Charline BOUCHARD et Julie MC CANN, *loc. cit.*, note 17, p. 310.

²⁴ Pour une vision complète des formes que peut revêtir la cyberpublicité voir : Éric LABBÉ, « La publicité en ligne », dans Daniel POULIN et al. (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 123 et s. Aussi, Charles TANGUAY, « Information, Publicité et Méthodes de vente », dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Montréal, Yvon Blais, 2005, pp. 81-87; Éric LABBÉ, « Spamming en Cyberspace : À la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », (2000) vol.6, n^o.1 *Lex Electronica* ; Véronique ABAD, « La collecte sur Internet des données personnelles par les entreprises québécoises dans un but publicitaire », (2002) *Droit & Nouvelles Technologies* et Christophe MASSE, « La publicité trompeuse dans le commerce électronique », (2000), *Juriscom*.

formes qu'il peut prendre²⁵. Qui plus est, les recours qu'offrent au consommateur ces lois en cas d'abus sont plutôt dérisoires parce que :

« [...] le fardeau de preuve est relativement lourd, surtout lorsqu'il s'agit de prouver l'intention malicieuse ou la négligence d'un annonceur. Or tout ceci a un coût, qui peut paraître disproportionné comparé aux dommages en jeu. [...] Pour pouvoir déposer une plainte contre une entreprise qui ne respecterait pas les droits des « cyberconsommateurs », il faut pouvoir identifier l'auteur des infractions. [Ce qui] peut se révéler délicat sur Internet. En effet, les sociétés peuvent être fictives, voire situées dans un autre pays et ne pas afficher leurs coordonnées sur leur site »²⁶.

Plusieurs initiatives sont menées au plan international à la recherche de solutions adéquates pour la protection du cyberconsommateur. On peut évoquer entre autres les travaux de la Chambre de Commerce Internationale (CCI)²⁷ et ceux de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE)²⁸. Au plan interne canadien, le Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique a mis en place les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*²⁹, principes repris par le Bureau de la concurrence³⁰ et la plupart des provinces canadiennes qui l'a transposé dans son droit interne à l'exception du Québec qui fait bande à part³¹. Ces principes indiquent clairement³² que : « les consommateurs devrait être

²⁵ Véronique ABAD, « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », (2005) vol.10, n^o.2 *Lex Electronica*, p. 38.

²⁶ Idem, pp. 35-36.

²⁷ CHAMBRE DU COMMERCE INTERNATIONALE (CCI), *Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet*, 1998, [En ligne] à <<http://www.iccwbo.org/id912/idex.html>>.

²⁸ OCDE, *lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses*, 2003, [En ligne] à <<http://www.oecd.org/oecd/4.pdf>>.

²⁹ GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique: le cadre canadien*, 1999, [En ligne] à <<http://www.cba.ca/fr/content/consumer/principesf.pdf>>.

³⁰ BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, *op. cit.*, note 22.

³¹ Toutefois dans un document daté de 2002 (*Concevoir un bon site marchand de commerce électronique*), l'Office de la protection du consommateur explique en huit points comment appliquer la loi sur la protection du consommateur à la cyberpublicité. Voir à ce sujet : Véronique ABAD, « Publicité sur Internet et protection du consommateur », (2003), vol. 8, n^o.2 *Lex Electronica*, p. 7-8.

³² Dans cette logique, certains auteurs recommandent au cybercommerçant « d'indiquer de façon claire, aux consommateurs que l'annonce placée en ligne ne s'adresse qu'aux résidents d'un ou plusieurs pays ou simplement à certains groupes de consommateurs, notamment des adultes », Vincent GAUTRAIS, « La carte des recours du cyberconsommateur » (rubriques « Conseils – Clauses types »), [En ligne] à <<http://cyberconsommation.ca/publicite.htm>>. D'autres auteurs

informés de manière claire et suffisante afin d'exercer un choix éclairé quant à l'opportunité et à la façon de faire un achat ». Ce sont là de notre point de vue des « accords souples » dont on ne peut pas seulement se contenter si l'on veut assurer une protection efficace et concrète au cyberconsommateur. À notre sens, cette protection passe par une modification législative dans laquelle on devrait distinguer clairement entre ce qui est une publicité et ce qui ne l'est : c'est là tout l'enjeu de la cyberpublicité.

Les législateurs européens et plus précisément français sont déjà allés dans cette direction. La *Loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* fait obligation dans un premier temps d'identifier clairement qu'une publicité est une publicité et, dans un second, de rendre identifiable la personne physique ou morale pour le compte de qui la publicité est réalisée :

« 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 »³³.

L'article 21 de la même loi modifie le *Code de consommation* français en créant des dispositions spécifiques à la publicité trompeuse :

« 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 »³⁴.

soutiennent qu' « *il est peu probable qu'une telle clause lui [le cybercommerçant] permettent de s'exclure de l'application de la loi. [...] puisque la L.p.c. est une loi d'ordre public, tout commerçant québécois y est soumis, même si la promotion de ses produits et services ne s'adresse qu'à un public étranger. L'intention du législateur étant certainement de soumettre tout commerçant québécois à ses dispositions de manière à protéger tout consommateur québécois. [...] Il est donc peu probable qu'un annonceur québécois, bien que visant effectivement une clientèle étrangère, puisse se soustraire aux dispositions de la loi par un avertissement ou une mise en garde »*, Marc LACOURSIÈRE, Charline BOUCHARD et Julie MC CANN, *loc.cit.*, note 17, p. 336.

³³ *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, art. 20.

³⁴ *Code de la consommation*, art. L. 121-15-1.

Bref, ignorée lors de l'adoption du Projet de loi n° 48, la question de la cyberpublicité mérite l'attention du législateur. Nous croyons que les apports qui pourraient être faits à la LPC ne doivent toucher que la forme de la publicité mais guère son contenu. En effet, en relisant les articles 222 et suivants LPC portant sur les pratiques de commerce, il nous apparaît clairement que ces dispositions sont susceptibles de s'appliquer tant dans le monde réel que le monde numérique.

B- Recommandations

- S'assurer à l'instar de la législation française qu'une publicité soit identifiée comme telle et comporte la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque. Cette solution non coûteuse nous semble la réponse la plus efficiente à apporter en l'espèce.
- Pour le reste, la généralité de la LPC semble pouvoir s'appliquer sans réelles difficultés.

3. Information

Dans sa rédaction du Projet de loi n°48, le législateur québécois adopte, concernant l'obligation d'information l'approche du Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique de 2004. Ce code précise les informations à fournir dans le contexte d'un contrat électronique en reconnaissant par là même les spécificités du réseau : l'identification du produit (que le consommateur ne peut pas physiquement toucher), l'identification du vendeur (qui est par définition à distance), ainsi que le processus contractuel en plusieurs étapes qui imposent de proposer au cyberconsommateur l'information appropriée. Les dispositions du Projet de loi n°48 à cet effet sont donc tout à fait les bienvenus et ce d'autant plus que le Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique de 2004 est un document non contraignant dont l'application dépend de la bonne volonté des acteurs économiques.

A – Commentaires

Avant l'adoption du Projet de loi 48, il était difficile voire impossible pour le cybercommerçant d'avoir une idée des informations à fournir au consommateur tandis que ce dernier ne comprenait pas toujours clairement les obligations auxquelles il s'engageait. Dans l'affaire Kanitz par exemple, le juge va considérer que le consommateur ne pouvait pas ignorer que le contenu d'un contrat avait été modifié, et ce, sans qu'aucune notification ne lui ait été faite³⁵. Pourtant :

« Nul n'ignore que le droit est compliqué. [Aussi] convient-il [...] à tout prix de le simplifier pour le rendre plus accessible au citoyen en général et au consommateur en particulier. L'idée est parfois émise que l'une des priorités de notre temps réside dans la simplification du droit pour que celui-ci devienne plus accessible et puisse être mobilisé plus simplement par le profane »³⁶.

³⁵ *Kanitz c. Rogers Câble*, (2002) 58 O.R. 3rd 299.

³⁶ Jean Monnet DE SAINT-ÉTIENNE, « L'accès au droit des consommateurs », *LPA*, n° 109, 2008, p. 20.

C'est dans cette voie que s'est engagé le Projet de loi 48 par le biais de son article 54.4³⁷ qui énumère toute une liste d'obligations auxquelles le commerçant est tenu. Si cet article a le mérite de l'exhaustivité, sa formulation est critiquable sur plusieurs points :

D'abord, l'accumulation d'informations ne constitue pas forcément la meilleure solution. Il conviendrait par conséquent de réexaminer le volet relatif aux informations devant être considérées comme obligatoires. Il existe en effet de nombreuses manières de consommer, mais toutes ne se prêtent pas avec le même bonheur à une surinformation. L'exemple des téléphones cellulaires comme nouvelle plateforme commerciale pose ainsi la question de l'accessibilité des informations obligatoires³⁸ : compte tenu des dimensions ou encore la résolution des écrans des téléphones, est-il raisonnable d'imposer la publication de clauses que le consommateur ne sera en pratique pas vraiment à même de lire ?

Ensuite, il conviendrait de s'interroger sur la quantité d'informations réellement nécessaire au consommateur. Trop d'informations tue l'information a-t-on

³⁷ *Loi sur la protection du consommateur, op.cit., note 1, art. 54.4. : « Avant la conclusion du contrat à distance, le commerçant doit divulguer au consommateur les renseignements suivants :*

a) son nom et tout autre nom qu'il utilise dans l'exploitation de son entreprise ;

b) son adresse ;

c) son numéro de téléphone ainsi que, le cas échéant, son numéro de télécopieur et son adresse technologique ;

d) une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques ;

e) un état détaillé du prix de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, des frais connexes qu'il exige, de même que du coût de tout droit exigible en vertu d'une loi ;

f) une description de tous les frais supplémentaires qui pourraient être exigibles par un tiers et dont le montant ne peut être raisonnablement calculé, notamment les droits de douane et les frais de courtage ;

g) le total des sommes que le consommateur doit déboursier en vertu du contrat et, le cas échéant, le montant des versements périodiques et les modalités de paiement ;

h) la devise dans laquelle les montants exigibles sont payables ;

i) la date ou les délais d'exécution de son obligation principale ;

j) le cas échéant, le mode de livraison, le nom du transporteur et le lieu de livraison ;

k) le cas échéant, les conditions d'annulation, de résiliation, de retour, d'échange ou de remboursement ;

l) toutes les autres restrictions ou conditions applicables au contrat.

[...].

³⁸ UNION DES CONSOMMATEURS, *Téléphonie cellulaire – Le contenu des modalités de services*, 2007, [En ligne] à <http://www.consommateur.qc.ca/union-de-/Cellulaires_analyse.pdf>.

coutume de dire. Selon une étude réalisée par le centre en information de l'Université de Brunel, l'information superflue n'est que source de complexité et empêche l'internaute de voir ce qu'il cherchait même si cette chose est devant lui³⁹. Une avalanche de mentions obligatoires pourrait, en noyant les informations réellement pertinentes, créer la confusion chez les acheteurs. En ne mettant pas en exergue les points saillants du contrat, et sans préciser préalablement de manière succincte l'étendue des obligations respectives du commerçant et du consommateur, trop d'information pourrait finalement desservir un contractant moyennement attentif. Il serait dès lors peut être plus prudent de se contenter d'édicter une obligation de fournir un contrat clair et compréhensible, par exemple en généralisant les termes figurant à l'article 54.4 *in fine* de la LPC⁴⁰, tout en laissant à chaque secteur commercial la faculté d'aménager ses contrats en fonction des contraintes techniques qui lui sont propres.

Notons aussi que le fait de lister de manière exhaustive des mentions spécifiques se prête mal à l'évolution excessivement rapide tant des technologies que de l'encadrement contractuel qui s'y applique. En effet, il est difficile de prévoir quelles seront les mentions qui demain poseront problèmes.

De plus, un juge qui verra qu'une mention importante en terme d'information n'est pas spécifiquement prévue dans la longue liste identifiée par le législateur pourra aisément considérer que son absence n'est donc pas sujette à reproche.

Par ailleurs, le Projet de loi insiste sur la nature des informations fournies, mais pas sur la manière dont elles doivent l'être. Et cela sans prendre en considération la propension des commerçants à utiliser des clauses indéchiffrables à la rédaction ampoulée, ou encore à recourir à une organisation labyrinthique du contrat : dissimuler une clause sur le consentement au détour d'une clause sur le risque nucléaire (comme c'est par exemple le cas dans les contrats *Dell*) permettrait à coup sûr de diminuer l'attention du consommateur, alors même que le contrat contiendrait toutes les dispositions envisagées dans le projet.

Il nous apparaît par conséquent plus pertinent d'insister sur la clarté, la cohérence et la lisibilité globales du contrat, plutôt que de se focaliser sur une liste d'informations dont la pertinence varierait en fonction des contextes considérés. Des exigences qui pourraient s'appliquer sur ce que nous pourrions appeler « **Les éléments essentiels du contrats** » que le marchand aurait l'obligation de mettre en exergue.

³⁹ Rakhi RAJANI & Duska ROSENBERG « Usable?...Or Not?...Factors Affecting the Usability of Web Sites », *CMC Magazine*, 1999, [En ligne] à <<http://www.december.com/cmc/mag/1999/jan/rakros.html>>.

⁴⁰ L'article 54-4 prévoit que « *Le commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur* ».

Ce renforcement des règles de mise à la connaissance du contenu contractuel est d'autant plus important que la récente affaire *Dell* traitée par la Cour suprême du Canada considère que preuve ne lui a pas été présentée qu'un texte long et complexe puisse donner lieu à l'application de l'article 1436 C.c.Q.⁴¹, notamment sur les clauses illisibles et incompréhensibles.

Enfin, même si les obligations de divulgations d'informations prévues par l'article 54.4⁴² de la LPC sont assurément un pas dans la bonne direction pour ce qui est du processus contractuel, la grande quantité d'informations qui risque de jalonner les différentes étapes du processus peut être source de confusion pour le cyberconsommateur non habitué à contracter par voie électronique. Dès lors, on peut raisonnablement se demander s'il ne serait pas judicieux de procéder à un résumé ou une synthèse des différentes clauses du contrat dans le souci de favoriser une meilleure compréhension chez les usagers du commerce électronique. Cette piste est déjà envisagée en France par Le Forum des droits sur l'Internet. Dans une étude intitulée *Droit de la consommation appliqué au commerce électronique*, Le Forum recommande aux professionnels de

« respecter l'usage consistant à proposer un lien direct clairement visible vers les conditions contractuelles sur toutes les pages des sites internet »⁴³.

Aussi le cybercommerçant veillerait-il à « *mettre en avant les informations contractuelles principales* »⁴⁴ notamment, « *l'identification du vendeur ; les dispositions relatives à l'existence et aux modalités d'exercice du droit de rétractation ; les modalités de paiement, et notamment la conservation des données liées à la carte bancaire pour effectuer des paiements récurrents ; les dispositions relatives aux garanties commerciales et au service après-vente ; les modalités de résiliation des contrats à exécution successive* »⁴⁵. Même s'il y a un risque « *du point de vue des entreprises, le consommateur [pouvant] [...] reprocher aux informations mises en avant d'être partielles ou contradictoires avec les obligations détaillées dans la suite des conditions générales*⁴⁶ », nous pensons que ces mesures seront dans l'ensemble bénéfiques.

⁴¹ Art 1436 C.c.Q, *op. cit.*, note 9.

⁴² Voir note 39.

⁴³ FORUM DES DROITS DUR L'INTERNET, *Droit de la consommation appliqué au commerce électronique*, 2007, p. 22, [En ligne] à <<http://www.foruminternet.org/IMG/pdf/rconso-20070.pdf>>.

⁴⁴ *Idem*, p. 25.

⁴⁵ *Idem*, p. 25.

⁴⁶ *Idem*, p. 24.

B- Recommandations

- Renforcer l'obligation de clarté et de lisibilité qui pèse sur le commerçant plutôt que de lister trop d'informations, afin de s'assurer que les éléments essentiels du contrat soient portés à la connaissance du consommateur de manière claire et précise. Il s'agirait en quelque sorte de généraliser les termes de l'article 54.4 *in fine* de la LPC à tous les contrats

Ceci pourrait notamment se faire en mettant sur place des normes informelles mises en place par les acteurs intéressés où pourraient notamment être proposés les éléments suivants :

- Obliger le cybermarchand à produire un résumé des éléments essentiels du contrat liant les parties

- Identifier clairement l'étape à laquelle est rendu le consommateur lors du processus contractuel

4. Licence

Les transactions commerciales conclues sur Internet dépassent le simple cadre des contrats de vente ou de services de la LPC et incluent également les contrats de licence. Ce qui rend difficile une éventuelle classification des contrats nommés : contrats de vente, services, louage, licence, etc. Cette difficulté rejaille sur l'application de la LPC : s'il est clair que cette dernière s'applique aux contrats de consommation qui ont pour objet un bien ou un service (conformément à l'article 2 LPC)⁴⁷, on peut se demander si elle s'applique réellement aussi au « contrat de louage de biens et contrat de service » comme l'indique l'article 34 in fine ? En effet, si les termes « biens » ou « services » peuvent faire l'objet d'un contrat de licence (un bien pouvant être matériel ou immatériel), la référence au « contrat de service » soulève des interrogations. Comment s'assurer que le chapitre sur les garanties de la LPC (qui ne réfère qu'aux contrats de vente, de louage ou de services) puisse être effectivement applicable aux contrats de licence ?

A- Commentaires

Avant toute chose, une question doit être évacuée : celle de savoir si les contrats de licence sont des contrats de consommation ayant pour objet un bien ou un service. On ne peut répondre à cette question de façon satisfaisante sans dans un premier temps qualifier en lui-même le contrat de licence et dans un deuxième temps étudier son assujettissement à la *Loi sur la protection du consommateur*.

La jurisprudence québécoise est ambivalente quant à la qualification du contrat de licence tellement les jugements en la matière, pour emprunter l'expression triviale suivante, « nous donnent l'impression d'être une sorte de « Jean Coutu du droit »⁴⁸ : dans *Olier, Grisé & Cie Ltée c. Équipements de bureau Maskoutan Inc.*⁴⁹, une décision datant de 1985, le tribunal en est venu à la conclusion que le transfert d'ordinateur y compris le logiciel qui l'accompagnait n'était ni plus ni moins qu'une simple vente. Quelques années plus tard, en 1991 plus précisément, un juge de la Cour du Québec trouva dans l'affaire *Informatique*

⁴⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, op. cit., note 21, art. 2 : « La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ».

⁴⁸ Vincent GAUTRAIS, « Le contrat de licence : un illustre méconnu ! », 2006, [En Ligne] à <<http://www.gautrais.com/Le-contrat-de-licence-un-illustre>>.

⁴⁹ *Olier, Grisé & Cie Ltée c. Équipements de bureau Maskoutan Inc.* [1985] C.S. 680-683.

*L.G.A. Inc. c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée*⁵⁰ que la licence était un contrat innommé qui conférait un droit personnel d'usage et non un contrat de vente. Cette position fut cependant nuancée en 1994 dans *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*⁵¹ où, sous la plume de l'honorable juge Borduas, le tribunal suggère de considérer la licence comme un contrat de louage au sens de l'article 1854 du Code civil du Québec d'alors⁵². Cette allusion au contrat de louage est de l'avis de certains auteurs malheureuse car :

« Bien que l'argument puisse sembler attrayant à première vue, [on est] forcés de constater que l'application de cette théorie du louage mènera sûrement à des aberrations si elle n'est pas écartée par les tribunaux. En effet, l'industrie des technologies de l'information (et du logiciel en particulier) ne fonctionne pas, en pratique, d'une manière qui soit nécessairement compatible avec le régime juridique du louage de choses (conçu à l'origine pour traiter de transactions sur des biens tangibles). Concrètement, les licences de logiciel sont généralement considérées comme « vendues » à des entreprises et à des particuliers qui n'ont habituellement que des contacts minimales avec le producteur. Dans le contexte commercial et technologique existant, les parties ne s'attendent généralement pas à ce que le producteur soit responsable de tous les problèmes; du moins pas au degré qu'imposeraient les règles de louage du C.c.Q. Les intervenants dans le domaine des technologies de l'information s'entendent pour dire qu'il est normal qu'un logiciel contienne certaines erreurs de conception ou de programmation et qu'il éprouve, de temps à autre, certains problèmes de fonctionnalité (d'où l'importance des contrats de support informatique). On voit ici que l'analogie avec un bail, qu'il concerne une automobile ou un immeuble, pose un problème conceptuel important. Au sein des milieux d'affaires, personne, pour l'instant, ne s'attendrait d'un producteur de logiciel (souvent une très petite entreprise) qu'il

⁵⁰ *Informatique L.G.A. Inc. c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée*, [1991] R.J.Q. 1767 (C.Q.). Aussi sur le refus de considérer la licence comme un contrat de vente : Frédérique TOUBOL, *Le logiciel, Analyse juridique*, Paris, LGDJ, 1986. Sur la qualification en tant que contrat innommé voir Ejan MACKAAY, « Le marché du logiciel-licence ou vente? », *Cahiers des propriétés intellectuelles*, n° 6, 1993/1994, pp. 401-416.

⁵¹ *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*, J.E. 94-1910 (C.Q.).

⁵² *Code civil du Québec*, op.cit., note 9, art 1854 : « Le locateur est tenu de délivrer au locataire le bien loué en bon état de réparation de toute espèce et de lui en procurer la jouissance paisible pendant toute la durée du bail. Il est aussi tenu de garantir au locataire que le bien peut servir à l'usage pour lequel il est loué, et de l'entretenir à cette fin pendant toute la durée du bail ».

agisse avec le même degré d'implication qu'un locateur au sens où l'entend le Code civil »⁵³.

L'inconstance de la jurisprudence est aussi perceptible au sein de la doctrine : d'autres auteurs de leur côté décrivent la licence comme un contrat de location puisque soutiennent-ils :

« La plupart des donneurs de licences de logiciels réservent leurs droits, de sorte que ces contrats ne transfèrent aucun droit immatériel. Le donneur de licence, à la différence du loueur, ne se dépossède pas du bien qu'il met à la disposition, d'autant plus qu'il conserve le droit de le « louer » à d'autres utilisateurs »⁵⁴.

L'intérêt de la qualification réside dans le fait que si le contrat de licence est qualifié de contrat de vente ou de louage, les garanties de la *Loi sur la protection du consommateur* lui sont applicables alors que s'il est considéré comme un contrat innommé, les protections dont pourrait jouir le consommateur dans ce cas sont hypothétiques d'où la nécessité d'une position claire et sans ambiguïté. Pour Vincent Gautrais et Ejan Mackaay la LPC a « vocation à englober tous les contrats que le consommateur conclut dans le marché de masse »⁵⁵. Ceci nous conduit à l'interrogation sur l'assujettissement du contrat de licence à cette loi. Pierre-Paul Lemyre et Richard Willemart affirment que :

« de façon générale, le licencié pourra invoquer la loi s'il est un particulier et que le contrat de licence n'a pas de rapport direct avec l'activité professionnelle qu'il exerce. [...]. Dans le contexte particulier des logiciels libres et ouverts, la qualification du donneur de licence en tant que commerçant doit aussi être évaluée »⁵⁶.

Une partie de la doctrine est cependant beaucoup plus réservée quant à l'efficacité des recours qu'offrent au consommateur la LPC : le chapitre sur les garanties vise entre autres à assurer à celui-ci la garantie d'aptitude du bien acheté (art. 37) et surtout la garantie de sa durabilité (art. 38). Seulement :

⁵³ Michel A.SOLIS et Sébastien LAPOINTE, «Réflexions sur l'application des garanties aux logiciels en droit civil québécois », *Revue du Barreau*, Tome 59, n^o 2, pp. 406-407.

⁵⁴ Pierre-Paul LEMYRE et Richard WILLEMART, « Problématiques juridiques des logiciels libres et ouverts : défis et solutions pour le gouvernement du Québec (RESOLL), Rapport de projet », *Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations (CIRANO)*, 2005, [En ligne] à <<http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2005RP-06.pdf>>.

⁵⁵ Vincent GAUTRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Cowansville, Yvon Blais, 2001, pp. 279-315.

⁵⁶ Pierre-Paul LEMYRE et Richard WILLEMART, *loc. cit.*, note 54.

« La plupart des périodes de prescription sous la L.p.c. sont plus courtes que celles du C.c.Q.: elles sont, pour la plupart, d'une durée d'un an. De plus, il semble exister une incertitude jurisprudentielle quant à la nécessité que les vices aient été cachés et inconnus du consommateur pour que celui-ci puisse invoquer la garantie existant sous la L.p.c. Enfin, il existe une autre incertitude quant à la gravité du défaut requise pour que la garantie s'applique: soit qu'il suffit que le vice diminue l'utilité du bien, soit qu'il est nécessaire que le bien cesse carrément de remplir sa fonction essentielle »⁵⁷.

En définitive, pour éviter toute ambiguïté, le législateur québécois aurait pu s'inspirer des *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*⁵⁸ qui indiquent expressément qu'un commerçant peut être aussi une personne qui accorde des licences par voie électronique. Le même texte spécifie qu'une vente peut inclure la location ou l'octroi de licences. L'autre avenue pourrait être aussi l'approche de *la Loi ontarienne de 2002 sur la protection du consommateur* qui elle, est applicable à toute opération de consommation⁵⁹.

Néanmoins, nous croyons que cette précision explicite n'est peut être pas si nécessaire que cela, du moins si on se base sur l'article 2 LPC. La seule ambiguïté tient au fait que l'article 34 réfère aux contrats de vente et service et non à l'opération « dans le cours de son commerce » comme l'article 2. L'article 34 pourrait donc être modifié pour être sans équivoque à cet égard, conformément à l'article 2 LPC.

B- Recommandations

- Modifier l'article 34 LPC pour qu'il réfère non pas au contrat de vente ou de service mais à « toute transaction conclue entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ».

⁵⁷ Michel A.SOLIS et Sébastien LAPOINTE, *loc. cit.*, note 53, p. 423.

⁵⁸ GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *op.cit*, note 29. Voir plus précisément le glossaire à la fin du document qui définit le commerçant comme « une personne physique ou morale qui fait le marketing, la vente, la location ou l'octroi de licences d'un bien ou service, ou qui sollicite des dons au moyen du commerce électronique ».

⁵⁹ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A, art. 2 (1) : « Sous réserve du présent article, la présente loi s'applique à toute opération de consommation si le consommateur ou la personne qui la mène avec lui se trouve en Ontario lorsqu'elle a lieu ».

5. Formalisme

Dans la LPC, un certain nombre de contrats spécifiques ne peuvent, depuis l'adoption de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (article 103) être passés que sur support papier (vente d'automobile, contrat de prêts, etc.). En 2001, le législateur avait préféré par prudence ne pas soumettre ces types de contrat aux exigences du formalisme relatifs aux documents technologiques. Néanmoins, La Loi sur la protection du consommateur prévoit pour les mêmes contrats, en ses articles 23 et suivants des obligations formelles. Or, le règlement d'application de la LPC adopté en 2007 les exempte de ces obligations lorsqu'ils sont conclus à distance. La question qui se pose est celle de savoir si le nouveau formalisme établi par le Projet de loi n°48 compense le formalisme des articles 23 et suivants LPC qui visent à attirer l'attention du consommateur sur l'importance de la transaction qu'il s'apprête à réaliser ou si ce formalisme ne constitue pas en fait un obstacle à la conclusion en ligne de ces mêmes contrats. En d'autres mots, un contrat conclu en ligne pourrait-il satisfaire aux exigences de l'article 25 et suivants de la LPC qui requièrent un double sur support papier, une signature, un écrit, etc., par l'envoi d'une copie papier du contrat ?

A- Commentaires

La difficulté ici à notre sens tient à la notion de « neutralité technologique » adoubée dans le *Code civil du Québec* (CCQ)⁶⁰ et proposée en concept religieux dans la *Loi concernant le cadre juridique des nouvelles technologies de l'information*⁶¹ (LCCJTI). Notion dont la compréhension fort extensive peut conduire à des erreurs. Ce concept qui a été imposé au droit civil et à son Code nous apparaît pour le moins critiquable de par la portée universelle que l'on souhaite le voir assumer. Il est en effet vu comme la solution à tous les maux législatifs et l'amendement au Règlement d'application de la LPC⁶² en est un exemple.

⁶⁰ Voir à ce sujet la section 6 du chapitre 1 du titre 2 du Livre 7 (« Des supports de l'écrits et de la neutralité technologique ») du *Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 9.

⁶¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., chapitre C-1.1, art 2 : « à moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil ».

⁶² *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 6.3.

Tout commence par l'anodin article 6.3 dudit règlement d'application de la LPC qui prévoit ceci :

« Sont exemptés de l'application du chapitre II du titre I et des articles 54.8 à 54.16 de la Loi et de l'article 26 du présent règlement, lorsqu'ils sont conclus à distance, le contrat de crédit, le contrat de services à exécution successive au sens de la section VI du chapitre III du titre I de la Loi, même lorsque ce contrat est conclu par une des personnes énumérées à l'article 188 de cette loi, ainsi que le contrat de service ou de louage d'un bien conclu à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un tel contrat de services à exécution successive ».

Ainsi, et cela apparaît donc à la lecture même de cette disposition, on entend soustraire de l'application de certains contrats nommés un chapitre datant de 1978, sans doute à cause de ses accointances clairement identifiées avec le support papier. Ainsi, certains contrats de consommation qui ne pouvaient être conclus que sur papier peuvent désormais se faire en ligne.

Analysons uniquement ces règles au regard du **contrat de crédit** qui illustre bien cette difficulté d'application.

Traditionnellement, ce type de contrat est régi par le chapitre 2 du titre 1 de la LPC, selon l'article 23 qui dispose : *« Le présent chapitre s'applique au contrat qui, en vertu de l'article (...), 80, (...) doit être constaté par écrit »*⁶³. Cet article réfère à l'article 80 qui dispose quant à lui qu' : *« un contrat de crédit, à l'exception d'un contrat de prêt d'argent payable à demande, doit être constaté par écrit »*⁶⁴.

Ce chapitre introduit **4 mesures de forme**, que sont :

- **l'écrit** : les articles 23 (précité) et 25 avaient été modifiés en 2001 par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (article 103) qui avait privilégié pour ces contrats formels, suivant une « position attentiste » demandée par le Rapport de l'OPC sur l'avant-projet de loi l'expression (« **et sur support papier** »). La prudence était donc de mise et ce type de contrat formel ne pouvait se faire que *via* le support papier : un écrit papier. La neutralité technologique était alors remise en cause du moins provisoirement. Également, l'article 26 du règlement d'application de la LPC prévoit certaines modalités formelles sur la qualité de l'écrit et sur lesquelles nous reviendrons.

⁶³ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit., note 21, art. 23.*

⁶⁴ *Idem, art. 80.*

- **Le double** : l'article 25 LPC mentionne que « *Le contrat doit être clairement et lisiblement rédigé au moins en double* »⁶⁵ ... et l'article 32 lui considère que « *Le commerçant doit remettre un double du contrat au consommateur après la signature* »⁶⁶. La possession d'un double, selon 33, est la date à partir de laquelle on fait courir les obligations d'exécution du consommateur.
- **Le français** : l'article 26 prévoit que « *Le contrat et les documents qui s'y rattachent doivent être rédigés en français. Ils peuvent être rédigés dans une autre langue si telle est la volonté expresse des parties. S'ils sont rédigés en français et dans une autre langue, au cas de divergence entre les deux textes, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut* »⁶⁷.
- **La signature** selon les articles 27, 28, 29 et 30 est établie en des termes assez protecteurs et l'on est ici face à une définition « maison » qui s'éloigne de celle proposée par l'article 2827 CCQ. Et c'est normal, alors que l'article 2827 CCQ a pour mission de donner une définition générique, générale, s'appliquant au plus grand nombre possible de situations, il dispense, selon le principe de l'équivalence fonctionnelle, les deux fonctions que sont 1) l'identification de l'auteur et 2) la manifestation de sa volonté. Dans la LPC, dans la mesure où l'on est dans une optique de protection d'une partie jugée en état de vulnérabilité, la loi opte pour une autre voie et dessine une signature différemment. Ainsi, selon l'article 27, « *le commerçant doit signer et remettre au consommateur le contrat écrit dûment rempli et lui permettre de prendre connaissance de ses termes et de sa portée avant d'y apposer sa signature* »⁶⁸. Ensuite, selon l'article 28 la signature ne peut être apposée n'importe où et « *la signature des parties doit être apposée sur la dernière page de chacun des doubles du contrat, à la suite de toutes les stipulations* »⁶⁹. Ces deux dispositions amplifient donc la portée symbolique dont une signature dispose presque toujours. Conformément au « casser la paille », une formule sacramentale qui serait à l'origine de l'étymologie du terme « stipulation », une signature implique une prise de conscience des parties qui s'engagent et dans la LPC, on veut s'assurer de cet effet tant dans le temps, le consommateur signe après le commerçant, en voyant la signature du commerçant, que dans l'espace, la signature doit être apposée à la fin du document, afin

⁶⁵ Idem, art. 25.

⁶⁶ Idem, art. 32.

⁶⁷ Idem, art. 26.

⁶⁸ Idem, art. 27.

⁶⁹ Idem, art. 28.

d'être sûr que le consommateur a lu le document et qu'il comprend qu'il s'engage dans un acte juridique qui n'est pas commun, anodin, dans la mesure où la Loi lui impute des mesures de forme particulières.

Quatre conditions sont donc introduites dans ce chapitre de la LPC dont le nouveau règlement, par le biais de 6.3 précité, considère comme normal, légitime, de ne pas devoir appliquer aux contrats à distance. Plus exactement, le nouveau règlement considère sans doute que les nouvelles dispositions de la LPC (article 54.1 et suivants) offrent, lorsqu'on les couple avec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, une protection équivalente.

Or, nous croyons que **c'est faux !** Nous croyons qu'aussi intéressante que soit la nouvelle LPC, elle pêche sur ce point précis des contrats formels. Nous croyons que la protection est moindre *via* les contrats en ligne et que le consommateur est moins bien protégé en ligne que dans un environnement papier.

Les nouvelles dispositions pêchent notamment sur l'analyse des différences entre formes papier et formes électroniques. Aussi, comme c'est souvent le cas, de la neutralité technologique comme technique législative qui ne favorise pas une technologie plutôt qu'une autre, elle se fait méduser par ce concept qui est interprété ici comme une assimilation des modalités de communication du papier et de l'électronique.

Nous comptons identifier ce travers en analysant au cas par cas ces 4 formes aujourd'hui réinventées.

1 - l'écrit

Selon la LCCJTI, un écrit peut être électronique ou papier, dès lors qu'il satisfait au critère d'intégrité. Seulement, et cela fait plus de 10 ans que nous le prétendons, l'intégrité est un concept qui répond très bien à la fonction de preuve que l'écrit a généralement mais nullement à l'aspect symbolique de prise de conscience qu'il peut éventuellement avoir. Or, cette fonction semble présente dans la LPC et dans son règlement d'application. Cela nous apparaît implicite à l'ensemble des articles du Chapitre 2, l'écrit étant en matière de consommation traditionnellement considéré comme une exigence formelle. C'est pas mal plus explicite à l'article 26 du règlement d'application qui dispose :

« Ce contrat doit être rédigé sur du papier Bond numéro 7 d'une pesanteur de 11,8 kg aux mille feuilles de 432 mm x 559 mm ou sur du papier d'une qualité supérieure. S'il est rédigé recto verso, il doit comporter, au bas du recto de chaque feuille, en caractères majuscules d'une grosseur

minimale de 14 points, la mention et l'encadrement suivants :
⁷⁰ ... »

L'idée serait-il de dire que certains des articles de 54.1 et suivants compensent ces exigences de forme axées sur la lisibilité. 54.4 *in fine* ? Nous en doutons. 54.7 ? Pas sûr.

2 - le double

Le nouveau règlement s'exonère quant à lui du double selon un calcul qui nous semble également découler d'une interprétation douteuse du principe de la neutralité technologique précitée, le tout à la suite d'un processus pour le moins byzantin. Le contrat de crédit exige un double, nous l'avons vu, ce double ayant des conséquences importantes en terme de date et de faculté de résolution, conformément aux articles 73, 74 et 75 LPC (ce qui s'appelle en bon français la « cooling-off period »). Notre premier réflexe fut : mais où est rendu ce double dès lors que le chapitre 2 ne s'applique pas aux contrats à distance ? Il est dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui dispose, article 72 et 73 :

« Le paragraphe 1° du premier alinéa de l'article 12 s'applique lorsque sont employés, dans les textes législatifs, les termes « double », « duplicata », « exemplaire original » et « triplicata » et que le contexte indique que le document auquel ils réfèrent doit remplir la fonction d'original en tant que source première d'une reproduction »⁷¹.

« L'article 16 s'applique aux documents technologiques, lorsque sont employées, dans les textes législatifs, les expressions « copie certifiée », « copie certifiée conforme » ou « copie vidimée » et lorsque les termes « collation », « collationner », « double », « duplicata » et « triplicata » ainsi que « vidimé » sont employés dans un contexte où l'obtention d'une copie est visée »⁷².

Il faut donc analyser la fonction du double des articles 25, 73, 74 et 75 LPC pour savoir si c'est l'article 72 ou 73 LCCJTI qui s'applique, et par voie de conséquence, l'article 12 ou 16 LCCJTI. Première situation, si le double a pour objet d'être la **source première d'un document**, alors, selon l'article 12 al. 1, il faudra s'assurer **1)** du respect de l'intégrité du document et **2)** du respect de sa capacité à **servir de référence ultérieurement** ». Seconde situation, si le double

⁷⁰ Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, *op. cit.*, note 62, art 6.

⁷¹ Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, *op.cit.*, note 61, article 72.

⁷² Idem, art. 73.

a pour objet d'être une copie du contrat, alors, selon l'article 16, il faudra utiliser un « *procédé de comparaison permettant de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source* »⁷³.

Cet exemple le montre, rechercher la fonction d'un document revient parfois à chercher le « sexe des anges ». Selon, l'article 25, nous aurons tendance à croire que dans ce cas, le double a d'abord pour fonction d'être envisagé comme un original, source première d'un document. Dans ce cas, intégrité plus (+) référence ultérieure sont donc de mises. Aussi, nous imaginons que le législateur sous-entend que les dispositions telles que l'article 54.5 (sur le formalisme associé à l'avant acceptation), l'article 54.6 (sur la constatation par écrit) et l'article 54.7 (sur la transmission d'un exemplaire d'un contrat) équivalent le double de l'article 25. C'est sans doute le cas même si le papier a encore aujourd'hui un symbolisme qui demeure, nous croyons, en bien des cas, source à protection.

Mais le problème n'est pas fini pour le double, du moins pour celui de l'article 73 LPC qui prévoit : « *un contrat de prêt d'argent et un contrat assorti d'un crédit peuvent être résolus sans frais ni pénalité, à la discrétion du consommateur, dans les deux jours qui suivent celui où chacune des parties **est en possession d'un double du contrat*** »⁷⁴ (nos caractères gras)

Car la possession (que l'on retrouve aussi à l'article 33 LPC), c'est quoi dans un environnement électronique ? Cette possession nous apparaît être comprise ici comme une détention physique d'un document accentuant la portée symbolique de l'opération. Cette possession est-elle comparable à celle de l'article 54.7 qui prévoit l'obligation de transmission du contrat ? Nous ne sommes pas sûr. Il importe pour de tels contrats, jugés importants par la LPC, de demander au consommateur de réfléchir ne serait-ce que quelques secondes ; de le sortir du processus de cliquage compulsif d'icônes « J'accepte », sans qu'il ait totalement conscience de ce qu'il fait.

Encore une fois, le papier est plein de vertus dont certaines que l'électronique, au demeurant d'une efficacité redoutable, n'a pas ou est susceptible d'avoir qu'en complexifiant indûment les façons de faire.

3 - le français

Encore plus incompréhensible est la disparition de l'article 26 LPC quant à l'usage du français qui disparaît lui aussi avec le chapitre 2. Certes, la *Charte de la langue française* s'applique mais son article 5 sur le droit des

⁷³ Idem, article 16.

⁷⁴ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit., note 21, art. 73.*

consommateurs⁷⁵ ne nous apparaît pas aussi protecteur que l'article 26 LPC tant avec sa capacité d'annulation du contrat que sa liberté de choisir en « cas de divergence entre les deux textes, l'interprétation la plus favorable au consommateur ».

4 - la signature

Enfin, nous ne comprenons pas pourquoi ce contrat de crédit conclu à distance devrait s'exonérer de mesures plus rigoureuses que, notamment l'article 28 LPC exige - et exige encore - pour les contrats conclus autrement qu'à distance. L'article 28 précise en effet que « [...] *la signature des parties doit être apposée sur la dernière page de chacun des doubles du contrat, à la suite de toutes les stipulations* »⁷⁶. L'article 2827 CCQ ne requiert nullement ceci. Cette formalité propice à une meilleure information disparaît donc.

Plus exactement, c'est l'exigence même de signature qui disparaît. Seulement, l'article 54.5 prévoit que « *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* »⁷⁷.

Est-ce un équivalent à l'article 28 et autres exigences du chapitre 2 LPC ? Encore, nous n'en sommes pas sûr.

En résumé, ou en conclusion, deux éléments :

1) sur le plan social, permettre « l'électronisation » à tout crin, de tout type d'acte juridique, n'est pas forcément un progrès. Comme on le dit souvent, permettre un mariage en ligne, cela ne fait pas des enfants forts.

Au fait, « en bout de ligne », pourquoi favoriser le contrat de crédit ? Le consommateur - dans un sens générique - n'est-il pas assez endetté ? Aussi, était-il si important de lui faciliter la tâche afin de s'assurer, que dans le confort de son salon, il puisse emprunter encore plus ? C'est une question sensible qui nous apparaît avoir été éludée ici.

Nous ne sommes pas sûr non plus d'en comprendre la nécessité du côté des marchands dans la mesure où le processus d'attribution des prêts n'est, au meilleure de nos connaissances, pas automatique et requiert nécessairement une intervention humaine.

⁷⁵ Les consommateurs de biens ou de services ont le droit d'être informés et servis en français.

⁷⁶ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 21, art. 28.

⁷⁷ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 1, art. 54.4.

2) Sur le plan juridique, tout comme pour les contrats à distance, où on essaye de trouver des règles pour tous les médiums à la fois, chaque mode de communication à ses propres spécificités, et l'adéquation avec la « réalité vivante » que l'on souhaite encadrer impose davantage de souplesse, d'adaptation.

B- Recommandations

- Revenir à la situation d'avant l'adoption de l'article 6.3 du Règlement d'application de la loi sur la protection du consommateur et identifier si possible d'autres types de contrat qui ne devraient pas être réalisés en ligne.

6. Paiement

La pratique du commerce électronique consistant à exiger le paiement avant que le commerçant n'exerce son obligation de délivrance est interdite par l'article 54.3 de la LPC pour les paiements autres que par le biais d'une carte de crédit. Dans ce contexte, les dispositions du Projet de loi n°48 accentuent la différence de régime entre paiement par carte de crédit et autres modes de paiement. Le consommateur bénéficie donc d'une protection réglementée avec le premier mode alors que pour les seconds, le paiement anticipé est interdit.

A- Commentaires

Exiger que paiement soit fait avant que le commerçant n'exerce son obligation de délivrance, c'est faire courir des risques inutiles au consommateur notamment dans les hypothèses d'utilisation non autorisée de la carte de crédit consécutives à un vol ou à une perte. C'est aussi passer sous silence le fait que bien souvent les commerçants, qui misent sur les achats impulsifs, ont un intérêt commercial à réduire au minimum les procédures de vérification de l'identité et la solvabilité des clients afin de rendre la transaction plus aisée et rapide. C'est également ignorer tous les autres cas de fraudes, tels que les vols d'identité, qui existent dans l'environnement électronique.

Pour faire échec à ces potentielles menaces, le *guide juridique du commerçant électronique* suggère de faire intervenir un intermédiaire (l-Escrow par exemple) qui jouerait en quelque sorte le rôle « d'interface » entre l'acheteur et le vendeur⁷⁸. Malheureusement, il s'agit là d'un système qui peut être trop coûteux pour le consommateur moyen. Pour le législateur français,

« [...] rien en droit français n'interdit au professionnel d'exiger le paiement du prix avant d'avoir exécuté son obligation principale. En revanche, le consommateur dispose d'un délai de sept jours à compter de la livraison pour retourner le produit et en obtenir un remboursement »⁷⁹.

⁷⁸ Pierre-Paul LEMYRE, « Le paiement électronique », dans Daniel POULIN et al. (dir.), *op. cit.*, note 24, p. 146.

⁷⁹ Serge PARISIEN, « La protection accordée au consommateur et le commerce électronique », dans Daniel POULIN et al. (dir.), *op. cit.*, note 24, p. 109.

L'Ontario de son côté par le biais des articles 48 et suivant de sa *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, interdit dans certains cas les paiements anticipés⁸⁰. Toutes les solutions susmentionnées auraient pu être sources d'inspiration pour le législateur québécois.

Par ailleurs, pour ce qui est du paiement par carte de crédit, les articles 123⁸¹ et 124 LPC posent des problèmes dans l'environnement électronique. Ces articles ont établi un régime de protection en cas d'usage par un tiers d'une carte de crédit à la suite de la perte ou du vol de celle-ci. On ne peut cependant pas déduire de ce libellé que les consommateurs ne seront pas responsables de tout usage frauduleux de leur carte de crédit. Or, les problèmes de fraude de carte de crédit en ligne comme nous le soulignons sont bien réels.

Selon Marc Lacoursière, « à ce jour, aucune décision québécoise ne permet de soumettre une forme de paiement en ligne à la Loi sur la protection du consommateur, mais quelques décisions permettent de croire que l'utilisation d'une carte de crédit en ligne pourrait être assujettie à la L.p.c. »⁸² ; ce qui permettrait de soutenir que l'article 123 devrait être interprété comme incluant les usages frauduleux en ligne. Toutefois, les décisions dont il est question ne proviennent malheureusement pas des tribunaux québécois. La situation actuelle exige une révision des articles 123 et 124 de la *Loi sur la protection du consommateur* relatifs au crédit puisqu'ils sont inadéquats au regard des contrats électroniques. Il serait de plus souhaitable, comme le mentionne Marc Lacoursière « [...] de modifier la L.p.c. afin de permettre un recours de la part du consommateur contre un émetteur de carte de crédit lorsque le consommateur est victime de fraude par un commerçant »⁸³. Une clarification permettrait de réellement assurer une meilleure protection et sécurité des transactions.

⁸⁰ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, op.cit., note 59 art. 50 (1) : « l'exploitant ne doit pas, directement ou indirectement, exiger ni accepter du consommateur ou pour son compte un paiement ou une garantie de paiement avant que : a) à l'égard du courtage en prêts, le consommateur reçoive le crédit ou le prêt que le courtier en prêts l'a aidé à obtenir ; b) à l'égard d'un redressement de crédit, le redresseur de crédit amène une amélioration importante du rapport sur le consommateur, des renseignements sur la solvabilité le concernant, de son dossier, de ses renseignements personnels, de son dossier de crédit, de ses antécédents en matière de crédit ou de sa cote de solvabilité ; c) à l'égard de la fourniture de marchandises ou de services prescrits, il soit satisfait aux exigences prescrites. [...] ».

⁸¹ *Loi sur la protection du consommateur*, op. cit., note 21, art. 123 : « en cas de perte ou de vol d'une carte de crédit, le consommateur ne peut être tenu responsable d'une dette découlant de l'usage de cette carte par un tiers après que l'émetteur a été avisé de la perte ou du vol par téléphone, télégraphe, avis écrit ou tout autre moyen ». La jurisprudence précise que cet article ne peut s'appliquer à une « carte de guichet automatique », *Caisse populaire St-Étienne de Montréal c. Péloquin*, REJB 1998-09626, J.E. 98-1872 (C.Q. Petites créances).

⁸² Marc LACOURSIÈRE, « contrats conclus par Internet et nouveaux systèmes de paiement », dans Françoise MANIET (dir.), op.cit, note 24, p. 137. Au nombre des décisions citées par Lacoursière : *America Online, Inc. c. Superior Court*, 108 Cal. Rptr. 2d 699 (Cal. App. 1 Dist., 2001); *State by Humphrey c. Granite gate resorts, Inc.*, 1996 WI 767431 (Minn. Dist.Ct., 1996).

⁸³ Idem, p. 139.

En définitive, une réflexion sur les nouveaux modes de paiement par Internet serait pertinente même si certains de ces modes de paiement ne sont qu'à l'état de prototypes. Toutefois, Marc Lacoursière se questionne quant à la pertinence d'étendre la portée de la LPC à ces formes émergentes de paiement « [puisqu'] *il demeure incertain [que] la L.p.c. pourrait réglementer le chèque et la monnaie digitale, étant donné la juridiction du gouvernement fédéral sur le chèque et l'émission de la monnaie* »⁸⁴.

Force est également de constater que toute tentative d'aménagement du régime de carte de crédit se heurtera, en pratique, à la dispersion des textes et des compétences en la matière. Il faudrait ainsi jongler entre plusieurs textes, comme la *Loi sur les banques*⁸⁵, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁸⁶, voir le *Code criminel* du Canada⁸⁷, de compétence fédérale, et d'autre part la *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*⁸⁸, la *Loi sur la protection du consommateur*⁸⁹ ou encore la *Loi sur la protection des renseignements dans le secteur privé*⁹⁰, de compétence provinciale.

B- Recommandations

- Instaurer un régime minimum de sécurité relatif aux transactions en ligne en matière de paiement ; étendre le régime de protection associé à l'utilisation des cartes de crédits aux autres modes de paiement dont les cartes de débit
- Remplacer l'expression « perte ou vol d'une carte de crédit » par « perte ou vol d'un numéro de carte de crédit » ou prévoir de façon générale « toute utilisation frauduleuse de la carte de crédit ».

⁸⁴ Idem, p. 139.

⁸⁵ *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46.

⁸⁶ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c.5.

⁸⁷ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

⁸⁸ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, *op.cit.*, note 61.

⁸⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, *op. cit.*, note 21.

⁹⁰ *Loi sur la protection des renseignements dans le secteur privé*, L.R.Q. P-39.1.

7. Rétrofacturation

La rétrofacturation est une solution nouvelle prévue par le Projet de loi 48 adopté fin 2007. La rétrofacturation par carte de crédit est un recours par lequel les consommateurs peuvent se faire rembourser une transaction en cas de non respect de la part du commerçant de l'une de ses obligations donnant lieu à un droit de résolution. Cette prérogative intervient auprès de l'émetteur de la carte lorsque le commerçant aura refusé lui-même ledit remboursement. Ces dispositions opèrent un renversement de la charge de la preuve, le commerçant devant agir afin de contester le remboursement. Avant le projet de loi n° 48, le remboursement dépendait de la seule volonté des émetteurs de cartes de crédits.

A- Commentaires

Au Québec, depuis l'adoption du Projet de loi n° 48, le consommateur qui résilie un contrat conclu à distance à la suite du non respect par le commerçant des obligations qui lui incombent peut, s'il est confronté à un refus de remboursement de la part du commerçant se prévaloir du mécanisme de rétrofacturation. Très concrètement, il peut exiger de l'émetteur de la carte de crédit utilisée, le remboursement des sommes versées au commerçant. Ce mécanisme de protection financière est beaucoup plus efficace que le régime ancien de protection établi à l'article 22 de la LPC⁹¹ désormais abrogé et qui interdisait au commerçant, qui n'a pas fourni le cautionnement requis à l'article 309 de la LPC, d'exiger un paiement avant qu'il n'ait exécuté son obligation principale. Plusieurs provinces, s'inspirant des recommandations issues du *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*⁹² ont déjà intégré dans

⁹¹ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 21, art. 22 : « sous réserve de l'article 309, le consommateur qui sollicite la conclusion d'un contrat à distance ou qui conclut un tel contrat ne peut demander un paiement partiel ou total au consommateur ou lui offrir de percevoir un tel paiement avant d'exécuter son obligation principale ». [Abrogé, L.Q. 2006, c. 56, a. 3].

⁹² INDUSTRIE CANADA, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 2001, [En ligne] [<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html>]. Voir article 11 (1) du Modèle : « un consommateur qui a porté au compte de sa carte de crédit l'ensemble ou une partie de la contrepartie payable aux termes du contrat de vente par Internet ou toute transaction de consommateur accessoire, peut demander à l'émetteur de cette carte d'annuler ou de virer les frais et les intérêts courus ou tout autre frais, lorsque le consommateur a annulé son contrat conformément à l'article 5 et que le commerçant ne lui a pas remboursé, dans le délai de quinze (15) jours prévu au paragraphe 9(1), la totalité des montants versés ». Voir aussi : COMITÉ DES MESURES EN MATIÈRE DE CONSOMMATION, *Rétrofacturation par carte de crédit – Groupe de travail*, 2001, [En ligne] à <http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/chabacks_fr.pdf>.

leur loi de protection du consommateur le mécanisme de rétrofacturation : l'Ontario⁹³, la Colombie-Britannique⁹⁴, l'Alberta⁹⁵, la Saskatchewan⁹⁶, le Manitoba⁹⁷ et la Nouvelle-Écosse⁹⁸. Pour l'instant, au regard des articles 54.14 et suivants LPC⁹⁹, seul le consommateur ayant effectué un paiement par le biais

⁹³ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur, op.cit.*, note 59, art. 99 (1) « le consommateur qui a débité d'un compte de carte de crédit tout ou partie d'un paiement visé au paragraphe (2) peut demander à l'émetteur de la carte de crédit d'annuler ou de contrepasser le débit et les intérêts ou autres frais connexes [...] ».

⁹⁴ *Business practices and consumer protection Act*, S.B.C. 2004, ch 2, art. 52 (2): « A consumer who has charged to a credit card all or any part of the total price under a distance sales contract or any related consumer transaction may request the credit card issuer to cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges if the consumer has cancelled the contract under section 49 and the supplier has not refunded all money as required under section 50 ».

⁹⁵ *Internet Sales Contract Regulation*, Alta. Reg. 81/2001, art. 12(1) « A consumer who has charged to a credit card account all or any part of the consideration payable under an Internet sales contract or related consumer transaction may request the credit card issuer to cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges where the consumer has cancelled the contract under section 6 and the supplier has not refunded all of the consideration within the 15-day period referred to in section 10(1) ». La rétrofacturation introduite dans la loi albertaine ne pas vise les contrats électroniques ayant une valeur supérieure à 50 dollars.

⁹⁶ *Consumer Protection Act*, CHAPTER C-30.1, art. 75.81(1): « A consumer who has charged to a credit card account all or any part of the consideration payable pursuant to an Internet sales contract or related consumer transaction may request that the credit card issuer cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges if: (a) the consumer has cancelled the Internet sales contract pursuant to section 75.61; and (b) the supplier has not refunded all of the consideration within the 15-day period mentioned in subsection 75.72(1) ».

⁹⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, C.P.L.M. c. C200, art. 134(1) : « L'acheteur qui a fait porter au compte de sa carte de crédit la totalité ou une partie de la contrepartie exigible en vertu d'une convention de vente au détail ou d'une convention de location-vente au détail peut demander à l'émetteur de la carte de crédit d'annuler les frais de carte de crédit ainsi que les frais d'intérêt et autres frais connexes : a) s'il a annulé la convention sous le régime de l'article 129 ou 130 et que la contrepartie n'ait pas été remboursée au cours du délai de 30 jours mentionné à l'alinéa 133(1)b); b) si la convention ne peut être exécutée en raison du paragraphe 20(3) de la Loi sur le commerce et l'information électroniques et que la contrepartie ne lui ait pas été remboursée dans les 30 jours après qu'il a informé le vendeur de l'erreur mentionnée à ce paragraphe ».

⁹⁸ *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c. 92, art. 21AF (1): « A consumer who has charged to a credit card account all or any part of the consideration payable under an internet sales contract or related consumer transaction may request the credit card issuer to cancel or reverse the credit card charge and any associated interest or other charges if the consumer has cancelled the contract under Section 21AA and the supplier has not refunded all of the consideration within the fifteen-day period referred to in Section 21AC ». La loi de la Nouvelle Écosse limite la rétrofacturation à des transactions électroniques qui ont une valeur de plus de 50 dollars.

⁹⁹ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 1, art. 54.14 : « 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

d'une carte de crédit pourra se prévaloir de la retrofacturation. Dans certaines provinces, le champ d'application de la retrofacturation s'étend au-delà des seuls achats réalisés sur le web : l'article 99 (2) a) par exemple de la loi ontarienne vise tous les « *paiements effectués à l'égard d'une convention de consommation résiliée en vertu de la présente loi ou à l'égard d'une convention connexe* ». Il en est de même de l'article 52 (2) de la loi de la Colombie Britannique qui englobe tous les contrats à distance ainsi que tout « *related consumer transaction* ». L'étendue du champ d'application de la retrofacturation ne soulève aucun problème dans la législation québécoise puisqu'elle s'applique aux contrats à distance, l'article 54.14 visant même expressément « *tout contrat accessoire* ». La véritable question de notre point de vue qui mérite en l'espèce l'attention de législateur québécois est de savoir si oui ou non il convient d'étendre la retrofacturation à d'autres types de paiements c'est-à-dire autre que la carte de crédit. Pour une protection adéquate du consommateur, nous répondons en ce qui nous concerne par l'affirmative. C'est d'ailleurs la voie empruntée par le législateur ontarien au regard de l'article 99 (7) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* qui dispose que :

« *Le consommateur qui débite **d'un système de paiement prescrit** tout ou partie d'un paiement visé au paragraphe (2) peut demander l'annulation ou la contrepassation du débit, auquel cas le présent article s'applique à celle-ci, avec les adaptations nécessaires* »¹⁰⁰. (nos caractères gras).

Les avantages de la retrofacturation sont évidents pour le consommateur: elle introduit un renversement du fardeau de la preuve au profit de celui-ci : le commerçant qui considère qu'il a droit aux sommes qui ont été retrofacturées au consommateur devra saisir le tribunal et démontrer qu'il a respecté ses obligations¹⁰¹. Même si on promet au mécanisme un bel avenir, il est à noter qu'il ne fait pas l'unanimité : certains pointent notamment du doigt ce qu'ils appellent « l'envers de la médaille de la retrofacturation » : dans une étude intitulée *La protection des paiements anticipés des voyageurs : plaidoyer pour un meilleur filet de sécurité*¹⁰² et présentée au Bureau de la consommation d'Industrie

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 ».

¹⁰⁰ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 59, art. 99 (7).

¹⁰¹ Voir Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 136.

¹⁰² OPTION CONSOMMATEURS, *La protection des paiements anticipés des voyageurs : plaidoyer pour un meilleur filet de sécurité*, [En ligne] à <<http://www.optionconsommateurs.org>>.

Canada en 2006, Option Consommateurs rapportait la situation critique dans laquelle se trouve l'industrie du voyage : il faut savoir que pour recevoir paiement électronique de leurs clients, les agences de voyage se trouvent obligés à faire affaire avec ceux qu'on appelle des « acquéreurs »¹⁰³, des sortes d'intermédiaires entre les marchands et les banques. Or, « *les acquéreurs [...] sont devenus plus exigeants depuis que de nombreux transporteurs aériens éprouvent d'importants problèmes financiers [allant jusqu'à exiger] que les grossistes en voyages fournissent une garantie en plus de payer des frais de marchand. C'est-à-dire une garantie d'environ 5 % du chiffre d'affaires annuel ou 45 jours d'opération* »¹⁰⁴. Ainsi, « *d'un côté, on voit les émetteurs de cartes de crédit qui remboursent leurs clients en cas de pépin avec un marchand. De l'autre, on retrouve des marchands qui paient, parfois en double, la protection dont bénéficient ces mêmes consommateurs* »¹⁰⁵. Sans nier les difficultés qu'engendre l'application de la retrofacturation dans l'industrie du voyage qui du reste doit être, nous semble-t-il capable d'apporter des réponses internes à ces difficultés, notre conviction est que la retrofacturation doit être maintenue et étendue à d'autres types de paiements.

B- Recommandations

- Mettre en place des formulaires accompagnant les directives prescrites à l'article 54.15 et faisant état des obligations incombant au consommateur pour obtenir remboursement pourrait ici de notre point de vue être judicieux.

¹⁰³ Un des grands acteurs dans ce domaine se dénomme *Solutions Moneris* et a été fondé en 2000 par la Banque Royale et la Banque de Montréal. [En ligne] à <<http://www.moneris.com/fr/>>.

¹⁰⁴ OPTION CONSOMMATEURS, *op. cit.*, note 102, p. 49.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 49.

8. Archivage

La question de l'archivage reste l'un des sujets éludés par le Projet de loi 48. Les prescriptions du texte se limitent en effet à énoncer qu'une offre doit être présentée par le commerçant de façon à pouvoir être conservée et imprimée sur support papier par le consommateur. Alors que certaines législations ont déjà intégré l'obligation d'archivage dans leur droit interne, il importe de se demander si une telle exigence ne serait pas souhaitable en droit québécois.

A- Commentaires

Le *Grand dictionnaire terminologique* de l'Office québécois de la langue française définit l'archivage électronique comme la « *conservation sous forme électronique de documents ou de fichiers produits par une entreprise ou un organisme, dans le but de pouvoir les utiliser ultérieurement* »¹⁰⁶. De l'avis de certains auteurs, cette définition traditionnelle de l'archivage électronique connaît aujourd'hui une profonde mutation : « *dorénavant, la pratique démontre qu'au-delà de la simple opération technique, l'archivage électronique devient un instrument de preuve favorisant la reconstitution historique des événements* »¹⁰⁷. Plus précisément, « *la décision de conserver un document sur support électronique, [...] s'explique en partie par la possibilité qu'il puisse être requis pour prouver l'existence d'actes juridiques ou de faits matériels, entre autres dans le cadre de procédure de résolution de conflits* »¹⁰⁸. La *Loi sur la protection du consommateur* ne contient malheureusement aucune disposition référant de façon explicite à l'archivage électronique et cette question n'a pas non plus été abordée par le législateur lors de l'adoption du projet de loi n°48. Seulement, dans ses indications sur la façon dont les renseignements devraient être présentés au consommateur lors de la conclusion d'un contrat à distance, l'article 54.4 LPC précise que le commerçant « *doit présenter ces renseignements de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver ou les imprimer sur support papier* »¹⁰⁹. Il ne s'agit

¹⁰⁶ OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, Québec, Sémantix, [En ligne] à <<http://www.granddictionnaire.com>>.

¹⁰⁷ Alexandre MENAIS, « l'archivage électronique : oui mais pas n'importe comment! », *Juriscom*, 1999, [En ligne] à <<http://www.juriscom.net/pro/1/arch19990201.htm>>.

¹⁰⁸ Éric DUNBERRY, *La preuve et l'archivage des documents électroniques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 22. Sur l'archivage électronique : Éric CAPRIOLI, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », dans *Les incertitudes du droit*, Montréal, Thémis, 1999, p. 25; B. TROTTIER, « L'archivage des documents sous forme électronique : aspects pratiques et légaux », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, 1997, p. 1.

¹⁰⁹ *Loi sur la protection du consommateur*, *op. cit.*, note 1, art. 54.4.

évidemment pas là d'une obligation d'archiver électroniquement parlant ! La référence à l'expression « *conserver ou les imprimer sur support papier* » *in fine* est pour nous insuffisante. D'autres voies doivent donc être explorées : il y va de l'intérêt du cybermarchand comme du cyberconsommateur qui ne peuvent que se réjouir de disposer de traces exactes et complètes de leurs transactions. Certaines législations européennes notamment la législation française ont déjà intégré cette possibilité dans leur droit interne : l'article 134-2 du Code de la consommation français qui doit sa création à l'article 27 de la *Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*¹¹⁰ prévoit que :

« Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande » (nos caractères gras).

Un décret du 18 février 2005 viendra préciser que l'archivage devient obligatoire pour toute transaction électronique supérieure à 120 euros¹¹¹. Au Canada, le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique* indique en son article 1.6 qu' « *une fois la transaction conclue, le commerçant doit, dès que possible, fournir un relevé de l'opération que le consommateur peut conserver* »¹¹². Dans le même sens l'article 1.8 : « *si le produit commandé doit être livré en une seule fois à une date ultérieure, le commerçant doit remettre au consommateur un relevé imprimé de la transaction au moment de la livraison. Ce relevé doit inclure l'information prescrite aux alinéas 1.5 a) à d)* ». Faut-il voir dans ces principes une obligation d'archivage ? Pas sûr. Raison pour laquelle l'approche française à notre préférence et le législateur québécois devrait s'en inspirer quitte à préciser dans le règlement de la *Loi sur la protection du consommateur* le seuil du montant à partir duquel l'archivage électronique deviendrait obligatoire.

¹¹⁰ *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, op. cit.*, note 33, art. 27.

¹¹¹ *Décret n° 2005-137 du 16 février 2005 sur l'archivage des contrats conclus par voie électronique*, JO n°41 du 18 février 2005/ NOR: JUSC0420983D. Voir aussi : FORUM DES DROITS DUR L'INTERNET, « L'archivage des contrats électroniques supérieurs à 120 euros rendu obligatoire », 2005, [En ligne] à <<http://www.foruminternet.org/special/actualites/archivage-des-contrats-electroniques-superieurs-a-120-euros-obligatoire.html>>. Sur l'archivage électronique en droit français : Éric CAPRIOLI « L'archivage des contrats électroniques dans le cadre de la Loi sur la Confiance dans l'Économie Numérique », [En ligne] à <<http://www.caprioli-avocats.com/>>.

¹¹² GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *op. cit.*, note 16, p. 8.

B- Recommandations

- Rendre obligatoire pour le commerçant l'archivage électronique du contrat liant les parties et son accessibilité au consommateur pour une durée de prescription applicable (en France, elle se situe entre 1 et 10 ans)
- S'assurer de l'ouverture d'un droit de résolution en cas du non respect des obligations liées à l'archivage.

9. Droit applicable

Avec l'adoption du Code civil du Québec en 1994, de nouvelles règles de droit international privé visant à identifier la loi applicable à un contrat de consommation sont entrées en vigueur. En vertu de ces nouvelles règles, les parties à un contrat de consommation peuvent choisir la loi qui sera applicable à ce contrat dans la mesure où ce choix n'aura pas pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence, tandis que la LPC interdit d'assujettir un contrat de consommation à une loi autre qu'une loi québécoise ou canadienne. Une réflexion sur la cohérence entre l'article 19 LPC et l'article 3117 du Code civil du Québec est donc plus que jamais d'actualité.

A- Commentaires

Rapportant les commentaires du Ministre de la justice au sujet des deux dispositions¹¹³, Baudouin et Renaud exposent dans leur *Code civil du Québec annoté* que:

« L'article 3117 retient le système plus libéral de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles de Rome de 1980, de sorte que les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat dans la mesure où ce choix ne prive le consommateur d'aucun droit. Ainsi, le consommateur peut se voir appliquer une loi plus avantageuse que la loi québécoise, mais jamais en revanche, une loi qui pourrait lui être défavorable »¹¹⁴.

Alors que :

¹¹³ *Code civil du Québec, op. cit.*, note 9, art. 3117 C.c.Q: « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat. En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation » et art. 19 LPC : « une clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada est interdite ».

¹¹⁴ Jean Louis BAUDOUIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, Tome 2, Livre dixième 11e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 4225.

« [...] *la doctrine et la jurisprudence ont eu à s'interroger sur les cas où [l'article 19 de la LPC] pouvait être appliqué: lorsque le contrat était conclu au Québec, que le domicile du consommateur ou du commerçant était au Québec* »¹¹⁵.

Ce « *rattachement particulier [du droit international privé québécois] [...] appliqué au cyberspace, laisse présager divers problèmes d'ordre sémantique et pratique* »¹¹⁶. En effet, en permettant le choix par les parties de la loi applicable, il va sans dire que l'article 3117 C.c.Q. entre d'une façon ou d'une autre « *directement en conflit avec l'article 19 de la LPC* »¹¹⁷. Déjà en 1994, un auteur s'en était ému, jugeant qu'il était « *inconcevable de ne pas avoir abrogé cet article 19, puisque le nouveau droit international privé québécois envisage d'une façon très complète le contrat de consommation* »¹¹⁸. À ce sujet, nous faisons ici nôtres les observations du professeur Gérald Goldstein:

« [...] *puisque l'article 19 est une règle matérielle à but international, elle ne devrait s'appliquer que si l'on jugeait auparavant l'ordre juridique québécois - dont la LPC - **objectivement** compétent selon la règle de conflit de l'article 3117 [...]. Si le choix est exprès, et si la loi québécoise est objectivement compétente, selon les conditions de l'article 3117 - ceci implique par hypothèse que les dispositions de la LPC sont plus protectrices que celle de la loi choisie, et que tous les rattachements exigés sont présents, notamment que le Québec est le lieu de résidence du consommateur - alors l'article 19 intervient pour annuler la clause de choix en faveur de la loi étrangère...En conséquence, toute la loi québécoise régit le contrat - elle **devient** en effet objectivement applicable en l'absence de choix, en raison de la présence des rattachements sélectionnés par l'article 3117 al. 3 - en ce qui concerne non seulement les mesures de protection du consommateur, mais aussi tous les autres aspects contractuels! Nous doutons que le Codificateur ait consciemment recherché ce résultat puisqu'il revient à retirer*

¹¹⁵ Idem, p. 4225.

¹¹⁶ Marc LACOURSIÈRE, Charline BOUCHARD et Julie MC CANN, *loc.cit.*, note 17, p. 330.

¹¹⁷ Gérald GOLSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC-SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de la consommation (1994)*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 169.

¹¹⁸ Idem, p. 169.

tout effet utile aux deux premiers alinéas de l'article 3117 C.c.Q. »¹¹⁹.

Pour certains auteurs, l'article 3117 C.c.Q. « *aménagement des règles particulières pour les consommateurs qui restent à l'intérieur de leur territoire national et qui y contractent avec un commerçant étranger* »¹²⁰. Autrement dit, cette disposition ne concernerait que le cyberconsommateur passif c'est-à-dire celui qui a été sollicité à sa résidence par le commerçant¹²¹. En revanche, le cyberconsommateur actif, « *qui effectue une démarche positive pour conclure un contrat transfrontière* »¹²², ne pourrait prétendre bénéficier des règles impératives de sa sphère juridique. Mettant en doute cette position, Éric Caprioli dont nous partageons le point de vue s'interrogeait fort justement sur la façon dont concrètement, dans l'environnement cybernétique le consommateur pourra « *prouver que le contrat a été précédé d'une sollicitation du professionnel chez lui* »¹²³ d'autant plus que « *la grande fonctionnalité d'Internet comme mode de communication est précisément celle de permettre au consommateur d'adresser sa commande dans le pays du commerçant* »¹²⁴.

D'après Patrick Glenn :

« [...] *la jurisprudence au Québec tend actuellement à rejeter l'application impérative de la Loi sur la protection du consommateur dans des situations présentant un élément d'extranéité* »¹²⁵.

¹¹⁹ Idem, pp. 169-170.

¹²⁰ Sylvette GUILLEMARD, « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent », *Journal du droit international privé*, n° 1, 2004, p. 23.

¹²¹ Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse, Université Laval, 2003, [En ligne] à <<http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html>>.

¹²² Sylvette GUILLEMARD, *loc.cit.*, note 120, p. 24.

¹²³ Éric CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Paris, Éditions du juriscasseur, 2002, p. 49. Cité par Marc LACOURSIÈRE, Charline BOUCHARD et Julie MC CANN, *loc.cit.*, note 17, p. 330. À sujet voir aussi : Xavier VAN OVERMEIRE, « Le monde virtuel met au défi les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberspace », *Lex Electronica*, vol. 13, n°1, 2008 ; Michael GEIST, « Y a-t-il un « là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet », 2001, [En ligne] [[http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/\\$FILE/geist_fr.pdf](http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/$FILE/geist_fr.pdf)].

¹²⁴ Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse, Université de Montréal, Tome 1, 1998, p. 264. Cité par Rosario DUASO CALÉS, « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation », (2002) 8-1 *Lex Electronica*, p. 10.

¹²⁵ Patrick GLENN, *Droit international privé in Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, t. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 679.

Ainsi, dans *St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp.*, l'honorable juge Paré en est venu à la conclusion que « *la loi sur la protection du consommateur du Québec ne peut régir un contrat conclu dans la province d'Ontario* »¹²⁶. Dans le même sens, il a été soutenu dans *Trans-Canada Crédit Corp. c. Lafrenière*, qu'« *une action intentée au Québec par un créancier manitobain sera prématurée si un avis préalable, conformément à la LPC n'a pas été expédié, dans le cas où le contrat d'achat d'automobile a été conclu au Manitoba entre un vendeur de cette province et un consommateur québécois séjournant temporairement à cet endroit* »¹²⁷. Dans une autre décision, l'affaire *Belisle* de 1991, la Cour supérieure du Québec imposa l'application de la loi ontarienne à un contrat régi par le *Code civil du Bas-Canada* au motif que cette loi n'était pas « *manifestement incompatible avec l'ordre public québécois [...]* »¹²⁸. Cependant, d'autres décisions, en l'occurrence l'arrêt *Beaudry*¹²⁹, privilégiant une « *optique interventionniste* » du législateur sont allées dans le sens contraire en se fondant sur le fait que « *les lois visant à restaurer l'égalité entre les parties contractantes et en particulier à protéger les contractants faibles [...]* sont impératives, de sorte qu'elles s'appliquent à tous les contrats, même s'il y a incompatibilité »¹³⁰. C'est une vision à laquelle plusieurs auteurs n'adhèrent pas puisque :

« [...] *la protection d'une personne ne s'accordent pas nécessairement bien avec la méthode des règles d'application nécessaire, lorsque les parties ont la possibilité de choisir la loi applicable à leur relation. En effet, cette méthode écarte toute comparaison de niveaux de protection en imposant directement l'application d'une loi impérative afin de faire respecter son niveau **minimum** de protection. Or ce niveau minimum serait aussi un **maximum** car on se trouverait parfois à écarter même une loi choisie par les parties qui assurerait une **meilleure** protection que la loi ayant le statut de règle d'application nécessaire! On aboutirait alors aussi à un résultat contraire à la fonction que la règle de droit international privé est censée remplir dans ce domaine* »¹³¹.

En définitive, le professeur Goldstein que nous citions précédemment conclut qu' :

¹²⁶ *St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp.*, C.A. Montréal, J.E. 82-654.

¹²⁷ *Trans-Canada Crédit Corp. c. Lafrenière*, [1982] C.P. 247.

¹²⁸ *Belisle National Leasing c. Bertrand*, RJQ, 1991

¹²⁹ *G.M.A.C. c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017.

¹³⁰ *Garcia Transport ltée c. Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499.

¹³¹ Gérald GOLSTEIN, *loc. cit.*, note 117, p. 171.

« En raison [des] difficultés d'interprétations considérables, puisqu'il ne tient pas compte de l'article de l'article 3117, [...] il est plus que temps d'abroger cet article 19 de la LPC: il a déjà entraîné suffisamment d'insécurité juridique depuis 1977 et d'ailleurs sa politique sous-jacente est dépassée par celle du Code »¹³².

Ceci dit, abroger l'article 19 ne revient-il pas à rendre orpheline la *Loi sur la protection du consommateur* ? À lui refuser un caractère impératif ? Dans ce cas, on se retrouverait comme le font remarquer d'autres auteurs :

« Devant des situations encore plus problématiques en termes de protection du consommateur. En effet, lorsque le cyberconsommateur sollicite lui-même le cybercommerçant (par exemple en visitant son site Internet, domicile virtuel), il ne pourra jouir de la protection immédiate de la Loi sur la protection du consommateur, qu'il y ait ou non une clause d'élection de droit »¹³³.

Quoi qu'il en soit, nous croyons avec le professeur Goldstein que l'article 19, tel qu'il est actuellement rédigé crée plus de problèmes qu'il n'en résout. Pour une grande sécurité juridique, nous faisons la recommandation que voici :

B- Recommandations

- Supprimer l'article 19 LPC et réaffirmer l'application de l'article 3117 C.c.Q.

¹³² Idem, p. 170.

¹³³ Marc LACOURSIÈRE, Charlaïne BOUCHARD et Julie MC CANN, *loc.cit.*, note 17, p. 332.

10. Arbitrage

À la suite de l'affaire Dell traitée par la Cour d'appel en 2005, il était devenu important de s'assurer que l'arbitrabilité des contrats de cyberconsommation était possible, conformément à ce qui a été prévu dans cet arrêt. Néanmoins, une clause compromissoire ne devrait pas empêcher le consommateur d'intenter des procédures devant les tribunaux de droit commun. Le consommateur doit avoir le choix. C'est un peu l'effet des dispositions adoptées par le législateur dans le Projet de loi n°48.

A- Commentaires

La question qui se posait était de savoir si les litiges émanant de contrats de consommation pouvaient être soumis à l'arbitrage, en raison de la notion d'ordre public. Cette question désormais ne se pose plus : le Projet de loi n° 48 est venu établir de façon claire que les litiges en matière de contrat de consommation étaient arbitrables si le consommateur optait pour ce type de règlement des différends après la conclusion du contrat lors de la survenance d'un litige¹³⁴. En prévoyant par ailleurs qu'on ne peut imposer une clause compromissoire à un consommateur, le même Projet de loi confirme a contrario que les litiges de consommation sont une matière arbitrable. Cette position nous paraît similaire à celle adoptée par la loi ontarienne selon laquelle dans un contexte de consommation, malgré toute renonciation ou convention à l'effet contraire, une clause compromissoire est invalide :

« [...] dans la mesure où elle empêche le consommateur d'exercer son droit d'introduire une action devant la Cour supérieure de justice en vertu de la présente loi, la condition ou la reconnaissance, énoncée dans une convention de consommation ou une convention connexe, qui exige ou a pour effet d'exiger que les différends relatifs à la convention de consommation soient soumis à l'arbitrage »¹³⁵.

¹³⁴ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit., note 21, art. 11.1. « est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment 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 ».*

¹³⁵ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur, op. cit., note 59, art. 7(2).*

En outre, la question de la compatibilité entre arbitrage et recours collectif, du moins en matière de contrat de consommation ne se pose plus : le Projet de loi n° 48 interdit clairement les clauses compromissaires ayant pour effet d'empêcher le consommateur d'exercer un recours collectif. Cet article du Projet de loi semble rejoindre la position soutenue par le CIPPIC devant la Cour Suprême du Canada dans l'affaire Dell :

« class action is a procedure of public order, which procedure right consumers cannot validly waive by way of and arbitration clause in a standard form contract for sale or services »¹³⁶.

La nouvelle position du législateur québécois sur cette question rejoint aussi celle du législateur ontarien selon laquelle dans un contexte de consommation, une clause compromissoire ne peut empêcher un recours collectif. Finalement, pour ce qui est des coûts relatifs à l'arbitrage, la Cour du Québec a déjà eu l'occasion de se pencher sur la question à deux reprises. Selon elle, si le consommateur doit défrayer une quelconque partie des coûts, la clause sera abusive puisque l'accès aux tribunaux lui est « gratuit ». Ainsi :

« l'obligation de payer des honoraires d'arbitrage alors que le débat peut être soumis sans frais devant un juge de droit commun, constitue dans l'opinion du Tribunal une clause abusive au sens de l'article 1437 C.c.Q. »¹³⁷

Nous ne voyons aucune raison pour que cette position jurisprudentielle soit révisée à la suite de l'adoption du Projet de loi n° 48.

B- Recommandations

- Assurer le statut quo conformément au projet de loi n° 48 dans la LPC y compris la question des coûts.

¹³⁶ CLINIQUE D'INTÉRÊT PUBLIC ET DE POLITIQUE D'INTERNET DU CANADA, « Consumer Protection Online, Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs et al », 2006, p. 8, [En ligne] à <<http://www.cippic.ca/documents/consumer-protection/archive/ApplicationRecord.pdf>>.

¹³⁷ *Rémillard c. 9085-9638 Québec inc.*, REJB 2001-29551 (C.Q.).

11. Recours

Tout comme sur l'arbitrage, une réflexion sur les possibilités de recours s'imposait et ceci au delà du contexte électronique car les recours sont fréquents dans le domaine de la cyberconsommation. Compte tenu de la multiplication des solutions existantes, et de leurs qualités et défauts respectifs, il apparaît nécessaire de revenir sur les différentes voies de recours dont disposent les consommateurs, ainsi que sur les éventuelles améliorations à leur apporter.

A- Commentaires

La Division des petites créances

Lorsque le consommateur ne se trouve pas satisfait de l'opération qu'il a conclue, il dispose de plusieurs types de recours. Le plus immédiat est la division des petites créances : cette juridiction est en effet compétente pour les litiges portant sur des montants inférieurs à 7000\$ au principal. La procédure y est accélérée, et les causes y sont entendues sans avocats (les mandats à titre onéreux n'y sont pas acceptés). La cour peut ainsi entendre toutes les disputes sur l'annulation d'un contrat ou la réclamation de sommes inférieures à 7.000\$, à certaines exceptions près¹³⁸. Elle souffre toutefois, à l'instar d'autres juridictions, d'un engorgement chronique, et ce malgré sa procédure simplifiée¹³⁹. Elle n'est donc pas toujours la solution la plus pertinente, et ne permet de régler les problèmes qu'à l'échelle individuelle. C'est ce qui pousse les consommateurs à se tourner vers le recours collectif.

Les recours collectifs

Ce deuxième outil indispensable au consommateur a largement fait ses preuves, mais présente également des limites : pesanteur de la procédure, difficulté de mobiliser les autres consommateurs, ou encore implication proportionnée à la rémunération des conseils... Aussi, dans la mesure où le recours individuel du consommateur n'est souvent pas exercé, ou « exerçable », il importe d'identifier d'autres solutions. Même si la question n'est pas strictement liée aux

¹³⁸ Elle n'est pas compétente notamment en matière de logement, de diffamation, ou encore de pensions alimentaires.

¹³⁹ Le professeur Mackaay évoque ainsi des délais de traitements de l'ordre de 17 mois en 2005, in Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUN (dir.), *Actes du Colloque Max-Caron 2006 : La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Montréal, Thémis, 2006, p. 21.

technologies de l'information, elle s'est avérée très présente dans la toute récente affaire *Dell*, et plus généralement dans les contrats sous forme électronique.

L'action des associations de consommateurs

Il est des hypothèses où certains des recours existants donnent l'impression d'avoir été menés davantage pour des raisons éducatives que curatives. Ainsi, si l'on prend l'exemple des recours collectifs, et notamment de la récente affaire *Dell* devant la Cour suprême, nous avons l'impression que l'action fut engagée non pas à cause des dommages à compenser, mais peut être davantage pour tenter de faire cesser des pratiques que l'on considère comme douteuses et que l'on voudrait voir cesser. À cet égard, pour une pareille fin, le recours collectif est indéniablement la mauvaise formule.

Une formule qui pourrait en revanche être utilisée, et qui nous apparaît fort convaincante, est celle que l'on trouve en France notamment où certains organismes (telles des associations de consommateurs) sont autorisés par la loi à agir pour contrer certaines pratiques. En droit du commerce électronique par exemple, les pratiques contractuelles ont été révolutionnées par plusieurs décisions importantes où des associations ont plaidé, et obtenu, le caractère illégal ou abusif de clauses contractuelles mis en œuvre par plusieurs fournisseurs d'accès Internet nationaux. Par exemple, dans l'affaire *UFC Que choisir c. AOL*¹⁴⁰, sur la base de l'article 421-1 du *Code de la consommation*¹⁴¹ permettant à des organismes habilités du droit d'ester en justice pour défendre les intérêts des consommateurs, plus d'une trentaine de clauses ont été considérées comme étant illégales. Ainsi, plutôt que de traiter au cas par cas des situations individuelles, l'on dispose d'une décision de principe qui exige pour l'avenir aux parties condamnées de réviser leurs pratiques commerciales.

Dans la perspective de la gestion des clauses abusives, cette solution est susceptible d'avoir un impact d'une réelle efficacité auprès des marchands sur lesquels ces genres de décisions pourraient avoir un effet dissuasif et éducatif fort évident. Du côté du Gouvernement, et de l'OPC, cette solution serait économiquement viable parce que n'exigeant pas de ressources trop importantes.

¹⁴⁰ Tribunal de grande instance de Nanterre 1ère chambre A, Jugement du 2 juin 2004, *UFC Que Choisir / AOL Bertelsmann Online France*, [En ligne] à <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1211>.

¹⁴¹ L'article 421-1 du Code français de la consommation dispose en effet : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. Les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article ».

Restera à déterminer l'ampleur de tel recours : est ce que ce sera un droit de recommander ? Un droit de dénoncer ? Un droit de corriger ? Un droit de proposer des nouvelles clauses ? Par ailleurs, quelles pourraient être les caractéristiques des organisations ayant un intérêt à agir ? Le droit d'action devrait-il se limiter à l'application de la LPC ?

L'arbitrage

La pratique a révélé cependant que les commerçants craignent les recours collectifs, et plus généralement toute forme de procédure publique susceptible de leur faire mauvaise presse. C'est ainsi que le recours systématique aux clauses compromissaires, comme outil permettant d'éviter les recours collectifs et d'isoler le consommateur, s'est développé dans les contrats de consommation ces dernières années. L'article 11.1 du projet de loi 48 cependant met un terme à cette pratique en interdisant d'imposer au consommateur de se soumettre a priori à un arbitrage. Le consommateur dispose toutefois toujours de la possibilité d'opter pour l'arbitrage après que le litige soit survenu. En effet, compte tenu des délais de traitement des dossiers devant les juridictions traditionnelles, l'arbitrage peut constituer une alternative intéressante y compris pour le consommateur. La question reste toutefois de savoir jusqu'à quel prix payer pour cette commodité : si, dans l'affaire Dell, les tarifs fixés par les arbitres restaient raisonnables, on ne peut pas toujours en dire autant.

L'arbitrage collectif

Dans l'hypothèse de coûts d'arbitrage prohibitifs, il pourrait être intéressant d'envisager la possibilité de recourir à l'arbitrage collectif. Le mécanisme existe aux États-Unis depuis plusieurs années déjà, et la pratique arbitrale a fait l'objet de recommandations de la part d'associations d'arbitrage, à l'exemple des Supplementary Rules for Class Arbitration (2003), ou encore de "AAA Policy on Class Arbitration (2005) de l'American Arbitration Association¹⁴². Mêlant interventions judiciaire et arbitrale, une procédure hybride d'arbitrage collectif pourrait bien être la solution aux préoccupations des uns et des autres. Reste à trouver le juste dosage permettant de garantir les droits des consommateurs tout en conservant la souplesse nécessaire au bon fonctionnement du monde des affaires.

¹⁴² AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, Supplementary Rules for Class Arbitration, [En ligne] à <<http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>>.

B- Recommandations

- Permettre à tout organisme ayant un intérêt dans la protection des droits des consommateurs (tels que des associations de consommateurs) d'obtenir un droit d'ester en justice afin de contester *a priori* certaines clauses qui seraient illégales, abusives ou autrement interdites par la LPC ou le C.c.Q.
- Assurer aux consommateurs un accès équitable à l'arbitrage en matière de consommation
- Introduire en droit canadien un mécanisme permettant l'arbitrage collectif en matière de consommation

12. Garanties

Le consommateur dispose en vertu de la Loi sur la protection du consommateur d'une garantie légale d'ordre public portant sur les biens qu'il achète ou qu'il loue ainsi que sur les services qui lui sont fournis par un commerçant (article 38 et s.). En outre, sur le fondement du Code civil du Québec, le consommateur bénéficie d'une garantie légale de qualité pour les biens qu'il achète (1716 et s. CCQ). Transférées au cyberspace, ces garanties peuvent s'avérer inefficaces dans la mesure où nombre de transactions électroniques ont pour objet le téléchargement de logiciel et de musique. Dans ce contexte, nous referons ici aux développements relatifs aux contrats de licence. La question qui nous occupe ici concerne les garanties conventionnelles plus spécifiquement celles communément appelées garanties prolongées. Il s'agit de déterminer si ces garanties, à l'épreuve des faits apportent une quelconque protection au cyberconsommateur ou s'elles ne sont en réalité de garantie que de nom.

A- Commentaires

L'article 35 de la *Loi sur la protection du consommateur* indique qu' :

« Une garantie prévue par [cette loi] n'a pas pour effet d'empêcher le commerçant ou le fabricant d'offrir une garantie plus avantageuse pour le consommateur »¹⁴³.

Pour Nicole l'Heureux, cette sorte de garantie « *n'est due que par le fabricant et le vendeur qui le stipule* »¹⁴⁴. Aussi a-t-il été décidé dans *Robert c. Campi Ford inc.*, sous la plume de l'honorable juge Raymond Boyer que : « *lorsque le président d'un vendeur automobile offre une garantie d'une portée plus étendue que celle offerte par le fabricant, la garantie du marchand s'appliquera en vertu de l'article 35 même si c'est par erreur que ce dernier a consenti une garantie plus avantageuse* »¹⁴⁵.

¹⁴³ *Loi sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 21, art. 35.

¹⁴⁴ Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 4^e édition, Cowansville, Yvon Blais, p. 73.

¹⁴⁵ *Robert c. Campi Ford inc.*, C.P. (p.c.) Beauharnois (Salaberry-de-Valleyfield) 760-32-000462-588, 27 décembre 1985. Cité par Georges MASSOL et Gilles DAOUST, *Loi sur la protection du consommateur, texte annoté*, Québec, Société Québécoise d'Information Juridique, 1993, p. 61. Dans le même sens dans *Métayer c. Volkswagen Canada Inc.*, C.P. Montréal, n° 500-02-051322-803, 15 mars 1982, le tribunal a jugé que « *c'est au défendeur qui a accordé cette garantie conventionnelle d'invoquer et de prouver les clauses exculpatrices ou échappatoires que cette*

Fort malheureusement, une analyse attentive de la pratique contractuelle de ces dernières années permet de conclure qu'à bien des égards, l'esprit de l'article 35 est constamment violé : dans une étude comparative intitulé *Garanties prolongées : le consommateur en a-t-il pour son argent*¹⁴⁶, étude minutieusement menée en 2007 auprès de huit (8) gros détaillants de vente de produits électroménagers au Québec, en Ontario et au Manitoba, l'Union des consommateurs arrive à la conclusion en ce qui a trait aux achats en ligne que :

« Bien qu'il soit possible pour le consommateur d'avoir accès à l'intégralité des modalités applicables aux garanties prolongées sur le site Internet des différents commerçants, le consommateur sera d'abord exposé à une présentation sommaire qui ne présente que les avantages d'une telle garantie dans un texte truffé d'exagérations. Même la prise de connaissance par le consommateur des modalités intégrales ne lui permettra pas d'apprécier les avantages véritables que comporteraient les garanties prolongées. En effet, l'examen du contenu du document constatant les différentes garanties prolongées a révélé qu'il ne contient pas l'ensemble des informations pertinentes qui permettraient une juste appréciation des avantages réels qu'elles comportent, que cette information n'est pas toujours rédigée de façon à ce que le consommateur puisse aisément en apprécier toute la portée et qu'il contient des clauses qui pourront avoir pour effet d'induire le consommateur en erreur sur les droits dont il dispose »¹⁴⁷.

Au-delà de ce constat, les garanties prolongées, en raison de leur popularité semblent à l'heure actuelle constituer un véritable problème de consommation : le journal *Le devoir* rapportait il y a quelques mois qu'une demande d'autorisation de recours collectif avait été introduite par une consommatrice de Montréal et l'Union des consommateurs contre Best Buy et Futur Shop, deux entreprises de vente d'électroménagers au Québec :

même garantie comporte en sa faveur ». Cité par Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur. Analyses et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 256.

¹⁴⁶ UNION DES CONSOMMATEURS, *Garanties prolongées : le consommateur en a-t-il pour son argent*, Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 2007, [En ligne] à <http://www.consommateur.qc.ca/union/docu/protec_cons/Garanties-prolongees.pdf>.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 63.

« La requête allègue que les commerçants attribuent faussement certains avantages à leurs garanties prolongées et passent sous silence des faits importants, notamment que la garantie légale offre une couverture de même durée, voire plus longue que les garanties prolongées. L'Union des consommateurs reproche également aux intimées, lorsqu'un consommateur fait appel à la garantie prolongée au cours de la première année suivant l'achat, de le renvoyer vers le fabricant, alors que la Loi sur la protection du consommateur leur impose, au même titre qu'au fabricant, la responsabilité de la garantie légale »¹⁴⁸.

En attendant les suites que donneront les tribunaux à cette affaire, il y a lieu de s'interroger sur l'attitude que doit adopter le législateur pour dénouer ce nœud gordien que sont devenues aujourd'hui les garanties prolongées. Doit-il légiférer de nouveau? Pour l'Union des consommateurs c'est oui! Afin entre autres choses :

« d'imposer aux commerçants et à leurs vendeurs l'obligation de porter expressément à la connaissance du consommateur l'existence et la portée des garanties légales applicables; [de leur] imposer l'obligation d'indiquer explicitement et clairement au consommateur les avantages supplémentaires que présente sur les garanties légales la garantie prolongée proposée, ainsi que les limites et exclusions associées à ces avantages; [de leur] interdire de présenter comme un avantage contractuel l'octroi au consommateur d'un droit qui découle d'une garantie légale [...] »¹⁴⁹.

Pour certains auteurs la coexistence « entre la garantie légale et la garantie conventionnelle est beaucoup plus facile lorsque la L.P.C. édicte des règles précises [...]. On sait dans ce cas à partir de quand la garantie conventionnelle ajoute à la garantie légale, ce qui est beaucoup plus difficile à déterminer dans le cas des principes généraux relatifs à la garantie »¹⁵⁰. En ce qui nous concerne, nous croyons que l'imprécision de la LPC a néanmoins l'avantage d'une grande souplesse, ce qui nous permet de croire que cette généralité ne devrait pas être remise en cause. Cela dit, certaines solutions demeurent possibles sans porter atteinte à une telle approche. Aussi, et comme mentionné dans le cadre du rapport de l'Union des consommateurs, nous croyons que certaines recommandations devraient être suivies afin de permettre davantage de

¹⁴⁸ JOURNAL LE DEVOIR, *Demande de recours collectif les garanties prolongées*, 2007, [En ligne] [<http://www.ledevoir.com/2007/09/21/157691.html>].

¹⁴⁹ UNION DES CONSOMMATEURS, *op.cit.*, note 146, p. 75.

¹⁵⁰ Claude MASSE, *op.cit.*, note 145, p. 256.

transparence dans les contrats offerts par les commerçants. En effet, face à ce problème « numéro un » qu'est le chevauchement des garanties, nous croyons qu'un standard élevé de mise à la connaissance du consommateur devrait être obligatoire tant en ce qui a trait à la garantie existante du fabricant que sur la garantie conventionnelle que le vendeur-commerçant tente de conclure avec le consommateur.

B- Recommandations

- La garantie existante du fabricant doit être explicitement mise à la connaissance du consommateur afin d'éviter les risques de chevauchement de garanties (garantie du fabricant et garantie du vendeur)
- Le contenu du document constatant la garantie prolongée doit être rédigé d'une manière qui en facilite la lecture
- Le consommateur doit pouvoir annuler, sans frais, dans les trente jours suivant la date de son achat, le contrat de garantie.

13. Exactitude des prix

Question au fond de la fameuse affaire Dell et de bien d'autres, il importe de savoir si les dispositions sur l'exactitude des prix en matière de consommation s'appliquent également pour les ventes en ligne. Une autre question qui se pose est de savoir si une clause d'exonération de la part du vendeur quant à une erreur est valide vu les dispositions de la Loi sur la protection du consommateur. Le législateur n'a pas abordé ces questions dans le Projet de loi n°48.

A- Commentaires

Les articles 224 et suivants de la LPC¹⁵¹ interdisent clairement au commerçant d'« *exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé* ». Rien ne devrait empêcher l'application de ces dispositions dans un environnement électronique : le consommateur ne mériterait pas une protection moindre parce qu'il s'agit d'Internet. Néanmoins, vu la spécificité du réseau et la mauvaise foi de certains de ses usagers, des exigences plus claires s'imposent. Il importe de déterminer la politique à adopter face à une affaire d'inexactitude de prix. Pour Nicolas Vermeys, *a priori*, en vertu de l'article 224 de la LPC, « *le commerçant qui fait une erreur dans le cadre d'une offre se verrait dans l'obligation de respecter le prix indiqué, même si le consommateur sait ou devrait savoir qu'il y a erreur* »¹⁵². Se référant aux décisions *Aetna Life Insurance Company c. Brodie*¹⁵³ et *Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth Itée*¹⁵⁴ l'auteur précise que :

*« L'erreur sur le prix ne pourra donner lieu à l'annulation du contrat sauf si l'erreur est à ce point évidente que le maintien du contrat choquerait la conscience collective »*¹⁵⁵.

¹⁵¹ Article 224 « *Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit : [...] c) exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé* » et Article 225 « *Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut faussement, par quelque moyen que ce soit : a) invoquer une réduction de prix ; b) indiquer le prix courant ou un autre prix de référence pour un bien ou un service ; c) laisser croire que le prix d'un bien ou d'un service est avantageux* ».

¹⁵² Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules - Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », *Revue du Barreau*, Tome 66, 2006, p. 299. L'auteur note toutefois que « les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur la question ».

¹⁵³ *Aetna Life Insurance Company c. Brodie*, [1879] 5 R. C. S.

¹⁵⁴ *Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth Itée* (REJB) 2000- 19318.

¹⁵⁵ Nicolas VERMEYS, *loc.cit.*, note 152, p. 307.

Soit. Et si cette règle en est une de sécurité juridique, où l'on entend s'assurer que l'interprétation des contrats apporte la stabilité voulue au commerce, il n'en demeure pas moins que « *l'obligation de contracter de bonne foi* »¹⁵⁶ demeure en tout état de cause. Aussi, nous croyons que :

*« Les attitudes opportunistes ne sont pas le monopole de la partie dite forte. Les consommateurs [pourraient] effectivement être sujets à des comportements qui méritent une analyse critique »*¹⁵⁷.

Ceci est particulièrement vrai lorsque ces erreurs profitent consciemment aux consommateurs suite à des erreurs manifestes quant aux prix affichées sur le site web du marchand. Aussi, nous croyons qu'« il est de bon droit, tout comme sur la base d'autres considérations plus subjectives [qu'en de pareils cas un] contrat ne [puisse] être considéré comme étant formé¹⁵⁸ ». Et ce, selon le même auteur premièrement sur la base de l'article 1400 du Code civil du Québec qui dispose que :

*« L'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elle lorsqu'elle porte sur la nature du contrat, sur l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement »*¹⁵⁹.

Par exemple, ce manque de bonne foi pourrait être déduit par un juge lorsqu'un consommateur achète un très grand nombre de biens au prix erroné. Également, « *l'absence générale de bonne foi de l'acheteur pourrait être utilisée [...] surtout quand son manque de vulnérabilité ou plus précisément sa bonne connaissance du marché, sont constatés* »¹⁶⁰.

Aussi, au regard du droit québécois, et en dépit d'une jurisprudence guère élaborée, il semble que l'affirmation de la règle de droit, visant à protéger le consommateur, n'interdit pas la souplesse nécessaire en utilisant le critère de la bonne foi au détriment d'une attitude du consommateur qui serait manifestement attentatoire à ce principe. C'est d'ailleurs ce qui fut jugé en France dans l'affaire *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount*¹⁶¹, où le Tribunal d'instance

¹⁵⁶ Idem, p. 299.

¹⁵⁷ Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », *Revue du Notariat* (2005), p. 637.

¹⁵⁸ Idem, p. 638.

¹⁵⁹ Article 1400, *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64.

¹⁶⁰ Vincent GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 157, p. 638.

¹⁶¹ TI Strasbourg, 24 juillet 2002, *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount*.

de Strasbourg en est venu dans sa décision du 24 juillet 2002 à la conclusion que le prix d'achat d'un vidéo projecteur sur le site web d'une entreprise résultait « *d'une erreur purement matérielle d'étiquetage* » et que par voie de conséquence il y a « *défaut de consentement* » du vendeur donc annulation du contrat. Commentant cette décision Cédric Manara analyse que « *l'erreur commise était à ce point importante qu'elle devait être considérée comme empêchant la formation du contrat* »¹⁶². Pour lui :

*« La notion d'erreur-obstacle trouve ainsi avec internet une illustration inattendue [...]. L'obstacle [étant] ici une simple anomalie technique. Jusqu'alors limitée en droit positif à des hypothèses exceptionnelles, la notion d'erreur-obstacle pourrait bien connaître un regain d'intérêt avec le développement du commerce en ligne, et des aléas informatiques qui accompagnent son développement ! »*¹⁶³.

Pour être complet sur l'état du droit français, il importe de mentionner ici le point de vue du Forum des droits sur l'internet sur le sujet. Point de vue exprimé dans son étude sur *L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique*. Dans cette étude, le Forum souligne que :

*« De manière constante, la jurisprudence refuse d'annuler la vente en cas de simple erreur sur la valeur d'un produit. Les tribunaux considèrent en effet, de manière restrictive, qu'une telle nullité ne pourra être retenue que si l'erreur d'affichage fait apparaître un prix dérisoire tel que le consommateur ne peut prétendre avoir pris ce prix pour la valeur réelle du bien »*¹⁶⁴.

Aussi, si Internet présente certaines spécificités, notamment celle qui tient au fait que le vendeur a une capacité de réaction moins grande en ligne dans un magasin, il semble que cette interprétation rigoureuse soit de mise. Ceci est d'autant plus justifiée par le fait que le vendeur se voit obligé, selon le projet de loi 48, tout comme en Ontario¹⁶⁵, a une obligation de divulgation de prix dans tous les contrats à distance (article 54.4 alinéa e), f), g), h), j), k), etc.).

¹⁶² Cédric MANARA, « un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », *Dalloz*, 2003, n° 35 (note under T.I. Strasbourg, 24 juillet 2002).

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique*, 2003, [En ligne] [<http://www.foruminternet.org/veille-juridique/erreur-sur-le-prix-d-affichage-dans-le-milieu-du-commerce-electronique.html>].

¹⁶⁵ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, *op. cit.*, note 59, art. 32 : « pour l'application du paragraphe 38 (1) de la Loi, le fournisseur divulgue au consommateur les renseignements suivants avant de conclure une convention électronique avec lui : [...] 4. La liste détaillée des prix, taxes et frais d'expédition compris, des marchandises et des services qu'il est prévu de

Il reste la question de savoir si le même législateur devrait par ailleurs s'inspirer du droit français qui prévoit que le vendeur ne pourra obtenir l'annulation de la vente que quand il apparaît que l'acheteur avait conscience de l'erreur survenue sur le prix du bien et que ce prix est dérisoire¹⁶⁶. Nous ne croyons pas, dans la mesure où le droit semble disposer de la souplesse nécessaire pour faire face aux spécificités d'Internet.

B- Recommandations

- Aucune recommandation spécifique dans cette rubrique : la souplesse des articles 224 et suivants de la LPC permet leur application dans l'environnement électronique.

fournir au consommateur. 5. La description des autres frais applicables, tels que les droits de douane et les frais de courtage, et le montant de chaque type de frais, si le fournisseur peut raisonnablement le calculer. 6. La somme totale que, à la connaissance du fournisseur, le consommateur doit payer aux termes de la convention, y compris les sommes qui doivent être divulguées en application de la disposition 5, ou, s'il est prévu de fournir les marchandises et les services pendant une période indéterminée, le montant et la fréquence des versements périodiques. 7. Les modalités et les modes de paiement. 8. S'il y a lieu, les dates de livraison, de commencement de l'exécution, d'exécution successive et d'achèvement de l'exécution. ... 13. La devise employée, si les sommes ne sont pas exprimées en dollars canadiens. 14. Toutes les autres restrictions et conditions qu'impose le fournisseur ».

¹⁶⁶ Cass. Civ., 1^{ère} chambre civile, 1995, Bulletin 1995 I, n° 303 p. 212, [En ligne] [<http://www.legifrance.gouv.fr/Texte=>]. Sur le droit français voir aussi : Art. L. 121-18 du Code de la consommation : « [...] 2° Le cas échéant, les frais de livraison ; [...] 6° Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ; [...] Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée. [...] ».

14. Publicité pour les enfants

Plus encore que les autres formes de publicités conventionnelles, la cyberpublicité destinée aux enfants est difficile à cerner : devant une page web, il serait illusoire de croire qu'un l'enfant demeurera un consommateur passif. L'interactivité que lui permet Internet fera de lui une cible de choix facile pour les spécialistes du marketing qui collecteront sans état d'âme ses renseignements personnels. Sur la cyberpublicité, la LPC demeure neutre en théorie, et par conséquent applicable à cette nouvelle forme de sollicitation. Cette neutralité n'est pas pour autant un gage d'efficacité. L'environnement électronique compromet toute tentative de transposition pure et simple des règles traditionnelles. Par exemple, le règlement d'application de la Loi soulève quelques interrogations : le terme « vitrine », auquel réfère son article 90 renvoie-t-il aussi à un écran d'ordinateur ? La cyberpublicité destinée aux enfants est aujourd'hui un problème pressant sur lequel le législateur doit se pencher.

A- Commentaires

La cyberpublicité soulève des questions sérieuses quant au respect des dispositions de la LPC interdisant la publicité visant les enfants de moins de 13 ans. La LPC est dans son principe très clair : selon l'article 248, pas de publicité aux enfants : « *sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans* »¹⁶⁷. La règle est forte et constitue, au meilleur de nos connaissances, une spécificité québécoise au Canada. Toutefois, une étude menée par l'Union des consommateurs dressait il y a encore peu de temps un portrait peu enviable de plusieurs sites s'adressant aux enfants :

« Manque de transparence [...] collectes inutiles d'informations à caractère personnel ; défaut d'avis lors des collectes d'informations ; politiques déficientes au niveau de la

¹⁶⁷ L'article 249 précise que : « *pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment : a) de la nature et de la destination du bien annoncé ; b) de la manière de présenter ce message publicitaire ; c) du moment ou de l'endroit où il apparaît. [...] Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans* ».

confidentialité et de la sécurité des données recueillies ; usage de techniques de marketing détournées, etc. »¹⁶⁸.

Même si le législateur de 1978 n'avait forcément pas pris en compte le nouveau médium qu'est Internet, on peut supposer que l'interdiction faite à l'article 248 s'étend aussi à la publicité en ligne faite aux enfants. La lettre est claire et aucun mode d'interprétation ne semble justifier une vision autre. Pourtant, une telle interprétation de notre point de vue ne résout pas pour autant la question. La publicité sur le réseau à l'endroit des enfants peut revêtir plusieurs formes :

- Les encarts publicitaires se retrouvant sur des sites internet destinés aux moins de 13 ans ;
- Les envois massifs sans distinction aucune de pourriels au consommateur
- Et surtout, les récents populaires « jeu interactifs » sont entre autres autant de multiples façons insidieuses de solliciter les enfants.

La question est donc loin d'être totalement tranchée : les exemples précédemment cités constituent-ils réellement des publicités ? Si oui, rentrent-ils dans le cadre des exceptions qui existent en la matière ? Sur la première question, il nous semble qu'il s'agit bien là de publicité. Même déguisée, on la reconnaît. L'article 1 h) de la LPC dispose en effet qu'un message publicitaire est « un message destiné à promouvoir un bien, un service ou un organisme au Québec ». Dans *Paquette c. Crédit Ford du Canada Ltée*, les honorables juges Vallerand, Mailhot et Richard faisant leurs opinions émises par l'honorable juge Lajoie dans *Caisses Enregistreuses Ltée c. Majjanesi Giovanni*¹⁶⁹ écrivent :

« La loi de la protection du consommateur est une loi remédialrice qui doit recevoir une interprétation large et libérale, qui a pour but de supprimer des abus ou d'y remédier. [...]. C'est donc en faveur du consommateur que le tribunal doit pencher lorsqu'il est en présence d'une disposition ambiguë dans la loi »¹⁷⁰.

Sur cette base, nous pouvons affirmer que l'apposition d'une marque de commerce dans un décor manifestement destiné à des enfants est une publicité pour enfants. Sur la deuxième question, celle de savoir si les publicités déguisées en ligne entrent dans le cadre des exceptions prévues par la LPC, le doute n'est plus permis à l'analyse de son règlement d'application qui prévoit des exceptions précises. La première concerne les encarts dans les revues pour

¹⁶⁸ UNION DES CONSOMMATEURS, Étude sur la protection des mineurs (en particulier des adolescents) dans Internet, 2004, [En ligne] à <<http://consommateur.qc.ca/union/docu/telecom/>>.

¹⁶⁹ *Caisses Enregistreuses Ltée c. Majjanesi Giovanni*, (1977) C.A.

¹⁷⁰ *Paquette c. Crédit Ford du Canada Ltée*, [1989] R.J.Q. 2153 (C.A.)

enfants (article 88)¹⁷¹ ; la deuxième les spectacles pour enfants (article 89)¹⁷² ; la troisième les « *message[s] publicitaire[s] destiné[s] à des enfants constitué[s] par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette* »¹⁷³. Tout au plus et à la limite, un commerçant pourrait invoquer la quatrième exception relative au caractère éducatif d'une publicité. En effet, cette exception pourrait découler de l'article 248 lui-même qui interdit seulement la publicité « *à but commercial* ». *A contrario*, la publicité qui présente suffisamment de distance avec le produit lui-même pourrait être permise. Ainsi, MacDonald's par exemple qui fait de la sensibilisation en matière de sécurité pourrait agir en toute légalité en dépit de l'apposition de son logo dans ses messages. Ceci dit, s'il n'y a pas suffisamment de distance entre le produit à vendre et le discours à portée éducative, on contrevient sans doute à la loi. Un exemple patent de cette situation est évoqué par un auteur dans poursuite contre Igor¹⁷⁴ : en l'espèce, l'entreprise Saputo utilisant Igor le gorille à des fins de publicité soutient que son message invite à suivre des habitudes alimentaires saines. Des références à la nutrition sont fréquentes sur le site du marchand : une nutritionniste explique par exemple aux parents qu'il est important de bien nourrir les enfants avec des aliments nutritifs. Sauf qu'il nous semble y avoir un problème lorsque le message supposément éducatif est en contravention directe avec le produit lui-même qui contient 10 grammes de sucre pour chaque muffin de 31 grammes. Le message est donc ici beaucoup plus sournois. On dit qu'il faut bien manger mais on dit aussi que le produit vendu rempli de sucre, de cholestérol, et sans valeur nutritive réelle permet de remplir cet objectif lorsque associé à un fruit et à un verre de lait. Il ne s'agit là ni plus ni moins que d'une publicité illégale.

Au delà des deux questions précédemment traitées, il faut ajouter que le projet de loi 48 ne prend pas non plus en compte malheureusement la vie privée des enfants dans une publicité en ligne qui leur est directement ou indirectement

¹⁷¹ *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, op. cit., note 62, art. 88 : « est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants, aux conditions suivantes : a) il doit être contenu dans une revue ou dans un encart qui est destiné à des enfants ; b) cette revue ou cet encart doit être offert en vente ou inséré dans une publication offerte en vente ; c) cette revue ou cet encart doit être publié à des intervalles n'excédant pas 3 mois ; et d) le message publicitaire doit être conforme aux exigences de l'article 91 ».*

¹⁷² *Idem, art. 89 : « est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants dont l'objet est d'annoncer un spectacle qui leur est destiné, à la condition que ce message soit conforme aux exigences de l'article 91 ».*

¹⁷³ *Idem, art. 90: « est exempté de l'application de l'article 248 de la Loi, un message publicitaire destiné à des enfants constitué par une vitrine, un étalage, un contenant, un emballage ou une étiquette de même que celui qui y apparaît, à la condition que les exigences des paragraphes a à g, j, k, o et p de l'article 91 soient respectées ».*

¹⁷⁴ Voir à ce sujet le court billet de Vincent Gautrais sur son blogue www.gautrais.com, Vincent GAUTRAIS, *Poursuites contre Igor*, 13 mars 2007, [En ligne] à <http://www.gautrais.com/Poursuites-contre-Igor>.

destinée. À ce sujet, la loi américaine, la *Child Online Protection Act* (COPA) pourrait être une source d'inspiration. Cette loi précise en effet que:

« [...]. *A person making a communication described in subsection (a) - (A) shall not disclose any information collected for the purposes of restricting access to such communications to individuals 17 years of age or older without the prior written or electronic consent of - (i) the individual concerned, if the individual is an adult ; or (ii) **the individual's parent or guardian, if the individual is under 17 years of age** ; and (B) shall take such actions as are necessary to prevent unauthorized access to such information by a person other than the person making such communication and the recipient of such communication* »¹⁷⁵. (nos caractères gras).

De tout ce qui précède, un encadrement strict par le législateur de la cyberpublicité visant les enfants nous semble impératif. Le même législateur devrait aussi énoncer explicitement que la publicité en ligne destinée aux enfants de moins de treize ans est interdite. D'ailleurs la jurisprudence sur ce sujet n'est pas légion pour ne pas dire rare. Peut-être que l'aboutissement des poursuites récemment intentées contre une entreprise québécoise viendra renforcer l'état du droit dans ce domaine.

B- Recommandations

- S'assurer de la compatibilité entre les dispositions relatives à la publicité pour enfants du Règlement d'application de la LPC et le commerce électronique
- S'assurer de l'obligation du cybercommerçant à ne pas envoyer des courriels publicitaires non sollicités aux enfants.

¹⁷⁵ *Child Online Protection Act* (COPA), 47 U.S.C. 231.

15. Pourriel

Le législateur québécois aurait pu profiter de l'adoption du Projet de loi n°48 pour aborder l'épineuse question des pourriels mais hélas non il ne l'a pas fait ! À l'heure actuelle, aucune législation spécifique n'interdit directement l'envoi de courriels non sollicités au Québec qui se retrouve ainsi dans une situation unique en comparaison avec d'autres nations industrialisées qui elles, ont décidé d'encadrer strictement le phénomène. L'approche québécoise se limite pour l'instant à une réglementation générale, le contrôle des pourriels passant éventuellement soit par le Code Civil ou le Code criminel, soit par la Loi sur la protection du consommateur ou celle sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé ou encore soit par la Loi sur la concurrence. Cette approche nous paraît totalement insuffisante.

A- Commentaires

De nombreux textes de nature informelle exhortent au Québec le cybermarchand à éviter l'envoi aux consommateurs de courriels commerciaux non sollicités sans leur consentement mais aucune loi ne l'affirme expressément. Par exemple, le *Code de déontologie et normes de pratiques* de l'Association canadienne du Marketing (ACM) indique que le pourriel ne doit être acheminé « *sans le consentement du destinataire ni sans avoir déjà établi une relation avec [lui]* »¹⁷⁶. En dehors de ces normes informelles, aucune loi ne l'interdit proprement. Le seul moyen éventuellement envisageable est la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, loi qui définit en son article 2 le renseignement personnel comme « *tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier* »¹⁷⁷. Dans leur Rapport au Ministère des services gouvernementaux du Québec intitulé *Analyse du cadre réglementaire québécois et étranger à l'égard du pourriel, de l'hameçonnage et des logiciels espions*, Pierre Trudel, France Abran et Gabriel Dupuis soutiennent que :

« Pour que la loi s'applique, le libellé de l'adresse courriel doit permettre d'identifier effectivement son propriétaire. Sinon, il sera difficile de soutenir qu'elle constitue en elle même un renseignement personnel protégé en vertu de cette loi [sous entendu la Loi sur la protection des renseignements personnels

¹⁷⁶ ASSOCIATION CANADIENNE DU MARKETING, *Code de déontologie et les normes de pratique*, 2006, [En ligne] à <<http://www.the-cma.org/french/downloads/CodfEthicsFrench06.pdf>>.

¹⁷⁷ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, op.cit, note 90, art. 2.

dans le secteur privé]. *L'adresse pierre.trudel@umontreal est, par exemple, un renseignement personnel protégé en vertu de cette loi. Cependant, une adresse du genre professeur@hotmail.com est un cas plus problématique, car elle ne fournit pas - en soi- suffisamment d'informations pour identifier son détenteur. Or, le pourriel est adressé aussi bien aux adresses détenues par des personnes individuelles qu'à des organisations* »¹⁷⁸.

Sur cette question, en France, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), dans sa *Position sur la prospection par courrier électronique dans le cadre professionnel* est sans doute plus explicite lorsqu'elle souligne qu' :

*« une adresse de courrier électronique professionnelle permettant d'identifier directement ou indirectement une personne physique est une donnée à caractère personnel au sens de la Loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 »*¹⁷⁹.

Face aux carences du droit formel directement applicable aux pourriels au Québec, le droit comparé pourrait être une source d'inspiration. La législation française pourrait en l'occurrence servir d'exemple en la matière. La *Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique* insère deux nouveaux articles (L. 121-15-1 et L. 121-15-2) dans le Code de consommation, articles qui énoncent deux éléments importants : 1) toute publicité doit être identifiée comme telle et clairement précisée¹⁸⁰. Sans empêcher les pourriels, ces dispositions présentent l'avantage de permettre au consommateur de distinguer un courriel d'une publicité. Mais surtout, 2) la loi française sur l'économie numérique prévoit clairement sous son article 22 des « *dispositions relatives à l'interdiction ou à*

¹⁷⁸ Pierre TRUDEL, France ABRAN et Gabriel DUPUIS, *Analyse du cadre réglementaire québécois et étranger à l'égard du pourriel, de l'hameçonnage et des logiciels espions*, Rapport préparé pour la Direction des politiques du ministère des services gouvernementaux du Québec, 2007, p. 55. [En ligne] à <<http://www.msg.gouv.qc.ca/fr/publications/enligne/pourrielCRDP.pdf>>.

¹⁷⁹ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Position sur la prospection par courrier électronique dans le cadre professionnel*, [En ligne] à <<http://www.cnil.fr/index.php?id1780>>.

¹⁸⁰ Code de la consommation, 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 » et art. L. 121-15-2. : « Sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1, les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent **être clairement précisées et aisément accessibles** ». (nos caractères gras).

l'autorisation de la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique »¹⁸¹. Les législations européennes sur le pourriel pourraient par ailleurs être une autre avenue : une synthèse réalisée par la CNIL dans *Spam : L'état du droit en Europe et Le publipostage et la protection des données personnelles* permet d'avoir un aperçu global de la question sur le continent européen : la *Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995* prévoit notamment dans ses articles 6, 7, 10, 11 et 14 que :

*« Les données personnelles ne peuvent être traitées par voie informatique qu'à la condition qu'elles aient été collectées de manière loyale et pour des finalités précises »*¹⁸².

Plus précise, la *Directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques* « intègre le principe du consentement préalable en matière de prospection par courrier électronique »¹⁸³. Si toutes ces législations sont édifiantes et éclairantes à plus d'un titre, Pierre Trudel, France Abran et Gabriel Dupuis dans le rapport précité sont d'avis qu'il

*« est opportun d'envisager la stratégie de régulation du pourriel et autres fléaux au moyen d'une "boite à outils" [...] fondée sur le recours à une pluralité de moyen. [...] la lutte contre les pratiques nuisibles ne [pouvant] être l'apanage de la loi ou de la seule approche technique ou uniquement du marché »*¹⁸⁴.

Les auteurs que nous mentionnons ne sont néanmoins pas contre l'adoption d'une loi visant directement le pourriel ; loi qui pourrait « énoncer des règles comportant des interdits spécifiques »¹⁸⁵ et dont le « message majeur serait de marquer une ferme volonté » à combattre efficacement le phénomène.

¹⁸¹ *Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, *op. cit.*, note 33, art 22.

¹⁸² *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, JO L 281 du 23.11.1995, pp. 31–50.

¹⁸³ *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques* (directive vie privée et communications électroniques), art. 13 (4) : « dans tous les cas, il est interdit d'émettre des messages électroniques à des fins de prospection directe en camouflant ou en dissimulant l'identité de l'émetteur au nom duquel la communication est faite, ou sans indiquer d'adresse valable à laquelle le destinataire peut transmettre une demande visant à obtenir que ces communications cessent ».

¹⁸⁴ Pierre TRUDEL, France ABRAN et Gabriel DUPUIS, *op. cit.*, note 178, pp. 67-69.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 74.

Cette recommandation est double et devrait assurément être suivie. D'abord, elle identifie clairement le fait qu'une loi aura assurément un rôle didactique qui va dissuader certains acteurs. Ensuite, elle sous-tend que le pourriel n'est pas que canadien et que dans des hypothèses étrangères, la loi et sa sanction sont passablement inefficaces¹⁸⁶. Toutefois, une telle prescription risque dans un contexte canadien de se heurter à un obstacle de taille en droit interne en raison de la compétence du Parlement fédéral canadien en matière de télécommunications. (Article 41 sur les télécommunications).

B- Recommandations

- Interdire la publicité commerciale par la voie du pourriel sans qu'il y ait un consentement préalable de la part du titulaire de l'adresse électronique.
- Définir quelles sont les conditions à l'existence de pourriel : 1) message non sollicité ; 2) message faisant état de produit ou de service ; 3) message qui s'adresse à un nombre élevé de destinataires

¹⁸⁶ À noter que le législateur canadien avait clairement affiché sa volonté à encadrer le pourriel notamment par le biais du *Projet de loi S-2 : Loi visant à empêcher la diffusion sur l'Internet de messages non sollicités*, Troisième session, trente-septième législature, 52 Elizabeth II, 2004. Il semble que ce projet de loi soit « mort au bataillon » avec l'arrivée au pouvoir des conservateurs en 2006.

16. Contrat à distance

Sans nier l'importance des modifications apportées par le Projet de loi n°48, une question se pose quant à la pertinence d'adopter un régime à l'ensemble des contrats à distance. En effet, il est difficile de croire que les mêmes règles puissent s'appliquer identiquement à tous les moyens de communication. Par exemple, si l'article 54.4 LPC prévoit toute une série d'informations qui se doivent d'être données avant la conclusion des contrats, ce qui se conçoit très bien pour les contrats en ligne, l'application risque d'être plus problématique dès lors que l'on souhaite l'appliquer aux contrats via l'écran d'un téléphone cellulaire. En effet, l'écran étant très petit, la lecture risque d'être pour le moins malhabile et le consommateur risque, « en bout de ligne » de ne rien lire du tout. Dans le souci d'assurer une plus grande pérennité de la Loi sur la protection du consommateur, l'adoption de dispositions spécifiques aux conventions électroniques à l'instar de la législation ontarienne est souhaitable.

A- Commentaires

Il y a lieu ici de s'interroger sur la pertinence de l'action du législateur à regrouper sous l'unique bannière de « contrat à distance », « l'ensemble des situations où consommateur et commerçant ne sont pas en contact de visu »¹⁸⁷. En l'espèce :

« [...] 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 possible, [...] pose pourtant problème tant les dites situations sont diverses et représentent des réalités commerciales qui ne sont pas forcément conciliables »¹⁸⁸.

En effet par exemple, bien que certaines exigences d'informations de l'article 54.4 LPC puissent être remplies autant dans des contrats conclus par téléphone que ceux conclus de façon électronique, il reste que d'autres exigences ne peuvent être satisfaites dans des cas particuliers : ainsi sera-t-il selon nous

¹⁸⁷ Vincent GAUTRAIS, *op. cit.*, note 101, p. 115.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 115.

difficile d'exiger, comme le prescrit l'aliéna d) de l'article 54.1 LPC d'un vendeur réalisant une vente par téléphone de fournir une « *description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques* »¹⁸⁹ avant la conclusion de celui-ci. Ce sont là des renseignements faciles à fournir dans le cas d'un contrat de vente réalisé par l'entremise d'Internet. Ces renseignements perdent considérablement en clarté, et du même coup en pertinence, lorsqu'on les fournit verbalement avant qu'un contrat soit conclu à l'aide d'un téléphone. De la même façon, si l'on s'attarde aux contrats conclus par Internet non pas grâce à un ordinateur mais bien à l'aide d'un téléphone cellulaire, il ne paraît pas avantageux pour le consommateur de voir une telle quantité d'information s'afficher sur l'écran de son téléphone et pour cause, « *les modalités d'une bonne information ne s'organise pas de la même façon d'un support à un autre* »¹⁹⁰.

On se serait attendu à ce que le règlement d'application de la LPC adopté en décembre 2007 vienne limiter la variété du grand nombre de situations auxquelles pourrait référer le vocable « contrat à distance » en prévoyant à cet effet des exceptions. Mais hélas! À notre connaissance, tel ne fut pas le cas. Cette volonté du législateur à adopter une position que nous qualifierons de « généraliste » est sans doute mue par le souci de veiller à une meilleure protection du consommateur et trouve certainement son origine dans l'adoubement du principe de neutralité technologique. Or :

*« d'une conception originale très circonscrite, à savoir, s'assurer que les lois ne favorisent pas en certains cas une technologie en particulier, le législateur a eu tendance à faire croire que les technologies de l'information se régissent 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. [...] »*¹⁹¹.

Cette vision des choses est de notre point de vue erronée. À notre sens, le principe de neutralité technologique doit recevoir une interprétation flexible dans le contexte du droit de la consommation. C'est d'ailleurs la voie empruntée par certaines provinces canadiennes qui commencèrent à abandonner le caractère technologiquement neutre de leur législation : le Manitoba, dans sa loi intitulée

¹⁸⁹ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur, op. cit.*, note 59, art. 54(1).

¹⁹⁰ Vincent GAUTRAIS, *op.cit.*, note 101, p. 119.

¹⁹¹ *Idem*, p. 120.

Electronic Commerce and Information, Consumer Protection Amendment and Manitoba Evidence Act, adoptée en mars 2001, modifie la loi sur la protection du consommateur pour y inclure les « *retail sale or retail hire-purchase agreements formed by Internet communications* »¹⁹². La *Loi ontarienne 2002 sur la protection du consommateur* vise les communications électroniques¹⁹³ tandis que le *Business Practice and Consumer Protection Act*¹⁹⁴ de la Colombie Britannique parle de « *Distance sales contract in electronic form* ». Dans la même veine, le *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*¹⁹⁵ comme son nom l'indique régit exclusivement les contrats de vente par Internet.

Pour assurer une plus grande pérennité de la nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*, nous privilégions l'adoption de l'expression « convention électronique » qui à nos yeux est d'une relative neutralité. « *Le temps des lois immémoriales est révolu et sans parler de lois « Kleenex », de lois jetables, l'on doit constater que la durée de vie des lois est dans les faits moindre dans un monde trépidant et transitoire comme le nôtre [...]* »¹⁹⁶. Une section visant spécifiquement les conventions électroniques permettrait d'éviter des problèmes que pourraient engendrer l'utilisation du terme « contrat à distance ».

B- Recommandations

- Adopter à l'instar de la législation ontarienne, dans une section spécifique des dispositions traitant des « conventions électroniques » plutôt que de se limiter aux « contrats à distance ».

¹⁹² *Electronic Commerce and Information, Consumer Protection Amendment and Manitoba Evidence Act*, Manitoba, 2000, ch. 32.

¹⁹³ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, *op. cit.*, note 59.

¹⁹⁴ *Business practices and consumer protection*, *op. cit.*, note 94.

¹⁹⁵ INDUSTRIE CANADA, *op. cit.*, note 92.

¹⁹⁶ André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi: l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Thémis, 2003, p. 128 et s. Cité par Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », *op. cit.*, note 5, p. 101.

Conclusion

Par l'adoption du projet de loi n° 48¹⁹⁷ le 14 décembre 2006, le législateur québécois accomplissait définitivement sa volonté à adapter la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁹⁸ aux réalités du 21^{ème} siècle, loi qui soit dit en passant n'a subi de réelles modifications depuis 1978. La « nouvelle » loi, modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement des créances* vise entre autres à consolider « l'arsenal juridique » du cyberconsommateur en réponse aux défis posés au droit par les nouvelles technologies de l'information. En ce sens, l'objectif pour être plus précis est l'encadrement strict du contrat en ligne qui suppose des obligations de divulgations d'informations claires et précises incombant au commerçant et des facilités pour le consommateur d'annuler le contrat et d'être remboursé au moyen de la rétrofacturation¹⁹⁹. Aussi, les clauses d'arbitrage obligatoires dans le contrat de consommation sont-elles interdites²⁰⁰. Très concrètement, la nouvelle loi met en place une véritable « *procédure accompagnant le consommateur, le prenant presque par la main en instaurant une succession [d'] étapes [...]* »²⁰¹. Étapes permettant « *d'assurer un niveau de protection au moins comparable [...] dans l'environnement papier* »²⁰². L'amendement législatif du 14 décembre 2006 est donc assurément « *un pas dans la bonne direction* »²⁰³.

Seulement, même si la « *LPC s'électronise* »²⁰⁴ et se modernise, force est malheureusement de constater que les fruits n'ont pas toujours tenu toutes les promesses des fleurs : certaines des dispositions de la loi laissent encore

¹⁹⁷ Projet de loi n° 48 (2006, chapitre 56), Assemblée Nationale, Deuxième session, Trente Septième Législature, Éditeur officiel du Québec, 2006.

¹⁹⁸ *Loi sur la protection du consommateur*, *op. cit.*, note 21.

¹⁹⁹ Jean François MERCURE, « Commentaire sur la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances- Quand le législateur se met au goût du jour... », *Repères*, 2008, p. 2.

²⁰⁰ Sur cette question voir : Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir), *op. cit.*, note 139.

²⁰¹ Vincent GAUTRAIS, *op.cit.*, note 101, p. 113.

²⁰² *Idem*, p. 113.

²⁰³ *Idem*, p. 107.

²⁰⁴ *Idem*, p. 107.

songeur tandis que son silence sur certains sujets préoccupants de l'heure sont plutôt étonnant. La nouvelle LPC pêche donc parfois soit par action ou par omission sur plusieurs points : entres autres en matière de contrat à distance, de publicité, d'informations etc. Nous avons identifié dans la présente étude, sans prétendre à l'exhaustivité des dispositions qui à nos yeux posent problème. Nous avons sur cette base fait des recommandations, recommandations qui somme toute sont forcément subjectives mais qui auront le mérite de susciter le débat. Vivement donc des réactions à ce rapport!

Récapitulatif des recommandations

1) Rédaction contractuelle

- ❖ Faire en sorte que le contrat de consommation soit **disponible en un seul document**.
- ❖ Préciser par des **normes informelles** établit par un organisme paritaire de concert entre des représentants 1) des gouvernements 2) des marchands 3) des consommateurs, des **critères « d'intelligibilité », « d'évidence » et de « connaissance expresse »** de l'article 54.4 *in fine* et plus généralement de la mise en exergue des éléments importants des contrats.

2) Publicité

- ❖ S'assurer à l'instar de la législation française qu'une **publicité soit identifiée comme telle** et comporte la mention « publicité » de manière lisible, apparente et non équivoque. Cette solution non coûteuse nous semble la réponse la plus efficiente à apporter en l'espèce.

3) Information

- ❖ **Renforcer l'obligation de clarté et de lisibilité** qui pèse sur le commerçant plutôt que de lister trop d'informations, afin de s'assurer que les éléments essentiels du contrat soient portés à la connaissance du consommateur de manière claire et précise. Il s'agirait en quelque sorte de généraliser les termes de l'article 54.4 *in fine* de la LPC à tous les contrats.

4) Licence

- ❖ **Modifier l'article 34 LPC** pour qu'il réfère non pas au contrat de vente ou de service mais à « toute transaction conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service ».

5) Formalisme

- ❖ **Revenir à la situation d'avant l'adoption de l'article 6.3 du Règlement** d'application de la LPC et identifier si possible d'autres types de contrat qui ne devraient pas être réalisés en ligne.

6) Paiement

- ❖ **Instaurer un régime minimum de sécurité** relatif aux transactions en ligne en matière de paiement ; étendre le régime de protection associé à l'utilisation des cartes de crédits aux autres modes de paiement dont les cartes de débit.
- ❖ Remplacer l'expression « perte ou vol d'une carte de crédit » par « perte ou vol d'un numéro de carte de crédit » ou prévoir de façon générale « toute utilisation frauduleuse de la carte de crédit ».

7) Rétrofacturation

- ❖ **La mise en place de formulaires** accompagnant les directives prescrites à l'article 54.15 faisant état des obligations incombant au consommateur pour obtenir remboursement pourrait ici de notre point de vue être judicieux.

8) Archivage

- ❖ Rendre obligatoire pour le commerçant l'**archivage électronique du contrat** liant les parties et son accessibilité au consommateur pour la durée de prescription applicable.
- ❖ S'assurer de l'ouverture d'un **droit de résolution** en cas du non respect des obligations liées à l'archivage.

9) Droit applicable

- ❖ **Supprimer l'article 19 LPC** et réaffirmer l'application de l'article 3117 C.c.Q.

10) Arbitrage

- ❖ Assurer le statut quo conformément au projet de loi n° 48 dans la LPC y compris la question des coûts.

11) Recours

- ❖ Permettre à tout organisme ayant un intérêt dans la protection des droits des consommateurs (tels que des associations de consommateurs) à **obtenir un droit d'ester en justice** afin de contester à *priori* certaines clauses qui seraient illégales, abusives ou autrement interdites par la LPC ou le C.c.Q.
- ❖ Assurer aux consommateurs un **accès équitable à l'arbitrage en matière de consommation**.

- ❖ Introduire en droit canadien un **mécanisme permettant l'arbitrage collectif en matière de consommation.**

12) Garanties

- ❖ **La garantie existante du fabricant doit être explicitement mise à la connaissance du consommateur** afin d'éviter les risques de chevauchement de garanties (garantie du fabricant et garantie du vendeur.
- ❖ Le contenu du document constatant la **garantie du vendeur doit être rédigé d'une manière** qui en facilite la lecture.
- ❖ Le consommateur doit pouvoir annuler, sans frais, dans les trente jours suivant la date de son achat, le contrat de garantie.

13) Exactitude des prix

- ❖ Aucune recommandation spécifique dans cette rubrique : la souplesse des articles 224 et suivants de la LPC permet leur application dans l'environnement électronique.

14) Publicité pour enfants

- ❖ S'assurer de la **compatibilité** entre les dispositions relatives à la publicité pour enfants du Règlement d'application de la LPC et le commerce électronique.
- ❖ S'assurer de l'obligation du cybercommerçant à ne pas envoyer des courriels publicitaires non sollicités aux enfants.

15) Pourriel

- ❖ Interdire la publicité commerciale par la voie du pourriel sans qu'il y ait un **consentement préalable** de la part du titulaire de l'adresse électronique.
- ❖ **Définir** quelles sont les conditions à l'existence de pourriel : 1) message non sollicité ; 2) message faisant état de produit ou de service ; 3) message qui s'adresse à un nombre élevé de destinataires.

16) Contrat à distance

- ❖ Adopter à l'instar de la législation ontarienne, dans une section des dispositions traitant spécifiquement des « **conventions électroniques** » plutôt que de se limiter aux « contrats à distance ».

Bibliographie sélective

1) Législations internationales

- CCI, *Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur Internet*, 1998, [En ligne], [<http://www.iccwbo.org/id912/index.html>]
- *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques* (directive vie privée et communications électroniques)
- *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31–50
- OCDE, *lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses*, 2003, [En ligne] [<http://www.oecd.org/dataoecd/4.pdf>]

2) Législations nationales

- *Business practices and consumer protection Act*, S.B.C. 2004, ch. 2
- *Child Online Protection Act (COPA)*, 47 U.S.C. 231
- *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64
- *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46
- *Code de la consommation*
- *Consumer Protection Act*, CHAPTER C-30.1
- *Consumer Protection Act*, R.S.N.S. 1989, c.92
- *Décret n° 2005-137 du 16 février 2005 sur l'archivage des contrats conclus par voie électronique*, JO n°41 du 18 février 2005/ NOR: JUSC0420983D
- *Electronic Commerce and Information, Consumer Protection Amendment and Manitoba Evidence Act*, Manitoba, 2000, ch. 32
- *Internet Sales Contract Regulation*, Alta. Reg. 81/2001

- *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., chapitre C-1.1
- *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, ann. A
- *Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*, Moniteur belge du 29 août 1991
- *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
- *Loi sur la concurrence*, L.R., (1985), ch. C-34
- *Loi sur la protection des renseignements dans le secteur privé*, L.R.Q. P-39.1
- *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c.5
- *Loi sur la protection du consommateur*, C.P.L.M. c. C200
- *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 2006, c. 56
- *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40. 1
- *Loi sur la Régie des télécommunications*, L.R.Q. c. R-8.01
- *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46
- *Projet de loi S-2 : Loi visant à empêcher la diffusion sur l'Internet de messages non sollicités*, Troisième session, trente-septième législature, 52 Elizabeth II, 2004
- *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1

3) Doctrine

3.1 Ouvrages- Monographies- Études- Rapport

- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Supplementary Rules for Class Arbitration*, [En ligne] [<http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>]

- ANTAKI (N.) et DARANKOUN (É.) (dir.), *Actes du Colloque Max-Caron 2006 : La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Thémis, Montréal, 2006, p. 21
- ASSOCIATION CANADIENNE DU MARKETING, *Code de déontologie et les normes de pratique*, 2006, [En ligne] [<http://www.the-cma.org/french/downloads/CodeofEthicsFrench06.pdf>]
- BAUDOIN (J. L.) et RENAUD (Y.), *Code civil du Québec annoté*, Tome 2, Livre dixième 11e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 2008, p. 4225
- BUREAU DE LA CONCURRENCE DU CANADA, *Application de la Loi sur la concurrence aux indications dans Internet*, [En ligne] [<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct02500f.html>]
- BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Code canadien de pratiques pour la protection du consommateur dans le commerce électronique et documents connexes*, [En ligne], [<http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/protectionconsommateurs03.pdf>]
- CAPRIOLI (É.), *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Éditions du jurisqueuseur, Paris, 2002, p. 49
- CLINIQUE D'INTÉRÊT PUBLIC ET DE POLITIQUE D'INTERNET DU CANADA, *Consumer Protection Online, Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs et al*, 2006, [En ligne] [<http://www.cippic.ca/documents/consumer-protection/archive/ApplicationRecord.pdf>]
- COMITÉ DES MESURES EN MATIÈRE DE CONSOMMATION, *Rétrofacturation par carte de crédit – Groupe de travail*, 2001, [En ligne] [[http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/chargebacks_fr.pdf/\\$FILE/chargebacks_fr.pdf](http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/chargebacks_fr.pdf/$FILE/chargebacks_fr.pdf)]
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Position sur la prospection par courrier électronique dans le cadre professionnel*, [En ligne] [<http://www.cnil.fr/index.php?id=1780>]
- DUNBERRY (É.), *La preuve et l'archivage des documents électroniques*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2000, p. 22
- FORUM DES DROITS DUR L'INTERNET, *Droit de la consommation appliqué au commerce électronique*, 2007, [En ligne] [<http://www.foruminternet.org/IMG/pdf/reco-conso-20070831.pdf>]

- FORUM DES DROITS DUR L'INTERNET, *L'archivage des contrats électroniques supérieurs à 120 euros rendu obligatoire*, 2005, [En ligne] [<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/actualites/archivage-des-contrats-electroniques-superieurs-a-120-euros-rendu-obligatoire.html>]
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique*, 2003, [En ligne] [<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/actualites/erreur-sur-le-prix-d-affichage-dans-le-milieu-du-commerce-electronique.html>]
- GAUTRAIS (V.), *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse, Université de Montréal, Tome 1, 1998
- GAUTRAIS (V.), *Poursuites contre Igor*, 13 mars 2007, [En ligne] [<http://www.gautrais.com/Poursuites-contre-Igor>]
- GLENN (P.), *Droit international privé in Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l'Université Laval, Québec, 1993, p. 679
- GODELUCK (S.), *Le boom de la netéconomie*, Éditions la découverte, Paris, 2000
- GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique: le cadre canadien*, [En ligne] [<http://www.cba.ca/fr/content/consumer/principesf.pdf>]
- GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, 2003, [En ligne] [<http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/protectionconsommateurs03.pdf>]
- GUILLEMARD (S.), *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse, Université Laval, 2003, [En ligne] [<http://www.theses.ulaval.ca/2003/20565/20565.html>]
- INDUSTRIE CANADA, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 2001, [En ligne] [<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html>]
- INDUSTRIE CANADA, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 2001, [En ligne] [<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html>]

- JOURNAL LE DEVOIR, *Demande de recours collectif les garanties prolongées*, 2007, [En ligne]
[<http://www.ledevoir.com/2007/09/21/157691.html>]
- L'HEUREUX (N.), *Droit de la consommation*, 4^e édition, Yvon Blais, Cowansville, 1993
- LEMYRE (P.P.) et WILLEMART (R.), *Problématiques juridiques des logiciels libres et ouverts : défis et solutions pour le gouvernement du Québec (RESOLL), Rapport de projet*, Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations (CIRANO), 2005, [En ligne]
[<http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2005RP-06.pdf>]
- MASSE (C.), *Loi sur la protection du consommateur. Analyses et commentaires*, Yvon Blais, Cowansville, 1999, p. 256
- MASSOL (G.) et DAOUST (G.), *Loi sur la protection du consommateur, texte annoté*, Société Québécoise d'Information Juridique, Québec, 1993, p. 61
- OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Le grand dictionnaire terminologique*, Québec, Sémantix, [En ligne]
[<http://www.granddictionnaire.com>]
- OPTION CONSOMMATEURS, *La protection des paiements anticipés des voyageurs : plaidoyer pour un meilleur filet de sécurité*, 2006, [En ligne]
[http://www.optionconsommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/assurances/oc_voyages_paiements_anticipes_200606.pdf]
- TOUBOL (F.), *Le logiciel, Analyse juridique*, LGDJ, Paris, 1986
- TRUDEL (P.), ABRAN (F.) et DUPUIS (G.), *Analyse du cadre réglementaire québécois et étranger à l'égard du pourriel, de l'hameçonnage et des logiciels espions*, Rapport préparé pour la Direction des politiques du ministère des services gouvernementaux du Québec, 2007, [En ligne]
[<http://www.msg.gouv.qc.ca/fr/publications/enligne/securite/pourrielCRDP.pdf>]
- UNION DES CONSOMMATEURS, *Étude sur la protection des mineurs (en particulier des adolescents) dans Internet*, 2004, [En ligne]
[http://consommateur.qc.ca/union/docu/telecom/internet_jeunes.pdf#search=%22publicit%C3%A9%20pour%20les%20enfants%20internet%20consommateur%22]

- UNION DES CONSOMMATEURS, *Garanties prolongées : le consommateur en a-t-il pour son argent*, Rapport final du projet de recherche présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, 2007, [En ligne]
[http://www.consommateur.qc.ca/union/docu/protec_conso/Garanties-prolongees.pdf]
- UNION DES CONSOMMATEURS, *Mémoire de l'Union des consommateurs portant sur le projet de loi n° 48*, [En ligne],
[<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/memoireUnion122006.pdf>]

3.2 Revues

- ABAD (V.), « L'effectivité des recours en matière de publicité sur Internet », (2005) vol.10, n°.2 *Lex Electronica*, p. 38
- ABAD (V.), « La collecte sur Internet des données personnelles par les entreprises québécoises dans un but publicitaire », (2002) *Droit & Nouvelles Technologies*
- ABAD (V.), « Publicité sur Internet et protection du consommateur », (2003) vol.8, n°.2 *Lex Electronica*, pp. 7-8
- CAPRIOLI (É.) et AGOSTI (P.), « La confiance dans l'économie numérique (Commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) », *LPA*, n° 110, 2005, p.
- CAPRIOLI (É.), « L'archivage des contrats électroniques dans le cadre de la Loi sur la Confiance dans l'Économie Numérique », [En ligne]
[http://www.caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/dematerialisation_archivage/edocs_dematerarchivage_archivageLCEN.htm]
- CAPRIOLI (É.), « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », dans *Les incertitudes du droit*, Thémis, Montréal, 1999, p. 25
- COHEN (M.), « L'affaire DELL : qu'en est-il de l'erreur sur le prix ? », *Lex Electronica*, vol. 12 n° 2 (2007), p. 12
- DE SAINT-ÉTIENNE (J. M.), « L'accès au droit des consommateurs », *LPA*, n° 109, 2008, p. 20

- DUASO CALÉS (R.), « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation », (2002) 8-1 *Lex Electronica*, p. 10
- GAUTRAIS (G.), « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », *Revue du Notariat* (2005), p. 637
- GAUTRAIS (V.) et MACKAAY (E.), « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2001, pp. 279-315
- GAUTRAIS (V.), « La carte des recours du cyberconsommateur » (rubriques « Conseils – Clauses types »), [En ligne], [<http://cyberconsommation.ca/publicite.htm>]
- GAUTRAIS (V.), « La couleur du consentement électronique », *Cahiers de la propriété intellectuelle* n° 16-1, 2003, p. 68 et s.
- GAUTRAIS (V.), « Le contrat de licence : un illustre méconnu! », 2006, [En Ligne] [<http://www.gautrais.com/Le-contrat-de-licence-un-illustre>]
- GAUTRAIS (V.), « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND, *Le droit de la consommation sous influences*, Yvon Blais, Cowansville, 2007, p. 136
- GAUTRAIS (V.), « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage! », *Revue Générale de droit*, vol. 37, n° 2, 2007
- GEIST (M.), « Y a-t-il un « là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet », 2001, [En ligne] [[http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/\\$FILE/geist_fr.pdf](http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/$FILE/geist_fr.pdf)]
- GOLSTEIN (G.), « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », dans BARREAU DU QUÉBEC-SERVICE DE LA FORMATION PERMANENTE, *Développements récents en droit de la consommation (1994)*, Y. Blais, Cowansville, 1994, p. 169
- GUILLEMARD (S.), « Le cyberconsommateur est mort, vive l'adhérent », *Journal du droit international privé*, n° 1, 2004, p. 23
- LABBÉ (É.), « La publicité en ligne », dans Daniel POULIN et autres (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique*, Thémis, Montréal, 2003, p. 123 et s.

- LABBÉ (É.), « Pourriel, pollupostage et référencement abusif : le spamming dans tous ses états », (1999) *Juriscom.net*.
- LABBÉ (É.), « Spamming en Cyberspace : À la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », (2000) vol.6, n°.1 *Lex Electronica*
- LACOURSIÈRE (M.), « contrats conclus par Internet et nouveaux systèmes de paiement », dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec. Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Yvon Blais, Montréal, 2005, p. 137
- LACOURSIÈRE (M.), BOUCHARD (C.) et MC CANN (J.), « La cyberpublicité : son visage, ses couleurs - Qu'en est-il de la protection des consommateurs ? », (2005) 107 *Revue du Notariat* 305
- LEMYRE (P.P.), « Le paiement électronique », dans Daniel POULIN et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Thémis, Montréal, 2003, p. 146
- LUCAS (A.), « La réception des nouvelles techniques dans la loi: l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 128 et s. Cité par Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle*, p. 101
- MACKAAY (E.), « Le marché du logiciel-licence ou vente? », *Cahiers des propriétés intellectuelles*, n° 6, 1993/1994, pp. 401-416
- MANARA (C.), « un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », *Dalloz*, 2003, n° 35 (note under T.I. Strasbourg, 24 juillet 2002)
- MASSE (C.), « La publicité trompeuse dans le commerce électronique », (2000), *Juriscom*.
- MENAIS (A.), « l'archivage électronique : oui mais pas n'importe comment! », *Juriscom*, 1999, [En ligne]
[<http://www.juriscom.net/pro/1/arch19990201.htm>]
- NIELSEN (J.), *Writing for the Web*, [En ligne],
[<http://www.sun.com/980713/webwriting/>]
- PASSA (J.), « Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs », *LPA*, n° 27, 2004, p. 35

- PRUJINER (A.), « Dell Computer Corp. c/. Union des consommateurs », *Revue de l'arbitrage*, n° 3, 2007, pp.596-597
- RAJANI (R.) & ROSENBERG (D.) « Usable?...Or Not?...Factors Affecting the Usability of Web Sites », *CMC Magazine*, 1999, [En ligne], [<http://www.december.com/cmc/mag/1999/jan/rakros.html>]
- ROTTIER (B.), « L'archivage des documents sous forme électronique : aspects pratiques et légaux », *Congrès annuel du Barreau du Québec*, 1997, p. 1
- SOLIS (M. A.) et LAPOINTE (S.), «Réflexions sur l'application des garanties aux logiciels en droit civil québécois », *Revue du Barreau*, Tome 59, n° 2, pp. 406-407
- TANGUAY (C.), « Information, Publicité et Méthodes de vente », dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Yvon Blais, Montréal, 2005, pp. 81-87
- VAN OVERMEIRE (X.), « Le monde virtuel met au défi les législateurs : la problématique de la loi applicable dans le cyberspace », *Lex Electronica*, vol. 13, n°1, 2008
- VERMEYS (N.), « Le poids des virgules - Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », *Revue du Barreau*, Tome 66, 2006, p. 299

4) Jurisprudence

- *Aetna Life Insurance Company c. Brodie*, [1879] 5 R. C. S
- *America Online, Inc. c. Superior Court*, 108 Cal. Rptr. 2d 699 (Cal. App. 1 Dist., 2001); *State by Humphrey c. Granite gate resorts, Inc.*, 1996 WI 767431 (Minn. Dist.Ct., 1996)
- *Belisle National Leasing c. Bertrand*, RJQ, 1991
- *Caisse populaire St-Étienne de Montréal c. Péloquin*, REJB 1998-09626, J.E. 98-1872 (C.Q. Petites créances)
- *Caisses Enregistreuses Ltée c. Majianesi Giovanni*, (1977) C.A.
- *Cass. Civ.*, 1^{ère} chambre civile, 1995, Bulletin 1995 I, n° 303 p. 212, [En ligne] [<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007035079&dateTexte=>]

- *Chrétien c. Longue Pointe Chrysler Plymouth Itée* (REJB) 2000- 19318
- *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34
- *G.M.A.C. c. Beaudry*, [1977] C.S. 1017
- *Garcia Transport Itée c. Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499
- *Informatique L.G.A. Inc. c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée*, [1991] R.J.Q. 1767 (C.Q.)
- *Lieschke, Jackson & Simon v. Realnetworks Inc*, 2000 WL 631341 (U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, May 11th, 2000)
- *Métayer c. Volkswagen Canada Inc.*, C.P. Montréal, n° 500-02-051322-803, 15 mars 1982
- *Olier, Grisé & Cie Ltée c. Équipements de bureau Maskoutan Inc.* [1985] C.S. 680-683
- *Paquette c. Crédit Ford du Canada Itée*, [1989] R.J.Q. 2153 (C.A.)
- *R. c. Integrity Group*, (1997) 73 C.P.R. (3d) 525 (Alta. Q. B.)
- *Rémillard c. 9085-9638 Québec inc.*, REJB 2001-29551 (C.Q.)
- *Robert c. Campi Ford inc.*, C.P. (p.c.) Beauharnois (Salaberry-de-Valleyfield) 760-32-000462-588
- *St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp.*, C.A. Montréal, J.E. 82-654
- *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, (1994) 1. R.C.S. 878
- *TI Strasbourg*, 24 juillet 2002, *Mr Thierry P. c. Sté Net Business Planet Discount*
- *Trans-Canada Crédit Corp. c. Lafrenière*, [1982] C.P. 247
- *Tribunal de grande instance de Nanterre 1ère chambre A Jugement du 2 juin 2004, UFC Que Choisir / AOL Bertelsmann Online France*, [En ligne] http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1211
- *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*, J.E. 94-1910 (C.Q.)