

6-1-2017

L'offre en ligne des sites les plus utilisés par les adultes Québécois: prix erronés, Web 2.0 et règlement des différends

Serge Kablan

Édouard Onguéné Onana

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/cjlt>

Recommended Citation

Serge Kablan and Édouard Onguéné Onana, "L'offre en ligne des sites les plus utilisés par les adultes Québécois: prix erronés, Web 2.0 et règlement des différends" (2017) 15:2 CJLT.

This Article is brought to you for free and open access by the Journals at Schulich Law Scholars. It has been accepted for inclusion in Canadian Journal of Law and Technology by an authorized editor of Schulich Law Scholars. For more information, please contact hannah.steeves@dal.ca.

L'offre en ligne des sites les plus utilisés par les adultes québécois : prix erronés, Web 2.0 et règlement des différends

Serge Kablan* & Édouard Onguéné Onana**

Résumé :

Cet article explore la question de l'offre formulée en ligne. Les auteurs analysent quelques-unes des clauses contractuelles de cinq sites Web parmi les plus utilisés par les adultes québécois selon le palmarès 2014-2015 de l'indice du commerce électronique au Québec (ICEQ). Ils constatent que si le droit réglementant ce type d'offres est resté globalement le même que celui applicable au contrat traditionnel, sa mise en œuvre est pour l'instant quelque peu désordonnée, déjà dès la qualification juridique de l'offre. Les clauses de gestion des erreurs dans les prix affichés sont aussi diversement appréciées par les tribunaux, laissant deux issues à la question : soit une évolution des règles dans le sens que semble privilégier une partie de la jurisprudence ; soit un retour aux sources, une application franche, plus homogène des règles classiques et des concepts dont celles-ci sont chargées. Quant au reste, notamment les clauses qui gèrent les fonctionnalités du Web 2.0 désormais intégrées au modèle d'affaire traditionnel des cybercommerçants, et les clauses concernant le règlement des différends, leur formulation emporte tantôt des enjeux possiblement insoupçonnés, tantôt un écart par rapport aux règles en vigueur, écart qu'il faut naturellement colmater. Il y va de la stabilité des rapports de cyberconsommation.

Table des matières

Introduction

1. Les aspects formels des propositions émanant du palmarès
 - 1.1 La structure des propositions
 - 1.2 La nature juridique des propositions : entre offre et invitation à contracter
 - 1.3 Les modalités de divulgation
2. Les clauses de gestion des erreurs de prix et la division de la jurisprudence
 - 2.1 La jurisprudence majoritaire favorable au cyberconsommateur
 - 2.2 La jurisprudence minoritaire pondérée
3. L'enjeu des clauses du Web 2.0
4. Les clauses relatives au règlement des différends
 - 4.1 Les clauses relatives au droit applicable
 - 4.2 Les clauses relatives à la juridiction compétente

Conclusion

* Professeur de droit, FSA, Université Laval (serge.kablan@fsa.ulaval.ca).

** Docteur en droit, chercheur : CREDIMI, CNRS/Université de Bourgogne ; CEDE ; HEI, Université Laval (edouardonana@gmail.com).

INTRODUCTION

Les litiges opposant cyberconsommateurs et cybercommerçants à propos des prix affichés par erreur se sont multipliés ces dernières années. Ce phénomène n'est pas exclusif à la province du Québec, ni même au Canada.¹ Ce n'est pas tant que le droit n'a rien prévu dans de telles situations, voire dans les ventes en ligne en général. De fait, la majorité des auteurs a affirmé que rien n'élimine ces ventes du champ de la théorie générale des contrats. Du haut de sa chaire, le législateur s'est prononcé pour une transposition du cadre général des contrats, toutefois effectuée de façon adéquate, d'une part. Il a décidé que ce cadre législatif est susceptible de régir les transactions du cybercommerce dans la mesure où le « service Internet n'est rien d'autre qu'une nouvelle forme de support pour [les activités commerciales] ». ² Le législateur a décidé, d'autre part, que si l'application du droit classique demeure la règle et la toile de fond, l'érection d'un formalisme renouvelé peut quelquefois se révéler nécessaire. On comprend alors l'émergence, en droit positif québécois tout au moins, des dispositions s'appliquant spécifiquement aux contrats conclus à distance. Cette catégorie de contrats s'est ainsi vu consacrer une section entière dans la *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après, « LPC »).³

Ainsi saisi par ce mixage de dispositions, aucun aspect du contrat électronique de cyberconsommation ne semble donc pouvoir échapper à l'œil scrutateur du législateur, voire du juge contrôleur. Force est cependant de relever une persistance d'incertitudes qui se révèle finalement peu favorable aux parties. En effet, la jurisprudence qui doit voir à l'application de ces règles et ramener à l'ordre une pratique de cyberconsommation qui prend visiblement ses distances de ces mêmes règles, a de celles-ci une vision nettement hétérogène. Pour étayer l'enjeu en cause et, ultimement, contribuer à faire émerger la cohérence espérée en droit positif, nous proposons de revisiter le processus de formation du contrat de cyberconsommation, en nous attachant particulièrement à la question de l'offre. On peut légitimement s'interroger sur l'opportunité—ou la pertinence—et le degré d'application effective des solutions légales par la jurisprudence, ces interrogations permettant elles-mêmes de déterminer comment sauvegarder

¹ Au Canada, par exemple, la société Dell Canada commet une telle erreur en 2003, en affichant un prix de 89 dollars au lieu de 379 dollars, et un autre de 118 dollars au lieu de 549 dollars pour deux modèles d'ordinateur de poche. Elle répète cette erreur à deux reprises hors du Canada en 2009, la première fois à Taiwan, en affichant le prix d'un écran LCD de 19 pouces à 15 dollars au lieu de 148, et la deuxième fois celui d'un ordinateur portable Latitude E4300 à 562 dollars au lieu de 1850 dollars. Une autre société, Sears, affiche un prix de 12,99 dollars pour un jeu valant plus de 100 dollars le 29 janvier 2015 ; et plus tard, le 2 avril 2015, elle affiche un prix de 69,99 dollars pour un barbecue qui en valait 1119,99.

² Valérie Sédallian, *Droit de l'Internet*, Collection AUI, Paris, Netpress, 1997, à la p. 192, tel que cité dans Lionel Thoumyre, « L'échange des consentements dans le commerce électronique » (1999) 5 :1 *Lex Electronica* [Lionel Thoumyre].

³ RLRQ c P-40.1, arts. 54.1— 54.6.

efficacement les intérêts respectifs de l'offrant et de l'acceptant dans ce processus. L'analyse inférée par ces interrogations s'applique prioritairement aux éléments formels de l'offre (partie 1) et à son contenu, c'est-à-dire à la substance de la proposition de l'offrant présumé. La notion de *proposition* doit elle-même être précisée : nous y distinguons clairement deux catégories de clauses couramment soumises au consentement du consommateur dans les ventes en ligne : d'une part, les clauses particulières (c'est-à-dire, les conditions spécifiques ou les caractéristiques du produit ou du service faisant l'objet du contrat, par exemple le type de produits, la quantité, la qualité, le prix) ; d'autre part, les Conditions générales de vente / Conditions générales d'utilisation (ci-après, « CGV/CGU »).⁴ L'analyse de la substance de la proposition de l'offrant présumé visera principalement le contenu et la portée controversées des clauses de gestion des erreurs de prix (partie 2), de celles relatives au Web 2.0 (partie 3) et, enfin, des clauses de règlement des différends (partie 4).

Concrètement, nous avons choisi d'auditer cinq sites Web transactionnels canadiens et leurs documents contractuels. Il s'agit des sites des sociétés Air Canada, La Baie, Costco, Archambault et Amazon.⁵ Le choix de ces sites n'est pas aléatoire : les cinq figurent au palmarès des sites Web les plus utilisés par les adultes québécois par catégories de produits et services, selon l'indice du commerce électronique au Québec 2014-2015 (ICEQ 2014-2015).⁶ Les processus de ces sites apparaissent comme étant indicatifs des usages du domaine. Faisons

⁴ Voir section 2.1, ci-dessous. Également, Serge Kablan et Édouard Onguéné Onana, « Le rituel du contrat électronique entre mutations et orthodoxie » (2015) 46 :1 RD Ottawa 63 à la p. 69 [Kablan et Onana] ; en droit français, l'art. 25-II de la *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, JO, 22 juin 2004, 11168 (1369-1 du C. civ.) ; Forum des droits sur l'Internet, « Loi pour la confiance dans l'économie numérique — Un nouveau cadre juridique pour l'Internet », (2004) Étude du Forum des droits sur l'Internet à la p. 14.

⁵ Les documents contractuels analysés sont publiés aux adresses suivantes : Air Canada, voir < <http://www.aircanada.com/fr/about/legal/notice.html> > [*aircanada.com*] ; la Baie, voir < <http://www.labaie.com/webapp/wcs/stores/servlet/fr/thebay/content-view/TermsConditions> > [*labaie.com*] ; Costco, voir < <http://www.costco.ca/terms-and-conditions-of-use.html> > et < <http://www.costco.ca/purchase-terms.html> > [*costco.ca*] ; pour Archambault, voir : < <http://www.archambault.ca/faq-achfaq100-fr-ct#S111Q70138> > [*archambault.ca*] ; Amazon, voir < http://www.amazon.ca/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=918816 > [*amazon.ca*] (date d'accès : 22/01/2016). Ces documents ne prévoient aucune numérotation des clauses qui les constituent, ce qui rend difficile les renvois lors de l'analyse. Le cas échéant, nous nous y référons en référant le lecteur à l'adresse principale du cybercommerçant (par exemple, *amazon.ca*).

⁶ Six catégories sont concernées : Mode et accessoires ; Électronique ; Musique, films et jeux vidéo ; Livres, revues et journaux ; Décoration/maison ; Voyages et transport. Voir Centre facilitant la recherche et l'innovation dans les organisations (CEFRIO), *Indice du commerce électronique au Québec (ICEQ) - 2014-2015 - Synthèse des résultats*, mars 2015, en ligne : < http://www.cefrio.qc.ca/media/uploader/CEFRIO_ICEQ2014-2015-10mois-Synthesedesresultats.pdf > . Dans la suite du texte, en évoquant le palmarès 2014-2015 de l'ICEQ, nous référons aux cinq sites Web analysés.

déjà la mise en garde suivante : d'abord, pour l'ensemble de ces sites Web, nous avons davantage considéré les versions canadiennes, par simple commodité, indépendamment des versions visées par l'ICEQ. Ensuite, de par sa nature immatérielle, le cyberspace impose un franchissement des bornes puériles établies par le droit traditionnel, qui demeure attaché au monde physique. Puisque le commerce électronique transcende facilement les frontières, il est difficile de confiner son examen à un seul ordre juridique. On ne s'étonnera pas alors de l'emprunt, occasionnel toutefois, de raisonnements propres à des ordres juridiques autres que le Québec, notamment la France. Enfin, nous n'établissons pas de liens systématiques entre les clauses que nous avons choisi d'analyser. Les clauses relatives au Web 2.0, en particulier, peuvent paraître distantes de celles concernant la gestion des erreurs de prix, voire le règlement des différends. Mais comme elles, les clauses du Web 2.0 relèvent de l'offre du commerçant et c'est à ce titre que nous les aborderons.

1. LES ASPECTS FORMELS DES PROPOSITIONS ÉMANANT DU PALMARÉS

Un premier constat concerne la structure des propositions analysées. Cette structure est plutôt commune (1.1). Il naît, ensuite, la question de la nature juridique de ces propositions, avec l'optique de déterminer si elles constituent des offres véritables ou si elles sont simplement des invitations à contracter (1.2). De cette qualification dépend, notamment, la manière de dévoiler ces propositions, et de les faire connaître au cyberconsommateur (1.3).

1.1 La structure des propositions

La configuration des propositions du palmarès de l'ICEQ 2014-2015 est globalement conforme au portrait qu'ont dressé les auteurs Ronald J Mann et Travis Siebeneicher dans leur enquête de 2008 analysant les pratiques contractuelles des 500 plus importants détaillants sur Internet.⁷ On distingue, en effet, trois séries de clauses dans les CGV/CGU du palmarès (hormis les clauses particulières au bien/service proposé, dont la structure n'appelle pas de commentaires spéciaux). Les clauses générales étudiées permettent de couvrir l'ensemble du processus contractuel électronique, c'est-à-dire les phases précontractuelle, contractuelle et postérieure à la formation du contrat : les clauses relatives à l'utilisation du site Web sont d'abord énoncées ; viennent, ensuite, les clauses concernant la formation et l'exécution du contrat ; enfin, les clauses relatives au règlement des différends.

Les clauses concernant l'utilisation du site Web

En général, les clauses concernant l'utilisation du site Web sont numériquement les plus importantes. Elles couvrent, premièrement, la conduite

⁷ Ronald J Mann et Travis Siebeneicher, « Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting » (2008) 108 Colum. L. Rev. 984 à la p. 998 [Mann et Siebeneicher].

en ligne. À cet égard, les cybercommerçants s'emploient à décrire, de manière très détaillée, les restrictions, autorisations et accès accordés aux internautes relativement à leur site Web. D'emblée, il est précisé que ces sites et les documents contractuels analysés s'adressent à des usagers d'un certain profil, notamment des résidents canadiens (dans le cas de *costco.ca*), qui y accèdent à partir du Canada (dans le cas de *archambault.ca* ou de *costco.ca*) et sont âgés d'au moins 18 ans (dans les cas de *aircanada.ca*, *labaie.com* et *costco.ca*) ou d'au moins 13 ans, lorsqu'il s'agit de proposer du contenu directement ou par l'intermédiaire du site Web (notamment, *labaie.com*).

D'une manière uniforme, les CGV/CGU du palmarès n'autorisent qu'une « utilisation personnelle et non commerciale » de leurs sites, qu'il s'agisse de vérifier la disponibilité des biens ou des services ou de faire des achats. Les contrats qui sont conclus dans ce contexte sont ainsi envisagés avec des cyberconsommateurs, les cybercommerçants se soumettant possiblement aux dispositions impératives comme celles introduites par la LPC et applicables aux contrats conclus à distance. Par ailleurs, les clauses organisant la conduite en ligne sont parfois complétées, comme dans le cas de *aircanada.ca* et de *costco.ca*, par une série de « déclarations et garanties » soit, des engagements que doit prendre le consommateur au moment d'accéder ou d'utiliser leurs sites Web. On retrouve, entre autres engagements, celui de conclure le contrat d'utilisation en étant capable juridiquement ; de ne violer aucune obligation, aucune loi ni aucun règlement, notamment les règlements d'une commission des valeurs mobilières telle que la *Securities and Exchange Commission* des États-Unis, l'*American Stock Exchange* ou le *Nasdaq* ; de soumettre des renseignements qui sont exacts, véridiques, etc. S'ils adoptent visiblement les fonctionnalités du Web 2.0, les cybercommerçants paraissent vouloir baliser strictement les contributions attendues des cyberconsommateurs. Toutes les CGV/CGU examinées prévoient ainsi des clauses applicables aux critiques, évaluations, commentaires et autres contenus que le cyberconsommateur pourrait soumettre par l'intermédiaire des sites Web visés. Ces clauses gèrent principalement deux aspects : d'une part, l'éthique qui gouverne ces contributions, y compris les sanctions envisageables ; d'autre part, leur propriété, dès lors qu'elles ont été soumises et sont entre les mains du cybercommerçant.

Le deuxième type de clauses, relatives à l'utilisation des sites Web, évoque cette même notion de propriété, mais elles ont une portée qui s'étend au-delà des contributions éventuelles du consommateur. Elles concernent la propriété intellectuelle du contenu intégral des sites. Il est précisément question des éléments textuels et graphiques, des noms, voire de certains « mots », des adresses électroniques utilisées, des ressources audio-visuelles publiées, du code source des pages Web, des scripts, logiciels, des compilations de données, etc. À l'égard de ces éléments, les cybercommerçants affirment unanimement détenir une protection accordée par les lois canadiennes et internationales applicables notamment au droit d'auteur, aux marques de commerce et aux secrets commerciaux. Il n'est accordé au cyberconsommateur qu'une « autorisation

limitée, non-exclusive, non transférable, et sans droit d'accorder de sous-licence » relativement au contenu intégral, une formule utilisée dans les CGV/CGU de *amazon.ca* et dont les autres cybercommerçants endossent la substance.

Le troisième type de clauses évoque les considérations liées à la sécurité en ligne et à la protection de la vie privée. Les CGV/CGU prévoient, notamment, certaines obligations à la charge du consommateur, par exemple de veiller à la confidentialité de son compte et de son mot de passe, de limiter l'accès à son ordinateur (*amazon.ca* et *costco.ca*) ou de ne pas violer ou tenter de violer la sécurité du site Web (*labaie.com*). D'autres obligations relèvent du cybercommerçant lui-même : en général, ce dernier s'engage à respecter le droit du consommateur à la protection de ses renseignements personnels, ce qui implique, au-delà des déclarations et des engagements qu'il prend, la mise en œuvre de plusieurs mesures techniques. Par exemple, *archambault.ca* déclare utiliser dans les activités commerciales menées par l'intermédiaire de son site Web, « la plus récente technologie de transmission des informations (« *Secure Socket Layers* » (SSL encryptions 128 bits)), qui rend leur transmission hautement sécuritaire car utilisée par les grandes banques Canadiennes ». L'ensemble de ces obligations est formulé dans une annexe (que le commerçant intitule tantôt « Politique sur la protection des renseignements personnels », tantôt « Politique de confidentialité », « Déclaration de confidentialité », voire « Politique sur la protection des renseignements personnels »), annexe à laquelle les sites ou les CGV/CGU renvoient grâce à un lien hypertexte.

En quatrième lieu, sont énoncées les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité. Elles indiquent classiquement que le cyberconsommateur accède aux divers contenus mis en ligne à ses « risques et périls » et sans garantie explicite ou implicite, son unique recours « en cas de problème » (selon la formulation retenue par *labaie.com*) étant de cesser l'utilisation du site. L'exonération de responsabilité du cybercommerçant est stipulée à l'égard de nombre de situations ; mais celles qui reviennent fréquemment ont trait aux erreurs ou aux inexactitudes pouvant affecter l'information publiée et aux dommages que peuvent causer les virus informatiques. Cet argument est d'ailleurs le plus souvent évoqué en cas de litige avec les cyberconsommateurs, portant notamment sur le prix, lorsque celui affiché en est un erroné. Quand la responsabilité est limitée, les CGV/CGU précisent les montants applicables. Par exemple, *costco.ca* fixe à 5 \$ ou au montant versé par le consommateur (si cette somme est inférieure) l'indemnisation maximale qu'elle s'engage à supporter au titre de la responsabilité globale découlant de l'utilisation de son site Web. Mais qu'il s'agisse de limitation ou d'exonération de responsabilité, toutes les CGV/CGU ont en commun d'énoncer les clauses applicables dans la « pleine mesure permise par la loi » (sauf le cas de *labaie.com* où cette section des CGV/CGU ne réfère pas expressément à la loi).

Viennent, enfin, les clauses d'acceptation et celles de révision des CGV/CGU. Les premières sont relativement brèves : tous les sites étudiés adoptent, en effet, le rituel du Browsewrap,⁸ précisant que l'acceptation de leurs CGV/CGU découle

de l'accès et/ou l'utilisation des sites concernés. Quant à elles, les clauses de révision formulent une prérogative relativement étendue en faveur du cybercommerçant, c'est-à-dire, comme stipulé dans le cas de *aircanada.ca*, « le droit de modifier en tout temps le [...] contrat ainsi que les produits ou services proposés ou mentionnés sur son site Web, à son seul gré, sans aucun préavis et sans engager sa responsabilité ». Certains (notamment, *labaie.com* et *costco.ca*) complètent ces stipulations en prévoyant que, lorsque les CGV/CGU sont modifiées, le cyberconsommateur accepte les nouvelles conditions dès qu'il continue d'utiliser le site du cybercommerçant après l'affichage de ces conditions.

Les clauses concernant la formation et l'exécution du contrat

Les clauses concernant la formation du contrat en ligne, qui constituent la seconde partie des CGV/CGU, définissent les modalités des achats effectués à partir des sites Web. On se serait attendu à des dispositions ou des têtes de chapitre renvoyant expressément aux opérations classiques de l'échange de consentement, c'est-à-dire l'offre et l'acceptation, mais les CGV/CGU analysées n'y voient pas directement. Elles n'en évoquent pas moins plusieurs des composantes essentielles quand elles choisissent de gérer les trois éléments suivants : de première part, l'opposabilité de l'information publiée sur le site Web, savoir, en particulier, si les prix annoncés (voire, la description des biens ou des services) sont contraignants pour le cybercommerçant ou si ce dernier peut s'en dégager en cas d'erreur ou d'inexactitude (ravivant du même souffle le débat sur la nature de l'information, entre offre et invitation à contracter) ; de seconde part, les commandes soumises par le cyberconsommateur et leur traitement; de troisième part, l'exécution du contrat, c'est-à-dire les modalités de paiement, en ce qui concerne les obligations du cyberconsommateur et, pour le vendeur, la livraison et le remboursement en cas de retour des biens.

Les clauses de règlement des différends

La dernière section des CGV/CGU énonce les dispositions consacrées au règlement des différends. Y sont notamment précisés, le lieu (c'est-à-dire la province ou le pays) où les CGV/CGU sont « réputées » avoir été acceptées, les lois qui les régissent (parfois aussi celles qui ne s'appliquent pas, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, expressément écartée par *labaie.com*), tout comme les tribunaux (judiciaires ou arbitraux) compétents pour connaître des litiges éventuels. Certains cybercommerçants (*amazon.ca* et *costco.ca*, entre autres) exceptent le cas du « consommateur du Québec » lorsque les lois ou les autorités du Québec ne sont pas directement désignées comme celles habilitées. D'autres (par exemple, *aircanada.ca* et *labaie.com*) ont des dispositions qui engagent d'avance le cyberconsommateur à « assumer la défense et [à] indemniser » le cybercommerçant des réclamations, poursuites, actions en justice, procédures,

⁸ Voir à ce sujet Kablan et Onana, *supra* note 4 aux pp. 86 et seq.

obligations, dommages, etc. Des clauses de renonciation aux recours collectifs et aux procès devant jury sont enfin prévues, particulièrement par *amazon.ca*.

Naturellement, ces clauses soulèvent de multiples préoccupations de fond, que le forum de notre étude ne permet pas de couvrir de façon exhaustive. Quelques-unes seulement seront discutées plus loin. Pour l'heure, il nous faut cerner la nature juridique de ces propositions et considérer leurs modalités de divulgation. Nous gardons à l'esprit l'objectif de départ qui est d'apprécier l'application du cadre réglementaire actuel, de scruter la conformité des pratiques de cyberconsommation par rapport aux règles en vigueur.

1.2 La nature juridique des propositions : entre offre et invitation à contracter

L'art. 54.1 al. 1 LPC prévoit qu'il est question de *contrat conclu à distance* lorsque les parties (c'est-à-dire le commerçant et le consommateur) ne sont pas l'une en présence de l'autre au moment où le contrat est formé. De plus, le contrat doit être précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat. Le commerçant dont le contrat remplit ces deux conditions initiales, a l'obligation de se conformer à l'ensemble des formalités des étapes précontractuelle, contractuelle et post-formation prévues aux articles 54.3 et suivants de cette loi. Pour échapper à ces formalités, le commerçant voudra éventuellement démontrer que le contrat manque de remplir au moins l'une des conditions initiales, en particulier l'exigence de l'offre,⁹ alors même qu'il peut rarement échapper à la première : en effet, elle est irrémédiablement satisfaite dès que le commerçant vend habituellement ou entend vendre en ligne. En somme, la défense du cybercommerçant pourrait se résumer en deux points : il n'a soumis aucune offre d'une part, et sa proposition n'est qu'une invitation à contracter ou à entrer en pourparlers et elle ne saurait le lier, d'autre part. Il s'agirait, pour lui, de se réserver l'option de refuser les commandes qui lui seraient incongrues parce que affligées d'erreurs.

Toutefois, l'art. 54.1 al. 2 LPC est clair :

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

D'une part, la Cour d'appel du Québec¹⁰ explique dans *Lloyd's of London, Simon Philip Cooper Syndicat 590 c. Pêcheries Nicol Desbois Inc.* que pour mettre

⁹ *Ndayizeye c. 4253159 Canada inc. (Chauffage climatisation Lalonde)*, 2013 QCCQ 10442 (C. Q. civ. (div. pet. cré.)).

¹⁰ *Lloyd's of London, Simon Philip Cooper Syndicat 590 c. Pêcheries Nicol Desbois Inc.*, 2004 CarswellQue 173, (sub nom. *Pêcheries Nicol Desbois inc. c. Québec (Procureur général)*) (C.A. Qué.). Le juge Forget précise : « Il n'existe pas de règle similaire à ma connaissance pour interpréter les mots « réputé » ou « deemed » dans les lois fédérales ». Pour une

fin à l'incertitude qui entourait l'usage du mot « réputé », le législateur québécois a introduit l'art. 2847 C.c.Q. selon lequel la présomption légale concernant des faits *présumés* est simple, alors que celle qui concerne des faits *réputés* est absolue. La première présomption peut être repoussée par une preuve contraire, mais aucune preuve ne peut être opposée à des faits réputés. L'art. 54.1 al. 2 LPC relève de cette seconde hypothèse, c'est-à-dire que l'existence de l'offre est irréfutable dès que la proposition du cybercommerçant comporte tous les éléments essentiels du contrat projeté. Dans ce cas, celui-ci est irrémédiablement le pollicitant.

D'autre part, ce critère des *éléments essentiels* n'est pas de droit nouveau, ni spécifique au contrat conclu à distance, comme il ressort des travaux parlementaires relatifs au Projet de loi no 48.¹¹ C'est un critère emprunté au Code civil, précisément à l'art. 1388 en vertu duquel :

Est une offre de contracter, *la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé* et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation [nos italiques].

Il n'y a donc pas d'échappatoire : l'interprétation de l'art. 54.1 al. 2 LPC relève du droit commun. C'est d'ailleurs l'approche qu'a suivie la Cour d'appel du Québec dans la décision qu'elle a rendue en 2014 dans *Ifergan c. Société des loteries du Québec*.¹² Dans cette affaire, l'appelant avait acheté chez un détaillant autorisé de la Société des loteries du Québec (Loto-Québec) deux billets de loterie pour le tirage du jour, le 23 mai 2008. Selon la publicité de l'intimé, les billets devaient être enregistrés dans l'ordinateur central de Loto-Québec avant 21h00 pour pouvoir participer au tirage. Il est 20h59 quand le détaillant enregistre l'information requise dans le terminal de Loto-Québec. La machine émet un premier billet avec la date de tirage du 23 mai 2008. À 21h00:07, l'ordinateur central de Loto-Québec enregistre le second billet, qui sort du terminal avec la date du prochain tirage, le 30 mai. L'appelant décide de garder ce billet malgré la différence de date. Lorsque le tirage du 23 mai a lieu, avec un lot qui s'élève à 27 millions de dollars, l'appelant constate que les numéros gagnants sont les numéros inscrits sur son deuxième billet, celui du tirage du 30 mai. Il réclame sa part du lot en plaidant que la publicité de Loto-Québec concernant les billets de loterie constitue une offre au sens de l'art. 1388 C.c.Q. Pour lui, son acceptation de cette offre suffit à former le contrat et cette acceptation s'est matérialisée

application de l'art. 2847 C.c.Q en matière de consommation, voir : *General Motors Acceptance Corporation du Canada ltée c. Audit*, 2009 QCCQ 5335 (C.Q. civ.).

¹¹ Voir : Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 48 — Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances » dans *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 39, no 35 (5 décembre 2006) [Commission permanente des institutions, « Étude du projet de loi no 48 »] (André Allard).

¹² 2014 QCCA 1114 (C.A. Que.) ; requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême, 2015 CarswellQue 36, 2015 CarswellQue 37 (C.S.C.).

avant 21h le 23 mai, au moment où le détaillant a enregistré sa commande dans le terminal de Loto-Québec.

La première juge rejette cette interprétation, en expliquant que la publicité de Loto-Québec ne comprend pas les *éléments essentiels* de l'offre comme l'exige l'art. 1388 C.c.Q. Elle constitue, au mieux, une invitation à contracter adressée aux consommateurs. L'offre viendrait davantage de ces derniers, par leur sélection des combinaisons, leur choix des sommes à miser et de la date des tirages auxquels ils souhaitent participer.¹³

La Cour d'appel a une conclusion quelque peu différente en la matière. D'abord, elle affirme qu'en l'espèce, le contrat est certes un contrat d'adhésion et de consommation, mais il faut également l'envisager dans la sphère des contrats conclus à distance au sens de l'art. 54.1 LPC. Remarquons cependant, sur ce point précis, que selon l'art. 6.1 g) du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*,¹⁴ la section I.1 du chapitre III du Titre I de la LPC (c'est-à-dire, les articles 54.1 et s. relatifs au contrat conclu à distance) ne s'applique pas « au contrat de vente d'un billet de loterie par une personne légalement autorisée », en l'occurrence Loto-Québec. La Cour poursuit néanmoins en précisant que, comme ce type de contrats (le contrat conclu à distance) suppose une offre de la part du commerçant, qui existe si tous les *éléments essentiels* du contrat envisagé sont présents, la définition de ce que sont ces *éléments essentiels* est inévitable. Pour y voir, la Cour ne distingue pas l'angle du C.c.Q. (plus précisément l'art. 1388 C.c.Q.) de celui de l'art. 54.1 LPC. Elle s'appuie indifféremment sur les préceptes doctrinaux classiques, de Lluellas et Moore notamment, sur le fait que les *éléments essentiels* doivent être déterminés ou au moins déterminables pour que l'offre soit valide.¹⁵ Mais surtout, la Cour se réfère à un vieil arrêt de 1931, l'une des « décisions-phares » à ce propos, selon elle.¹⁶ Au cœur des débats de l'instance, une publicité par catalogue qu'il fallait apprécier à l'aune de la définition de l'offre. L'analyse a fait ressortir les quatre constituantes des *éléments essentiels* de l'offre, qui sont l'objet, le prix, le mode de paiement et le mode d'expédition.¹⁷ Il convient de citer la Cour pour bien rendre compte du propos :

¹³ *Ifergan c. Société des loteries du Québec*, 2012 QCCS 5600 (C.S. Qc.) [*Ifergan*]

¹⁴ RLRQ c. P-40.1, r. 3.

¹⁵ Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Thémis, 2012, à la p. 154, au para. 275, tel que cité dans *Ifergan*, *supra* note 13, au para. 18.

¹⁶ *Association pharmaceutique de la province de Québec c. T. Eaton Co.*, [1931] J.Q. 27 (B.R. Que.) au para. 29 [*Association pharmaceutique de la province de Québec*].

¹⁷ Dans le même sens, voir *Gasse c. Flash Décor enr.*, 2008 QCCQ 13328 (C.Q. civ.). Définissant la notion de « stipulations essentielles » utilisée à l'art. 1379 C.c.Q. à l'égard des contrats d'adhésion, certains auteurs font remarquer que la notion vise autant les éléments essentiels au type de contrat en cause que « les éléments importants dans le consentement de l'adhérent ». Voir Brigitte Lefebvre, « Le contrat d'adhésion » (2003) 105 R. du N. 441 à la p. 446.

Ce catalogue contient tous les éléments dans lesquels se concrétise le consentement des parties dans un contrat de vente : description complète de l'objet, prix, mode de paiement et d'expédition de la marchandise. Il ne reste à l'acheteur qu'à déterminer dans son acceptation les quantités, et le prix se trouve par là même fixé¹⁸ [soulignement de la Cour].

Dans l'affaire *Ifergan* étudiée, la Cour d'appel a jugé que la publicité de Loto-Québec comprenait tous ces éléments essentiels à la formation du contrat ; ceux-ci étaient déterminés ou déterminables, de sorte que cette publicité constituait une véritable offre qui, si elle est acceptée par le consommateur, forme le contrat.¹⁹

Ce raisonnement, qui est basé sur la présence des *éléments essentiels*,²⁰ n'est pas unanimement suivi. Du moins, une argumentation parallèle paraît se développer, éloignée de la présomption de l'art. 54.1 LPC. Cette argumentation est notamment utilisée dans l'arrêt *Dumont c. Sears Canada Inc.*²¹ et soumet qu'il faille distinguer entre les situations dites de « pull media » et de « push media » pour décider à quel moment il y a offre de contracter. Voici comment la Cour du Québec explique le *pull media* dans l'instance :

[C]e sont les demanderessees qui se sont rendues sur le site de la défenderesse, et ce, sans qu'elles aient été sollicitées par celle-ci. [. . .] Ainsi, les informations contenues sur le site Internet de la défenderesse ne constituaient pas une offre de contracter au sens de l'article 1388 du *Code civil du Québec*.²²

¹⁸ *Association pharmaceutique de la province de Québec, supra* note 16, au para. 8, tel que cité dans *Ifergan, supra* note 13, au para. 29.

¹⁹ La Cour affirme précisément : « Le prix de la mise est fixe et annoncé comme tel. Il reste au participant à choisir la quantité de mises qu'il désire acheter. Le raisonnement est le même pour la combinaison : le participant choisit la combinaison (soit en déterminant les chiffres manuellement, soit en choisissant la mise-éclair), et l'ordinateur génère le billet correspondant. Finalement, quant à la date de tirage, elle n'est pas à la discrétion du participant (qui ne peut pas « sauter » un tirage), elle est déterminée automatiquement par l'intimée. Tous les éléments nécessaires à la formation du contrat sont déterminés ou déterminables : aucune négociation n'est nécessaire ». *Ifergan, supra* note 13, au para. 34. L'appel n'est pas accueilli pour autant. La Cour tient compte du *Règlement sur les concours de pronostics et les jeux sur numéros* pour déterminer à quel moment le contrat est formé, c'est-à-dire si, à la lumière de ce règlement (perçu comme une législation particulière, qui module les règles applicables à la formation du contrat de jeu parce qu'elle est une matière d'intérêt public), le contrat est formé au moment où l'information est entrée dans le terminal de Loto-Québec ou lorsqu'elle est enregistrée à son ordinateur central. La seconde option est clairement privilégiée, compte tenu du règlement et des impératifs d'intégrité et d'équité qui ont guidé sa rédaction. L'appel est par conséquent rejeté.

²⁰ Dans le même sens, voir : *Bouchard c. Société des loteries du Québec*, 2014 QCCS 3229 (C.S. Qc.).

²¹ 2015 QCCQ 13883 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Dumont*].

²² *Ibid* aux para. 27-29 ; la Cour cite : Jean-Claude Hallouin et Hervé Causse, *Le contrat*

Dans la construction de la Cour du Québec, le cyberconsommateur (par sa commande) doit être considéré comme l'offrant tant que le cybercommerçant ne l'a pas sollicité en poussant l'information vers lui (situation de *push media*). L'arrêt *Therrien c. Sears Canada Inc.* va dans le même sens, en indiquant qu'« [e]n plus des éléments traditionnels de l'offre de contracter énoncés au *Code civil du Québec*, la doctrine reconnaît que l'offre possède certains attributs propres au commerce électronique ». ²³ L'arrêt *Faucher c. Costco Wholesale Canada Ltd.* adhère à cette vision ²⁴ qui, en pratique, étouffe la présomption de l'art. 54.1 LPC. Mais il y a plus.

Cette affaire *Costco* concerne les CGV/CGU de *costco.ca* précitées. ²⁵ L'analyse de la Cour du Québec sur ce point a deux volets (lesquels, à vrai dire, s'interpénètrent) : elle est d'abord menée à la lumière de l'art. 1388 C.c.Q ; ensuite, selon l'art. 54.1 LPC, en élaborant essentiellement sur la distinction *push media—pull media*. Certes, l'art. 1388 exige en plus des éléments essentiels du contrat envisagé, l'intention de l'offrant d'être lié en cas d'acceptation. Le premier volet de l'analyse de la Cour est focalisé sur cette intention et aboutit à la conclusion que :

Costco a expressément indiqué [dans ses CGV/CGU] sa volonté de ne pas être liée en cas d'acceptation de l'annonce. Les informations contenues dans le site internet ne constituent donc pas une offre de contracter au sens de l'article 1388 du *Code civil du Québec*. ²⁶

Or, en mettant immédiatement la LPC en perspective, on s'aperçoit que l'art. 54.1 al. 2 LPC neutralise ce défaut de volonté dans le cas des contrats de consommation conclus à distance. Qu'il nous soit permis de citer à nouveau cette disposition : « Le commerçant est réputé faire une offre de conclure le contrat dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, *qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire* » [nos italiques]. En toute déférence, il nous semble ainsi que le premier volet de l'examen aurait davantage dû concerner et être circonscrit aux *éléments essentiels* du contrat envisagé, un peu comme l'a proposé la Cour d'appel dans *Ifergan*.

Le contexte serait dès lors celui d'une offre par la voie publique, dite à « personne indéterminée », ²⁷ c'est-à-dire une proposition faite à X, quel qu'il soit, sous réserve que ce dernier satisfasse les conditions qu'exige l'offre. Ce régime ne diffère pas du droit français, où l'on soutient depuis longtemps, par exemple,

électronique : au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ? Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

²³ 2015 QCCQ 13168, au para. 18 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

²⁴ 2015 QCCQ 3366 [*Costco*] (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

²⁵ *Supra* note 5.

²⁶ *Costco*, *supra* note 24.

²⁷ Art. 1390 C.c.Q.

qu'une « offre envoyée par courrier électronique à un nombre important de personnes pourra être considérée comme publique [. . .] dès lors que l'offrant ne s'adresse pas nominativement à chacun des bénéficiaires ». ²⁸ En droite ligne de cela, une offre peut être considérée publique lorsqu'elle est affichée sur des pages Web et des forums de discussion. Le contrat qui s'ensuivra sera conclu avec le premier acceptant, comme l'a depuis établi la Cour de cassation, en des termes plutôt univoques : « l'offre au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée ». ²⁹

Revenant sur le distinguo *push media* — *pull media* (second volet de l'analyse dans *Costco*) et sur l'idée suggérant de dépasser le critère traditionnel des éléments essentiels, il y a lieu de citer à nouveau les travaux parlementaires pour rappeler le contexte de l'art. 54.1 LPC et l'objectif que poursuivait le législateur québécois quand il l'a adopté. On n'y relève aucun indice d'un tel dépassement :

En fait, ce qu'il était important de corriger comme situation, c'étaient de nouvelles pratiques qui tendaient à vouloir s'éloigner des règles générales de droit, particulièrement celles qui sont prescrites au Code civil et qui indiquent clairement ce qu'est une offre. *Or, ces dispositions s'appliquent à toutes les situations, qu'elles soient ou qu'elles concernent des offres de nature commerciale, ou enfin des transactions de nature purement commerciale, ou également des transactions de nature de consommation. Le droit n'est pas différent, en quelque sorte.* En fait, ces règles-là du Code civil s'appliquent à toutes les situations.

C'est-à-dire que 1388 définit ce qu'est une offre et que le fait qu'elle soit formulée... Si elle répond à la définition d'offre et qu'elle comprend tous les éléments essentiels aux contrats à venir, il suffit qu'une personne y réponde par l'affirmative pour qu'un contrat soit conclu [. . .] Et ce que cette disposition vise à corriger, c'est une utilisation qui est contraire, si vous voulez, à la logique du commerce de détail qui est, par exemple, la mention qu'on retrouve de plus en plus et qui dit : Ceci ne constitue pas une offre... [nos italiques]. ³⁰

L'incertitude que créent les hésitations de la jurisprudence dans l'application des règles classiques est soulignée avec justesse par l'Union des consommateurs dans son rapport-bilan de 2014 :

A la lecture de la jurisprudence, on constate que l'application du nouveau cadre règlementaire par les tribunaux ne se fait pas sans mal ; les décideurs hésitent entre le recours à des principes généraux de droit

²⁸ D'après A. Vialard, « L'offre publique de contrat », (1971) R.T.D civ., 753, tel que cité par Jacques Ghestin, *Les obligations - le contrat : formation*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1988 à la p. 223.

²⁹ Cass. civ. 3e, 28 novembre 1968, Bull. civ., III, n°507, à la p. 389, tel que cité par Lionel Thoumyre, *supra* note 2. L'offre peut aussi être privée, ce que le C.c.Q. désigne par offre à « personne déterminée » (art. 1390). En matière de cybercommerce, seront utilisés des instruments tels que le courriel ou l'IRC (*Internet Relay Chat*).

³⁰ Commission permanente des institutions, « Étude du projet de loi no 48 », *supra* note 11.

civil et des analogies boiteuses, ce qui n'est pas idéal pour clarifier les zones grises juridiques existant encore en la matière, ou a des distinctions difficilement justifiables qui s'appuient sur une compréhension assez approximative des nouvelles technologies et de leurs utilisations (ou utilisateurs).³¹

L'ambiguïté est tout autant sustentée par la transposition que l'on tente d'opérer de l'article 1389 C.c.Q. La disposition prévoit, entre autres, que l'offre de contracter émane de la personne qui prend l'initiative du contrat. Il a ainsi été jugé que le cyberconsommateur qui prend contact avec le cybercommerçant (par sa commande, comme ce fut le cas dans *Dumont c. Sears Canada Inc.*³²) doit être considéré comme l'offrant.³³ L'Union des consommateurs est pourtant convaincue que *prendre l'initiative du contrat* ne veut pas nécessairement dire *prendre contact*, préférant se fier au « reste de la définition du Code civil » (c'est-à-dire au contenu même de la proposition, par ailleurs rappelé à l'article 1389 C.c.Q.³⁴) pour ultimement cerner l'offre dans les contrats conclus à distance :

... peu importe, en effet, qui prend contact, celui qui déterminera le contenu du contrat ou son dernier élément essentiel sera présumé faire une offre. Il serait en effet curieux que deux contrats identiques, conclus au téléphone, soient qualifiés ou non de contrats à distance selon que le commerçant a appelé le consommateur ou le consommateur le commerçant. Cette logique trouverait sur Internet son aboutissement le plus absurde : le consommateur est en effet dans presque tous les cas celui qui choisit de « contacter » un site Internet transactionnel.³⁵

En attendant l'uniformité, le ralliement des tribunaux à l'idée que le droit commun et son interprétation des *éléments essentiels* sont en définitive seuls pertinents, excluant en conséquence tout attribut qui serait propre au commerce électronique (à moins d'une réécriture de la loi), la lettre de la LPC est claire sur le caractère cumulatif de ces éléments essentiels : la présomption irréfragable de l'art. 54.1 al. 2 n'opère, en effet, que dans la mesure où *tous* les éléments essentiels

³¹ Union des consommateurs, *La réglementation des contrats à distance : le temps d'un bilan*, Rapport final du projet présenté au Bureau de la consommation d'Industrie Canada, Montréal, Union des consommateurs, 2014 à la p. 45 [Union des consommateurs]. Le rapport critique la définition de l'offre retenue dans les arrêts *Ndayizeye c. 4253159 Canada inc. (Chauffage climatisation Lalonde)*, 2013 QCCQ 10442 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) et *Beal c. Tessier*, 2013 QCCQ 5114 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

³² *Dumont*, *supra* note 21.

³³ Voir *Beal c. Tessier*, *supra* note 31, tel que cité par Union des consommateurs, *supra* note 31.

³⁴ L'article 1389 C.c.Q. énonce précisément la règle suivante : « L'offre de contracter émane de la personne qui prend l'initiative du contrat ou qui en détermine le contenu, ou même, en certains cas, qui présente le dernier élément essentiel du contrat projeté ». Voir aussi : *Thériault c. Serdy Media inc.*, 2015 QCCQ 1737 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)); *Caisses populaire Desjardins d'Aylmer c. Roy*, 2012 QCCQ 287 (C.Q. civ.).

³⁵ Union des consommateurs, *supra* note 31 à la p. 46.

sont présents dans la proposition du cybercommerçant. L'enseignement des professeurs Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina est tout aussi limpide à ce sujet :

Si la proposition oblige la personne à qui elle est faite à une négociation, à une demande de renseignements ou de précision sur ces éléments, elle ne constitue pas une offre véritable, mais une simple invitation ; ainsi en est-il de l'offre de vendre un immeuble, mais sans en préciser le prix, de louer un local sans indication du terme du bail ou du montant du loyer. Si, dans ces hypothèses, « l'acceptant » propose un prix, c'est lui qui fait alors une offre véritable, si tant est que les autres conditions essentielles soient réunies.³⁶

Du reste, quand la qualification du contrat à distance est acquise (contrat entre commerçant et consommateur qui ne sont pas en présence l'un de l'autre au moment du contrat, et précédé d'une offre du commerçant qui existe dès que la proposition de ce dernier comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé), un certain nombre d'exigences se déploient, dont plusieurs concernent la manière de divulguer la proposition au cyberconsommateur. À cet égard aussi, les usages des cybercommerçants du palmarès de l'ICEQ 2014-2015 appellent quelques commentaires.

1.3 Les modalités de divulgation

Il est utile d'indiquer dès le départ que les renseignements exigés à l'art. 54.4 LPC³⁷ (qui se retrouvent pour la plupart dans les CGV/CGU) et, plus généralement, le contenu de la proposition de l'offrant, constituent les éléments matériels de l'opération concrète de divulgation. Ces éléments s'envisagent, entre autres, à la lumière du dernier alinéa de l'art. 54.4, qui prescrit que « [l]e 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 et les imprimer sur support papier ». On peut comprendre que l'obligation d'information et ces paramètres, qui ont déjà fait l'objet d'observations précises en doctrine,³⁸ ont ainsi pour objectif d'assurer une certaine sécurité à l'acheteur.

Toutes les CGV/CGU du palmarès de l'ICEQ 2014-2015 analysées sont accessibles dès la page d'accueil du cybercommerçant, à partir d'un lien

³⁶ Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013 au para. 176 ; tel que cité dans *Ifergan, supra* note 13, au para. 27.

³⁷ La disposition énumère douze renseignements (voir l'art. 54.4 a) à l)). En pratique, ces renseignements se retrouvent pour la plupart dans les CGV/CGU.

³⁸ Notamment, Serge Kablan et Arthur Oulaï, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : Analyse de la solution québécoise » (2009) R.D. McGill 627 aux pp. 660 et s.

hypertexte placé en pied de page. Cette manière de faire passe éventuellement le test de l'accessibilité raisonnable³⁹ tel qu'énoncé et appliqué par la Cour suprême du Canada concernant les clauses externes sous le *Code civil du Québec*.⁴⁰ Au-delà, il faut prendre en compte les balises propres à la LPC, en particulier l'art. 54.4 *in fine* signalé précédemment, qui oblige le commerçant à présenter les renseignements précontractuels de manière « évidente et intelligible » et à les « porter expressément » à la connaissance du consommateur. Non seulement la sauvegarde et l'impression des renseignements pertinents doivent-elles être réalisables et aisées, suivant cette disposition, mais la doctrine a soumis qu'une réponse appropriée au devoir d'information peut supposer, en pratique, de rendre les clauses contractuelles suffisamment manifestes pour qu'une personne raisonnable et prudente en ait une connaissance sinon réelle, du moins implicite.⁴¹

En l'espèce, à l'étape précontractuelle (c'est-à-dire avant d'amorcer le processus de commande), le cyberconsommateur cherchera longtemps sur les pages Web où sont affichées les CGV/CGU, les outils permettant de les sauvegarder ou de les imprimer. Ces pages en font absolument l'économie, dans plusieurs cas, même lors du processus de commande.⁴² Néanmoins, il faut se demander si l'omission de ces outils est fatale au cybercommerçant, c'est-à-dire si ce dernier contrevient à la loi de ce seul fait. D'abord, la lettre de l'art. 54.4 *in fine* n'évoque pas directement les outils de sauvegarde et d'impression, mais strictement l'obligation pour le commerçant, avant la conclusion du contrat, de présenter les renseignements obligatoires « de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver et les imprimer sur support papier ». Ensuite, pour se constituer une copie des CGV/CGU, le cyberconsommateur peut considérer les raccourcis-claviers « Ctrl + S » et « Ctrl + P » sans doute aussi commodes que le fait de cliquer sur une icône dédiée à la sauvegarde ou à l'impression. Or cette alternative, si le législateur l'avait effectivement en vue, trouve vite sa limite avec le commerce mobile où les équipements de télécommunication utilisés n'ont pas forcément les périphériques appropriés à ces manœuvres. Peut-être vaut-il alors la peine de dépasser la lettre de la loi. En contemplant l'esprit, l'intention du législateur, il paraît évident que l'utilisation des icônes précitées était visée, du moins dans les ventes en ligne. Considérons derechef les travaux préparatoires

³⁹ Sur les aspects juridiques de l'accessibilité en général, voir Serge Kablan, Arthur Oulaï et Emma Elliott, "Legal Aspects of Accessibility and Usability of Online Public Services in Quebec and Canada" (2015) 15:3 *Electronic Commerce Research* 387.

⁴⁰ *Dell Computer Corp c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 RCS 801 (C.S.C.) [*Dell Computer*].

⁴¹ Kablan et Onana, *supra* note 4 aux pp. 116 et s. Voir aussi Serge Kablan et Arthur Oulaï *supra* note 38 aux pp. 660 et s.

⁴² Dans le cas de *amazon.ca* par exemple, le lien hypertexte menant aux CGV apparaît au moment de finaliser la commande (en haut de la page de confirmation). En activant ce lien, la page des CGV s'affiche dans une nouvelle fenêtre, sans outils d'impression ou de sauvegarde.

relatifs à l'art. 54.4 *in fine*).⁴³ L'Union des consommateurs avait recommandé d'ajouter à la mouture initiale de la disposition le mot « aisément » pour affermir l'obligation, lui donner plein effet. L'organisme a formulé la même recommandation à propos de l'art. 54.7.⁴⁴

À la base de sa proposition, un argument d'ordre pratique :

Vous avez sûrement déjà eu l'expérience : on imprime un document puis on n'a qu'une fraction du document. Alors, le consommateur pourrait dire : Écoutez, moi, je n'ai pas été en mesure de l'imprimer. Le commerçant pourrait répondre : Bien, vous aviez juste à le saisir, à le mettre sur un document Word et là vous auriez été en mesure de l'imprimer ; alors, je me suis acquitté de mon obligation d'impression.

Donc, pour s'assurer que ce problème-là n'arrive pas, à notre avis il suffirait d'ajouter le terme « aisément ». À ce moment-là, je ne pense pas que le commerçant se serait acquitté de son obligation de permettre au consommateur d'aisément imprimer le document. *Donc, « aisément », à ce moment-là, ça ferait en sorte qu'on s'assure que le commerçant va mettre le petit (sic) icône en question dont je vous parlais et que la version qui va sortir va être une version parfaite, là, qui ne contiendra pas juste les trois quarts du document*⁴⁵ [nos italiques].

Précisons que les dispositions visées ont été amendées dans le sens des recommandations de l'Union des consommateurs.⁴⁶ On se demande alors pourquoi elles ne sont pas suivies, pourquoi les cybercommerçants ne respectent toujours pas ce standard presque dix ans après l'entrée en vigueur de la loi. D'aucuns pourraient prétendre, sans doute à raison, que l'intention du législateur exprimée par le contexte de ces modifications permettrait au cyberconsommateur d'obtenir au minimum la résolution du contrat en faisant valoir, sur le fondement de l'art. 54.8 a) LPC, que le cybercommerçant qui néglige d'afficher les icônes de sauvegarde et d'impression (de manière à lui permettre de générer une *version parfaite* des CGV/CGU, voire de l'ensemble des clauses applicables) ne divulgue pas les renseignements obligatoires conformément à l'art. 54.4 LPC.

Au demeurant, s'il est impératif de rendre les CGV/CGU (ou le contrat) suffisamment manifestes, les détaillants ne s'embarrassent pas de la numérotation des dispositions contractuelles, ni de commodités comme les

⁴³ Voir : Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 48—Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances (1) » dans *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, vol. 39, no 33 (30 novembre 2006) [Commission permanente des institutions, « Étude du projet de loi no 48 »].

⁴⁴ Selon l'art. 54.7, « Le commerçant doit transmettre au consommateur un exemplaire du contrat dans les 15 jours suivant sa conclusion de façon à garantir que le consommateur puisse aisément le conserver et l'imprimer sur support papier ».

⁴⁵ Commission permanente des institutions, « Étude du projet de loi no 48 », *supra* note 43 (Geneviève Duchesne).

⁴⁶ Commission permanente des institutions, « Étude du projet de loi no 48 », *supra* note 11.

tables des matières et autres plans qui ont l'avantage de présenter immédiatement au lecteur un aperçu de la structure du contrat, voire de son contenu. Ces éléments suggérés en rédaction contractuelle ne sont certes pas élevés au rang de contraintes légales en cyberconsommation. Ils ne contribueraient pas moins à rendre évidentes les CGV/CGU, à faciliter la prise de connaissance de contrats dont la longueur (toujours non règlementée), excède aisément les 3 500 mots dans plusieurs cas analysés (hormis les annexes), ceci incluant des paragraphes rédigés entièrement en lettres majuscules comme pour attirer l'attention du lecteur sur leur importance mais ô combien pesant sur la lisibilité des clauses.

Cette clarté, elle est aussi souhaitée à l'égard de la substance de l'offre, notamment des clauses de gestion des erreurs de prix, dont l'appréciation par la jurisprudence demeure pour l'heure incertaine.

2. LES CLAUSES DE GESTION DES ERREURS DE PRIX ET LA DIVISION DE LA JURISPRUDENCE

Il a été expliqué plus avant que lorsque la proposition du cybercommerçant « [. . .] répond à la définition d'offre et qu'elle comprend tous les éléments essentiels aux contrats à venir, il suffit qu'une personne y réponde par l'affirmative pour qu'un contrat soit conclu ». ⁴⁷ Sur ces bases, on peut affirmer que le contrat ainsi formé doit être exécuté. On peut tout autant soutenir que le cybercommerçant peut difficilement refuser d'honorer, corriger ou annuler à sa discrétion une commande en se fondant sur l'argument d'absence d'une offre de sa part. Qu'en est-il, cependant, de son argumentation fondée, cette fois, sur une erreur portant sur le prix affiché.

Pour la jurisprudence, ce problème ressemble à un casse-tête, en témoigne sa divergence dans les solutions offertes. Une nouvelle analyse des pratiques et du droit pourrait néanmoins permettre de rétablir la pertinence des diverses solutions. Les CGV/CGU de *labaie.com* offrent un point de départ plus qu'intéressant dans ce cadre.

Ces CGV/CGU énoncent la clause suivante dans la section traitant des prix affichés par le cybercommerçant :

Hbc se réserve le droit de limiter les quantités d'articles que vous, votre famille ou tout autre groupe pouvez acheter, de refuser, corriger ou annuler toute commande et de statuer sur les comptes à sa discrétion, y compris (sans toutefois s'y limiter) si Hbc croit que la conduite d'un client contrevient à une loi applicable ou nuit aux intérêts de Hbc ou de ses représentants, agents, entrepreneurs, fournisseurs ou concessionnaires⁴⁸ [nos italiques].

⁴⁷ Commission permanente des institutions, « Étude du projet de loi no 48 », *supra* note 11 ; (André Allard).

⁴⁸ Voir *labaie.com*, *supra* note 5.

L'enjeu des erreurs pouvant affliger les inscriptions du site Web apparaît clairement dans cette clause, entre le prix, d'une part, et la prérogative que s'octroie le cybercommerçant de *refuser, corriger ou annuler* purement et simplement des commandes, d'autre part. La jurisprudence a déjà eu à traiter de cas se rapportant à cette hypothèse. Notamment, les faits de l'*affaire Dell Computer*⁴⁹ et des ordinateurs de poche affichés à vendre à 89 \$ l'unité au lieu de 379 \$ sont encore vivides. La problématique analysée ici se complexifie davantage avec l'existence de sites, dont regorge le Web, qui se sont spécialisés dans une traque incessante des erreurs de prix suivie de l'information imminente des internautes décidés à en tirer parti promptement, et de préférence avant toute correction de l'information par le cybercommerçant.⁵⁰ Le site *labaie.com* paraît clairement vouloir esquiver une telle situation en stipulant, en plus de la clause précitée, que tous ses prix sont « sujets à confirmation ». Si donc le prix d'un article est erroné selon la position du cybercommerçant, il en avisera le cyberconsommateur dans les 2 jours ouvrables de sa commande. La transaction sera alors automatiquement annulée, à moins que le cyberconsommateur n'exprime son intention d'acheter l'article au prix ultérieurement confirmé par le cybercommerçant.

Cette pratique dans la rédaction des CGV/CGU tend à se généraliser. *Amazon.ca* prévoit par exemple une telle clause, ainsi rédigée :

Quant aux articles vendus par Amazon.ca, nous ne pouvons confirmer le prix d'un article jusqu'à ce que vous en passiez la commande. Malgré nos meilleurs efforts, un petit nombre d'articles de notre catalogue peuvent afficher un prix erroné. *Si le prix exact de l'article est plus élevé que le prix affiché*, nous pourrions, à notre discrétion, vous contacter pour obtenir des instructions avant l'expédition *ou annuler votre commande et vous en aviser*⁵¹ [nos italiques].

Il n'est pas non plus surprenant que *costco.ca* ait adopté cette politique, même si dans ce cas précis, elle est assortie d'une réserve évoquant le droit applicable :

e) *nous réservons le droit d'annuler une commande, d'y mettre fin ou de ne pas la traiter (y compris une commande acceptée) si le prix ou toute autre information importante du site sont inexacts* ; et f) nous réservons le droit d'annuler une commande si les stocks d'un article ne sont plus suffisants pour réaliser votre commande⁵² (ou si un article n'est plus

⁴⁹ *Dell Computer*, supra note 40.

⁵⁰ Par exemple, le site *voyagespirates.fr*. Fin juillet 2015, le site publiait un « bon plan » pour le Canada : des vols France - Montréal / Toronto / Vancouver / Calgary pour 273€. Les internautes y ont donné suite. Plusieurs ont, en effet, témoigné avoir bénéficié de ce bon plan. Voir à ce sujet < http://www.voyagespirates.fr/vols/vacances-au-canada-vols-pas-cher-pour-montreal-ottawa-et-toronto-a-341-euro_13813 > .

⁵¹ Voir *amazon.ca*, supra note 5.

⁵² Voir *Whittom c. Électronique Hi-Fi inc.*, 2010 QCCQ 4925 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)). Dans cette affaire, la Cour du Québec considère que le vendeur qui invoque la rupture de

offert) [. . .] Certaines provinces ou territoires pourraient ne pas permettre les exclusions ou les dénis de certaines garanties implicites, de sorte que certaines des conditions de la présente clause pourraient ne pas s'appliquer à vous ⁵³ [nos italiques].

Une analyse des termes de la problématique débattue passe aussi par celle du droit applicable. Rappelons succinctement le principe classique de l'intégrité du consentement, au cœur de la question : le consentement doit être libre, qu'il provienne de l'offrant ou de l'acceptant. Aux termes de l'art. 1399 C.c.Q., ce consentement « peut être vicié par l'erreur, la crainte ou la lésion ». L'art 1400 C.c.Q. précise à son tour que « [l]'erreur vicie le consentement des parties ou de l'une d'elles lorsqu'elle porte sur la nature du contrat [a], sur l'objet de la prestation [b] ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement [c] ». ⁵⁴ La nullité est relative quand l'erreur n'affecte que les « intérêts particuliers ». Le vice entachant le consentement des parties, ou de l'une d'elles, est mentionné, à titre d'exemple, par notre code civil. ⁵⁵ Le Code civil français est plus précis sur cette question, en stipulant que l'« erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ». ⁵⁶ Quand il envisage cependant la nature des vices du consentement concerné, le droit québécois, à l'art. 1400 al. 2 C.c.Q. prévoit les cas où cette hypothèse ne peut être retenue. Il en est notamment ainsi de l'erreur inexcusable, c'est-à-dire celle que « la personne aurait pu aisément [éviter] en prenant un minimum de précautions qu'elle n'a pas prises ». ⁵⁷

Comme on va le voir, en cyberconsommation, la mise en œuvre de ce principe classique de l'intégrité du consentement (et les concepts qu'il recouvre : erreur sur la nature du contrat ; erreur sur l'objet de la prestation ; erreur sur tout élément essentiel ayant déterminé le consentement d'une partie ; erreur provoquée par le dol ; erreur inexcusable ; nullité relative ; etc.) n'est pas envisagée de façon homogène. Le traitement de l'erreur de prix, en particulier, enlève aux parties toute certitude quant au sort du contrat. La jurisprudence se distingue alors par deux tendances. La première, majoritaire, est ouvertement

stock fait défaut de respecter ses obligations contractuelles et légales. Elle a annulé (partiellement) la vente et condamné le vendeur à des dommages-intérêts pour réparer sa faute.

⁵³ Voir *costco.ca*, *supra* note 5, la section des CGV/CGU concernant les *Modifications, coquilles et erreurs*.

⁵⁴ Voir : *Grégoire c. Bécharde*, (1930) 49 B.R. 27 (B.R.Que.); *Côté c. Coulombe*, [1993] R.D.I. 227 (C.S. Que.); *Agricultural Chemicals Ltd c. Boisjoli*, [1969] B.R. 383 (B.R.Q.) : voir aussi le commentaire de Miriam Cohen, « L'affaire DELL : qu'en est-il de l'erreur sur le prix ? » (2007) 12-2 *Lex Electronica* 5.

⁵⁵ Art. 1419 C.c.Q.

⁵⁶ Art. 1110 C. civ. En ce qui concerne l'erreur une personne, elle n'est une cause de nullité que si le contrat avait été conclu *intuitu personae*, aux termes du même article.

⁵⁷ Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit québécois des obligations*, Montréal, Thémis, 1998, tel que cité par Miriam Cohen, *supra* note 54 à la p. 4.

favorable aux réclamations du cyberconsommateur (2.1), alors que la seconde dispose en faveur du cybercommerçant, ou du moins déboute le cyberconsommateur (2.2). En même temps que nous développerons ces deux tendances, nous expliquerons comment il est possible de les réconcilier, de restituer une certaine quiétude, puisqu'il apparaît que la cyberconsommation doit s'accommoder des principes traditionnels du droit des contrats.

2.1 La jurisprudence majoritaire favorable au cyberconsommateur

En annonçant un prix, ou encore en stipulant dans leurs CGV/CGU que le prix indiqué dans la proposition est « sujet à confirmation » (par exemple, *labaie.com*), les cybercommerçants invitent dans le débat, hormis les dispositions générales précitées relatives à l'intégrité du consentement (notamment, l'art. 1400 C.c.Q.), l'art. 224 *c*) (deuxième partie) LPC qui encadre strictement les représentations à propos des biens et des services. Cette disposition prévoit l'interdiction suivante :

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.

Aux fins du paragraphe *c* du premier alinéa, le prix annoncé doit comprendre le total des sommes que le consommateur devra déboursier pour l'obtention du bien ou du service. Toutefois, ce prix peut ne pas comprendre la taxe de vente du Québec, ni la taxe sur les produits et services du Canada. Le prix annoncé doit ressortir de façon plus évidente que les sommes dont il est composé.⁵⁸

La jurisprudence relative à cette prohibition est riche d'une cinquantaine de décisions au moins, dont un certain nombre a été pris dans le domaine de la cyberconsommation. Il en ressort plusieurs enseignements. Avant de s'y consacrer, il est important de régler une question préliminaire, celle relative au sens à donner à l'expression *prix annoncé*.

Dernièrement, dans l'affaire *Union des consommateurs c. Air Canada*, la Cour d'appel du Québec a expliqué que cette expression doit être interprétée de façon large et libérale, faute d'une définition expresse et compte tenu des objectifs de la loi.⁵⁹ Il est clair, selon elle, que le législateur a voulu couvrir toutes les formes de publicité, qu'elles soient promotionnelles (en visant à inciter le consommateur à

⁵⁸ Voir PL 60, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, 1re sess, 39e lég, Québec, 2009 (sanctionnée le 4 décembre 2009), L.Q. 2009, c. 51.

⁵⁹ *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2014 QCCA 523 (C.A. Que.) [*Union des consommateurs c. Air Canada*].

acheter) ou informatives (étant, dans ce cas, destinées à faire connaître de façon objective le prix d'un bien ou d'un service).⁶⁰ Évidemment, la disposition s'applique ainsi aux représentations affichées sur les sites Web transactionnels comme ceux du palmarès de l'ICEQ.⁶¹ L'arrêt de la cour d'appel fait deux autres précisions importantes : d'une part, il n'est pas toujours nécessaire de considérer l'impression générale qu'une représentation laisse au consommateur ou le sens littéral des termes qui y sont employés, même si l'art. 218 LPC prévoit que ces critères permettent ordinairement de déterminer si une pratique de commerce constitue une pratique interdite. Certaines pratiques doivent plutôt être analysées de façon objective, par exemple l'interdiction d'annoncer un prix incomplet ou fragmentaire. D'autre part, parce qu'ils permettent de contracter, les sites transactionnels sont clairement soumis au titre I de la LPC, qui porte sur la phase contractuelle. Pour autant, ils n'échappent pas au titre II de la loi, qui réglemente surtout la publicité, et dès lors la phase précontractuelle.⁶² Invoquant l'affaire *Dubé c. Nissan Canada Finance, division de Nissan Canada inc.*,⁶³ la Cour confirme ainsi que « les titres I et II de la L.P.C. ne constituent pas deux sections étanches et autonomes. Rien n'empêche que le titre II puisse aussi trouver application dans la phase contractuelle ».⁶⁴

Il semble à présent opportun d'analyser systématiquement la jurisprudence relative à l'art. 224 c) LPC en même temps que le moyen de défense du vice du consentement, ces deux arguments étant habituellement soulevés par les parties. Trois observations peuvent être tirées de la jurisprudence.

Premièrement, la tendance majoritaire inscrit l'art. 224 c) dans le domaine de ces vices du consentement. Ainsi, dans l'affaire *Poulin c. Roulottes E. Turmel inc.*,⁶⁵ abordant la sanction et les remèdes que le tribunal peut envisager concernant l'art. 224 c), la Cour du Québec cite la présomption de l'art. 253 LPC. Selon cette disposition, lorsque le commerçant se livre à une pratique interdite, il faut présumer que, si le consommateur avait eu connaissance de cette pratique, il n'aurait pas contracté ou n'aurait pas donné un prix si élevé. Sans développer davantage, un autre arrêt de la Cour du Québec (*Lebel c. 9158-5489*

⁶⁰ Dans le même sens, voir *Distribution Roger Vaillant inc. c. Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales)*, 2013 QCCS 3418 (C.S. crim. & pén.). La Cour attire l'attention sur le libellé des paragraphes a) et b) de l'art. 224 LPC. On retrouve à ces paragraphes l'expression « message publicitaire ». Le paragraphe c), en revanche, évoque le « prix annoncé », expression qui n'est pas définie (contrairement au « message publicitaire » dont le sens est précisé à l'art. 2 de la loi). La Cour croit ainsi que « [c]lairement, le législateur, en choisissant un terme différent au paragraphe c) de l'article 224, ne voulait pas limiter l'application de cet article au seul « message publicitaire » ». Il faut y voir deux concepts apparentés, offerts à un public potentiellement acheteur : voir para. 20-36.

⁶¹ *Union des consommateurs c. Air Canada*, supra note 59 au para. 68.

⁶² Voir *Néron c. Vacances Sunwing*, 2014 QCCQ 1615 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

⁶³ 2013 QCCS 3653 (C.S. Qc.).

⁶⁴ *Union des consommateurs c. Air Canada*, supra note 59 au para. 58.

⁶⁵ 2013 QCCQ 1972 (C.Q. civ. (div. pet. cré.))[*Poulin*].

Québec inc.) a ainsi statué que la pratique interdite par l'art. 224 c) (d'exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé) en est une de dol,⁶⁶ permettant à la victime de demander, entre autres, une réduction de son obligation équivalant aux dommages-intérêts.

Une seconde référence aux vices du consentement concerne inévitablement l'erreur. Mais l'argumentation y relative n'est pas forcément concluante, tantôt parce que le tribunal juge que le commerçant a négligé de prendre toutes les mesures qui s'imposaient pour publier rapidement une correction⁶⁷; tantôt parce que l'erreur commise est qualifiée d'inexcusable. La décision de la Cour du Québec dans *Comtois c. Vacances Sunwing inc.*⁶⁸ illustre ce dernier aspect, expliquant qu'il ne peut prospérer, le recours du cybercommerçant qui invoque l'art. 1400 al. 1 C.c.Q. pour justifier la différence entre le prix annoncé sur Internet et celui réclamé. Selon les circonstances de l'espèce, si erreur il y a (en l'occurrence, une erreur à caractère économique portant sur la valeur de la prestation), cette erreur n'est pas rédhitoire au contrat. Elle est plutôt inexcusable au sens de l'art. 1400 al. 2 C.c.Q., c'est-à-dire qu'elle traduit une négligence d'une certaine gravité. Dans l'affaire *Comtois*, la Cour n'a pas trouvé de justification à cette erreur, en témoignent ses propos qui réfèrent par ailleurs à la LPC :

L'article 224 c) de la *Loi sur la protection du consommateur* qui édicte qu'aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut par quelque moyen que ce soit exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé, lie *Sunwing* dans les circonstances de la présente affaire étant donné l'erreur *inexpliquée et inexcusable* [nos italiques].

La Cour décide en faveur du cyberconsommateur en soumettant que ce dernier « [...] est fondé de présumer qu'un bien, avant d'être offert en ligne à des milliers de personnes, est passé par un processus sérieux de vérification des prix ». ⁶⁹ Or, si le caractère inexcusable devient un attribut essentiel pour imposer le prix initialement affiché et, par conséquent, le contrat qui en résulte, on ne saurait attribuer la même force au caractère « inexplicable » ou inexpliqué de l'attitude du vendeur et invoqué dans l'arrêt. Ce nonobstant, cette mention elle-même ne saurait relever du simple *obiter dictum* dans la mesure où l'erreur qui pourrait être considérée comme étant « explicable » par la jurisprudence semble être susceptible d'atténuer l'engagement du vendeur et partant, son obligation.⁷⁰

L'argument massue servant à repousser le moyen fondé sur l'erreur semble toutefois provenir d'un précédent arrêt *Île Perrot* de la Cour d'appel,⁷¹ invoqué

⁶⁶ 2007 QCCQ 1713 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Lebel*].

⁶⁷ *Fugallo c. Mega-pc inc.*, 2005 CanLII 50406 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Fugallo*].

⁶⁸ 2015 QCCQ 2684 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Comtois*].

⁶⁹ Voir para. 66 du jugement. Encore faut-il que l'erreur ait été commise par le cocontractant et non par un tiers, par exemple un journal : *Lamarre c. Paul Albert Chevrolet Cadillac Ltée*, 2011 QCCQ 8349 (C.Q. civ.) [*Lamarre*].

⁷⁰ Voir *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, 1993 CarswellQue 844 (C.A. Que.) [*Masella*].

dans l'affaire *Rochefort c. Vacances Sunwing inc.* : dans cette dernière affaire, le juge P. Labbé rappelle que le plus haut tribunal du Québec a déjà jugé que « l'erreur dans le système informatique du commerçant était inexcusable ». ⁷² Mais il est digne de mention que cette position de la Cour d'appel (citée par le juge P. Labbé) est, elle-même nuancée, et en réalité, il est difficile d'en conclure de façon définitive que l'erreur informatique est automatiquement une erreur inexcusable. En effet, la Cour d'appel traite spécifiquement de l'« erreur informatique survenue lors de l'entrée des données qui ont servi à la confection d'un contrat de vente d'un véhicule » (para. 23 du jugement) ; par ailleurs, elle examine davantage la situation à la lumière des deux hypothèses envisageables dans l'instance et définit les conséquences dans chacun de ces cas, c'est-à-dire d'une part, l'hypothèse de l'erreur excusable et, d'autre part, l'hypothèse de l'erreur inexcusable. Tels sont les propos exacts de la cour :

S'il s'était agi d'une erreur excusable, la sanction était l'annulation du contrat et la remise des parties dans l'état antérieur à son existence. Or, c'est l'appelante elle-même qui a rendu cette solution impossible lorsqu'elle a vendu le véhicule Maxima à un tiers. Elle n'a jamais offert d'en payer la valeur.

Par ailleurs, si, compte tenu de son expérience de vendeur, son erreur est inexcusable, elle doit en supporter les conséquences ; c'est la règle adoptée par la Code civil du Québec [Références omises].

À côté du lien établi entre l'art. 224 c) et le dol, mais insuffisamment développé, et l'erreur informatique dont la définition et le sort paraissent irrésolus, notre seconde observation découlant des décisions analysées porte sur la nature de la réparation octroyée au cyberconsommateur. Une nuance s'impose ici : l'art. 224 c) n'oblige pas le commerçant à vendre mais, comme l'a indiqué l'arrêt *Lamarre*, l'empêche plutôt de vendre ou tenter de vendre à un prix supérieur à celui annoncé. ⁷³ Il s'agit d'une précision essentielle à notre avis. Or, lorsque le cybercommerçant refuse de vendre au prix annoncé, demandant un prix plus élevé, ou lorsqu'il a vendu à un prix plus élevé que le prix annoncé, le tribunal a tendance à accorder une indemnité équivalant à la différence entre les deux prix. Les illustrations en la matière sont nombreuses avec, dans certains arrêts, des précisions complémentaires : l'arrêt *Fugallo* va dans ce sens ⁷⁴; dans *Meyer c. Vacances Sunwing inc.*, il est expliqué qu'en cas de refus d'honorer l'achat d'un forfait voyage au prix annoncé, le montant supplémentaire réclamé permet de déterminer le montant des dommages et intérêts auquel le consommateur a droit ⁷⁵; dans *Lebel c. 9158-5489 Québec inc.*, le juge ordonne de rembourser la

⁷¹ *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, 2003 CarswellQue 960 (C.A. Que.), au para. 23 et s.

⁷² *Rochefort c. Vacances Sunwing inc.*, 2015 QCCQ 3141 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)), au para. 20 [*Rochefort*].

⁷³ *Lamarre*, *supra* note 69.

⁷⁴ *Fugallo*, *supra* note 67 au para. 4.

différence de prix illégalement exigée, en plus des dommages et intérêts⁷⁶; dans *Carrière Labonté c. 9201-4430 Québec inc.*, seule la différence de prix est accordée, parce que dans cette dernière affaire, les dommages et intérêts n'ont pas été prouvés⁷⁷; on peut encore citer en rafale *Gravel c. Moto Folie*⁷⁸; *Labelle c. Voyages Destination inc.*⁷⁹; *Pelletier c. 9183-9324 Québec inc. (Voyages Vasco Ste-Julie)*⁸⁰; *Vermeulen c. Audi Canada inc.*⁸¹; *Poulin c. Roulottes E. Turmel inc.*⁸² Remarquons que les dommages additionnels sont écartés quand les faits permettent de conclure que le cybercommerçant était « de bonne foi ».⁸³ Il faut noter que les juges sont, par ailleurs, favorables aux dommages moraux.⁸⁴

Notre dernière observation qui se dégage de la tendance jurisprudentielle majoritaire concerne les clauses de gestion des erreurs stipulées par le cybercommerçant comme échappatoire aux offres comprenant un prix erroné. Ces clauses sont globalement jugées sans effet,⁸⁵ à l'exception notable de certains contextes. Il en est ainsi pour le domaine du transport, dans lequel la modification unilatérale du prix serait envisageable pour contenir des situations particulières comme les surcharges de carburant.⁸⁶ La Cour du Québec avance précisément l'argument suivant à l'aune de l'art. 224 c) LPC et paraît rejeter l'idée d'un prix stipulé « sujet à confirmation » :

Les clauses tendant à permettre une modification de prix sans préavis ou laissant voir que le prix peut ne pas être final et permettraient au commerçant de contourner une disposition claire et sans équivoque de la Loi sont à notre avis sans effet.⁸⁷

L'arrêt *Vermeulen* abonde dans le même sens, avec toutefois une référence aux art. 10 et 261 LPC qui interdisent tour à tour les stipulations par lesquelles le commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou du fait de son représentant et toutes conventions particulières qui dérogent à la LPC. En tenant

⁷⁵ 2015 QCCQ 3675 (C.Q. civ. (div. pet. cré.))[*Meyer*].

⁷⁶ Lebel, *supra* note 66.

⁷⁷ 2011 QCCQ 6868 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

⁷⁸ 2014 QCCQ 11964 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

⁷⁹ 2009 QCCQ 12265 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Labelle*].

⁸⁰ 2011 QCCQ 693 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)).

⁸¹ 2014 QCCQ 11868 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Vermeulen*].

⁸² *Poulin*, *supra* note 65.

⁸³ *Charest-Corriveau c. Sears Canada inc.*, 2015 QCCQ 6417 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)). Dans l'arrêt *Meyer* (*supra*, note 75), la Cour écarte les dommages exemplaires compte tenu de l'empressement des défenderesses à signaler l'erreur dans les heures qui ont suivi l'achat. La Cour cite l'art. 272 LPC comme autorisant en plus des dommages-intérêts et des dommages-intérêts punitifs.

⁸⁴ *Rochefort*, *supra* note 72.

⁸⁵ Par exemple, *Labelle*, *supra* note 79.

⁸⁶ *Comtois*, *supra* note 68.

⁸⁷ *Meyer*, *supra* note 75 au para. 37.

ces règles, la conclusion de la Cour dans l'instance apparaît évidente, à savoir que « [l]a stipulation d'exonération de responsabilité affichée sur le site Web de [la défenderesse] est [. . .] sans effet puisque l'article 10 est d'ordre public. *L'entreprise est donc responsable des conséquences de la présence d'un prix erroné sur son site* » [nos italiques].⁸⁸

Force est donc de constater la prévalence du prix affiché sur toute autre prétention du commerçant dans la jurisprudence majoritaire. Cette position s'accommode mal avec celle de certaines décisions dans lesquelles la jurisprudence semble davantage vouloir faire une place de choix à la bonne foi des parties dans la relation cybercommerciale nouée.

2.2 La jurisprudence minoritaire pondérée

Les fondements de la position minoritaire ne sont pas distants de ceux de la tendance majoritaire. À preuve, l'arrêt *Lacroix c. 9124-8013 Québec inc. (Lambert Auto)*,⁸⁹ qui développe amplement le sujet, retient la qualification du dol quand il est question de sanctionner la violation de l'art. 224 c). Toutefois, une précision de taille intercale un second niveau d'analyse avant de pouvoir parvenir à la conclusion quant à la violation ou non de la disposition : en citant lui-aussi l'art. 253 LPC (selon lequel, lorsque le cybercommerçant se livre à une pratique interdite, *il y a présomption que, si le consommateur avait eu connaissance de cette pratique, il n'aurait pas contracté ou n'aurait pas donné un prix si élevé*) le tribunal rappelle que le dol s'apprécie au moment de la formation du contrat.⁹⁰ Il faut donc, selon lui, déterminer clairement ce qui a poussé le consommateur à conclure le contrat. Plus exactement, le juge doit vérifier si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur savait que son vendeur ne respectait pas ou n'allait pas respecter les prescriptions de l'art. 224 c) LPC et a, malgré cette connaissance, payé un prix supérieur au prix annoncé sur Internet. Une telle connaissance permet à la partie défenderesse de prouver l'absence de dol, entraînant du coup le rejet de la réclamation du cyberconsommateur, que cette réclamation vise à obtenir l'annulation du contrat formé ou la différence entre le prix payé et le prix annoncé.⁹¹ Le tribunal appuie en ces termes, en rapprochant les règles du Code civil :

Il faut bien comprendre que la *Loi sur la protection du consommateur* est une loi d'ordre public de protection. Ainsi, le consommateur qui aurait été lésé par une violation de cette loi par le commerçant peut invoquer

⁸⁸ *Vermeulen, supra* note 81 au para. 16.

⁸⁹ 2007 QCCQ 1654 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Lacroix*].

⁹⁰ De la même manière, le juge R. P. Daoust de la Cour du Québec indique que la présomption de l'art. 253 ne vise que la situation contractuelle : *Lamarre, supra* note 69 au para. 76.

⁹¹ *Lacroix, supra* note 89 aux para. 37-38. Il est par ailleurs précisé que : « Le Tribunal aurait possiblement retenu la position [de la demanderesse] si cette dernière avait acheté le véhicule pour la somme de 2 000\$ et par la suite se voir exiger de son vendeur une somme additionnelle de 2 200\$, à défaut de quoi ce dernier ne lui livre pas le véhicule ».

cette violation pour obtenir la nullité de ses engagements (1420 C.c.Q.). Cependant, comme il s'agit ici d'une nullité relative, le consommateur qui a consenti librement et volontairement à conclure un contrat, sachant que ce dernier va à l'encontre de la loi, ne peut par la suite invoquer cette violation de la loi pour annuler ses obligations (1420 para. 2 C.c.Q.) [références omises].⁹²

Mais il y a plus : l'art. 8 LPC et la notion de « juste prix » sont aussi cités dans le jugement pour faire échec à la demande de remboursement du cyberconsommateur. Le tribunal attire l'attention sur cet article qui, se plait-il à rappeler, « contient l'essentiel de l'intention du législateur lors de l'adoption de la loi ».⁹³ Cet article dispose précisément que :

[l]e consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.

En l'espèce, il a été jugé que le prix payé pour un camion de marque *Ford* (4200 \$), quoique supérieur au prix annoncé sur Internet (2000 \$), était un « juste prix », confirmant à son tour la récusation du recours basé sur l'art. 224 *c*).

Le juge doit toujours avoir en esprit que l'idée même du dol suppose une erreur provoquée *volontairement* dans l'esprit du consommateur pour le pousser à contracter. Dans ce sens, l'arrêt *Matériaux Laurentiens inc. c. Dufault* insiste sur l'objectif de l'art. 224 *c*) qui est « d'empêcher qu'un commerçant annonce *volontairement* des prix pour intéresser de potentiels acheteurs et, une fois qu'il a *harponné* un consommateur, il tente de transiger à l'évidence à un prix supérieur » [nos italiques].⁹⁴ Dès lors, il semble qu'il ne saurait y avoir contravention à l'art. 224 *c*) sans un tel harponnage, ceci incluant nécessairement le caractère actif ou volontaire du comportement du cybercommerçant, ce qui nous paraît remettre en selle les clauses de gestion des erreurs de prix. L'art. 224 *c*), termine le tribunal, « ne sert pas à enrichir un consommateur aux dépens du commerçant ».⁹⁵ On se souvient, dans ce sens, de l'affaire *Lelièvre c. Magasin La clé de sol inc.* où le juge J. Tremblay a estimé que l'art. 219 LPC⁹⁶ ne s'appliquait pas en l'espèce à cause de la bonne foi du commerçant, dont l'objectif n'était pas de tromper les consommateurs éventuels, et alors même que le demandeur à

⁹² *Lacroix, supra* note 89 au para. 39.

⁹³ *Lacroix, supra* note 89 au para. 41.

⁹⁴ 2013 QCCQ 4386 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) au para. 14 [*Matériaux Laurentiens inc.*]. Voir aussi : *Lamarre, supra* note 69 ; *Massé c. Sears Canada inc.*, 2012 QCCQ 15181 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) : il est indiqué que l'ensemble de l'art. 224 LPC vise une manœuvre publicitaire frauduleuse ou mensongère.

⁹⁵ *Matériaux Laurentiens inc. >*, *supra* note 94 au para. 16.

⁹⁶ Selon cet article, « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur ».

l'instance savait ou aurait dû savoir que le prix était erroné (un ordinateur et un lecteur DVD aux prix respectifs de 25 \$ et 19 \$), de sorte qu'il n'avait finalement pas été induit en erreur.⁹⁷ Au vu de l'importance de la bonne foi dans les fondements de cette position de la jurisprudence, il importe de revenir sur ce concept même.

Le *Vocabulaire Capitant* définit la bonne foi comme un « [c]omportement loyal (ou à tout le moins normal) que requiert, notamment l'exécution d'une obligation ; [une] attitude d'intégrité et d'honnêteté ». ⁹⁸ C'est l'attitude véhiculée dans cette idée générale que le législateur espère retrouver dans la relation contractuelle. B. Lefebvre, notamment, avance qu'il s'agit d'être honnête et loyal dans la relation contractuelle. L'auteure insiste sur le fait que : « l'honnêteté est intrinsèquement reliée à l'intention de son auteur [alors que] la loyauté peut s'entendre des agissements, des normes, des standards requis dans une situation donnée ». ⁹⁹ En fait, la loi exige de l'offrant un comportement qui va bien au-delà de la légalité, un comportement conforme aux normes de la société. La jurisprudence soumet ainsi que : « Quelqu'un ne peut plus avoir de défense adéquate de bonne foi en prétendant seulement qu'il a agi légalement, qu'il est dans son droit ou qu'il se croyait dans son droit. Il devra, si sa bonne foi est contestée, aller plus loin et prouver qu'il a non seulement agi en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnaît ». ¹⁰⁰ C'est sans doute dans ce sens qu'on peut comprendre l'affirmation de S. Rolland selon laquelle il s'agit de « [n]e pas abuser les autres et ne pas abuser des autres, en contournant la loi ou en recherchant égoïstement son propre bénéfice ». ¹⁰¹ L'offre, conséquemment, doit être exempte de fausses représentations ou de toute publicité trompeuse, comme il découle des art. 219 LPC et 52 de la Loi sur la concurrence.

Cette approche, pour l'heure suivie par une poignée de juridictions, propose une interprétation de l'art. 224 c) qui nous semble être plus aboutie. Elle nécessite de connaître, et donc de sonder l'intention du cyberconsommateur au moment du contrat (pour apprécier le dol) et en recherchant la preuve d'un harponnage actif de la part du cybercommerçant. Elle promet aussi une certaine

⁹⁷ *Lelièvre c. Magasin La clé de sol inc.* >, 2011 QCCQ 5774 (C.Q. civ. (div. pet. cré.)) [*Magasin La clé de sol inc.*] : Voir Benjamin David Gross, Luc Thibaudeau et Anne-Sophie Lamonde, *Le droit de savoir*, Septembre 2015, publication de Lavery Avocats, en ligne <http://www.lavery.ca/DATA/PUBLICATION/1895_fr~v~commerce-de-detail-soyez-sur-que-vos-prix-sont-exacts.pdf> (date d'accès : 12 juillet 2016). Les auteurs font une excellente synthèse des faits et des enjeux juridiques en cause, qui sert de base à notre appréciation.

⁹⁸ Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant 5e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1996 à la p. 105.

⁹⁹ Brigitte Lefèvre, « La bonne foi : notion protéiforme » (1996) 26 R.D.U.S. 321 à la p. 328.

¹⁰⁰ *Vachon c. Lachance*, [1994] R.J.Q. 2576 (C.S. Que.) à la p. 2579.

¹⁰¹ Sonia Rolland, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier » (1996) 26 R.D.U.S. 385.

équité dans le rapport du cybercommerçant avec le cyberconsommateur. Il est souhaitable d'envisager le moyen de défense de l'erreur vice du consentement (art. 1400 C.c.Q.) dans le même esprit. À la vérité, on a relevé des traces de cette appréciation *in concreto* dans quelques décisions de la tendance majoritaire, dont l'arrêt *Comtois*, voire *Faucher c. Costco Wholesale Canada Ltd.*¹⁰² L'erreur sur le prix ne serait pas ainsi qualifiée d'inexcusable *a priori*.¹⁰³ Par contre, l'attitude ou le comportement du commerçant serait examiné concrètement, en fonction des circonstances, pour y rechercher la preuve d'une incurie, de cette négligence grave qui caractérise l'erreur inexcusable, voire de la mauvaise foi. Les enseignements traditionnels s'avèrent à ce propos d'une utilité certaine : la Cour d'appel a déjà expliqué que la mauvaise foi emporte, en principe, la connaissance effective de la réalité. La faute lourde peut équivaloir à la mauvaise foi parce que, précise-t-elle, « [. . .] elle dénote chez son auteur soit une bêtise totale, soit une incurie, soit une grande insouciance ».¹⁰⁴ À nouveau, dans ce contexte, les clauses de gestion des erreurs de prix ne seraient pas invalidées d'office, nonobstant l'art. 10 LPC qui interdit en principe « la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant ».¹⁰⁵ Car au fond, le cybercommerçant à l'égard de qui l'erreur inexcusable n'aura pas été démontrée pourrait obtenir la nullité du contrat pour vice du consentement, même s'il s'agit en l'espèce d'une erreur économique ou d'une erreur sur la valeur de l'objet de la prestation. À moins de prétendre que l'art. 10 LPC a la vertu d'enlever au cybercommerçant toute possibilité d'invoquer la nullité du contrat

¹⁰² *Idem* ; *Costco*, *supra* note 24.

¹⁰³ Voir *Cayer c. Martel*, 1995 CanLII 4881 (C.A. Qc.) : l'erreur économique peut être une cause valable d'annulation du contrat. Par ailleurs, N. Vermeys propose l'érection d'une exception à l'inexcusabilité de l'erreur qui découle de l'art. 1400 C.c.Q., reposant précisément sur la mauvaise foi du cocontractant ; voir Nicolas Vermeys, « Le poids des virgules — Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006) 66 R. du B. 291 à la p. 330.

¹⁰⁴ *Masella*, *supra* note 70.

¹⁰⁵ À propos de cette disposition, la Cour d'appel du Québec (dans *Quantz c. ADT Canada Inc.*, 2002 CanLII 41216 (C.A. Qc.)) reprend les commentaires du professeur C. Masse pour rejeter les conclusions d'un Tribunal de première instance qui avait estimé qu'une clause d'exonération de responsabilité est applicable, sauf en présence d'une faute lourde ou intentionnelle : « L'article 10 de la *Loi sur la protection du consommateur* interdit toute stipulation, donc toute clause d'exonération ou de limitation de responsabilité contractuelle, que cette clause porte sur les dommages matériels, corporels ou moraux, que cette clause ait ou non été portée à la connaissance du consommateur au moment de la formation du contrat ou même avant, que le dommage ait été causé par une faute lourde, une faute ordinaire, une faute légère ou même par un manquement à une obligation de résultat. Ces clauses sont tout à fait interdites par une règle qui est générale et d'ordre public (art. 261 et 262 L.P.C.) ». Claude Masse, *Loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1999 à la p. 182 ; tel que cité dans *Union canadienne, cie d'assurances c. Marina St-Mathias-sur-le-Richelieu Lté*, 2006 QCCQ 16113 (C.Q. civ.). Voir aussi *Royal & Sunalliance, compagnie d'assurances du Canada c. 2858-5644 Québec inc. (RL Marine & Sports)*, 2007 QCCQ 16354 (C.Q. civ.).

pour cause d'erreur, l'erreur fut-elle excusable. Rendre ainsi ses inscriptions en ligne immuables, serait une responsabilité certainement pesante, particulièrement onéreuse pour l'industrie.

À rebours de cette prétention sur l'immutabilité des inscriptions, dans l'affaire *Comtois* entre autres, l'analyse de la Cour du Québec considère à raison le raisonnement classique issu du Code civil, quoiqu'il ait été question, en l'espèce, d'un contrat de cyberconsommation soumis à des règles spécifiques. L'examen sous le Code civil est effectué en deux temps : la Cour détermine d'abord s'il y a consentement (c'est-à-dire une offre et une acceptation) ; ensuite, elle cherche à savoir si ce consentement est intègre. Et de remarquer :

Bien que généralement, l'erreur économique ou encore l'erreur sur la valeur de l'objet d'une prestation n'est pas considérée comme un motif de nullité, elle peut l'être lorsqu'elle constitue un élément essentiel du contrat. L'erreur sur le prix constituera un vice de consentement à moins qu'il [*sic*] ne soit inexcusable au sens de la loi. (Art. 1400 C.c.Q.).

Sur ce point, les règles de la LPC n'ont donc pas invalidé le raisonnement classique parallèle issu du Code civil.¹⁰⁶ Prendre en compte ce raisonnement amène à considérer les clauses de gestion des erreurs de prix comme étant un moyen de sauver le contrat de la nullité, plus que de permettre au cybercommerçant d'échapper aux conséquences de son fait ou de celui de son représentant. Ces clauses seraient invalidées dans la seule mesure où l'examen des faits aboutit effectivement à la faute inexcusable, comme celles-ci ne peuvent permettre de justifier ce type de faute, selon la Cour du Québec.¹⁰⁷ Une telle position est susceptible de quelque peu contribuer à stabiliser l'échange de consentement en cyberconsommation, encore que par le passé, les tribunaux ont eux-mêmes eu à effectuer la correction d'erreurs matérielles dans les contrats traditionnels. En témoigne la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Richer c. Mutuelle du Canada (La), Cie d'assurance sur la vie*, qui a notamment établi que « [d]ans l'interprétation d'un contrat, le juge peut écarter les termes utilisés par les parties, s'il est démontré que malgré leur clarté, les termes invoqués, pris dans le sens littéral, sont incompatibles avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties » [nos italiques].¹⁰⁸ De même, c'est ainsi que dans l'affaire *Sobeys*, le principe de la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée par écrit a été consacré.¹⁰⁹ Dans *Confédération, Cie d'assurance-vie c. Lacroix*, la même juridiction a affirmé que « [l]'esprit du contrat l'emportera alors sur sa lettre » ; et comme la Cour le précise elle-même, « [a]utrement dit, lorsque la

¹⁰⁶ *Comtois*, supra note 68 aux para. 50-51 ; voir aussi *Magasin La clé de sol inc.*, supra note 97.

¹⁰⁷ *Comtois*, supra note 68 aux para. 62-63.

¹⁰⁸ *Richer c. Mutuelle du Canada, cie d'assurance sur la vie*, [1987] R.J.Q. 1703 à la p. 3 (C.A. Que.). Cité dans le mémoire des intimés ci-dessus (nos soulignés).

¹⁰⁹ *Coopérative des consommateurs de Ste-Foy c. Sobeys Québec inc.*, [2006] R.J.Q. 100, au para. 47 (C.A. Que.), cité dans le mémoire des intimés.

preuve présentée sera suffisante, le tribunal devra privilégier l'intention réelle des parties au sens littéral des termes utilisés ». ¹¹⁰ Encore plus décisive est la position de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Guardian c. Victoria Tire Sales*, dans laquelle le juge Pigeon rappelle que « [s]elon les principes du droit civil énoncés dans le Code civil du Québec, il ne faut pas confondre un contrat avec l'écrit qui en constate les termes », se référant lui aussi aux propos de Planiol et Ripert. ¹¹¹ On peut aussi citer un cas dans lequel la jurisprudence n'a pas elle-même effectué la correction nécessaire, ayant plutôt confirmé cette correction par les parties qui étaient de bonne foi, alors qu'un tiers, soumissionnaire malheureux, avait invoqué l'immutabilité de l'erreur matérielle contenue dans la soumission la plus basse et impliquant selon lui une violation des règles d'appels d'offres. Il s'agit de l'affaire *Philippe Trépanier Inc. c. Entreprises Vibec Inc. et al.* ¹¹² intervenue en 2004. Le tribunal a notamment estimé, dans cette affaire, que le caractère anodin de l'erreur et l'absence manifeste de mauvaise foi des parties autorisait une telle correction. ¹¹³

Pour finir, évoquons en droit français la décision du Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire opposant l'Union Fédérale des Consommateurs Que Choisir (UFC) à la société Amazon. ¹¹⁴ L'UFC avait assigné Amazon aux fins, notamment, de voir dire illicite ou abusive la clause qui permet à la société de modifier le prix de vente après la commande (art. 3 § 5 *in fine* CGV, versions 02/2006 et 04/2006). Cette clause, semblable au fond à celles précitées, était rédigée comme suit :

[S]i le prix corrigé est inférieur au prix affiché sur le site, nous vous appliquerons le prix le plus bas et vous adresserons votre article. Si le prix corrigé est supérieur au prix affiché sur le site, nous vous informons et procédons à l'annulation de votre commande, à moins que vous ne choisissiez d'accepter la commande au nouveau prix.

¹¹⁰ *Confédération, cie d'assurance-vie c. Lacroix*, [1996] R.R.A. 930 au para. 32 (C.A. Que.), repris dans 3099-2325 *Québec inc. c. 2849-6810 Québec inc.*, 1999 CarswellQue 2791 (C.A. Que.) [R.S.]

¹¹¹ *Guardian Insurance Co. of Canada c. Victoria Tire Sales Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 849 aux pp. 869 et 870. Cité dans le mémoire des intimés.

¹¹² *Philippe Trépanier inc. c. Entreprises Vibec inc.*, J.E. 2004-516 (C.S. Que.)

¹¹³ Philippe Malaurie rappelle que : « [...] la partie qui, par sa faute, a causé une erreur matérielle qui lui cause préjudice, ne peut la faire rectifier, si l'autre partie n'avait pu s'en rendre compte : selon qu'il y a eu ignorance ou connaissance, les tribunaux refusent ou accordent la rectification ». Philippe Malaurie et al., *Les obligations*, 2e éd., Paris, Defrenois 2003, à la p. 249 ; tel que cité dans Vermeys, *supra* note 103 à la p. 332.

¹¹⁴ Tri. gr. inst. Paris, (28 octobre 2008) tel que cité dans Legalis, L'actualité du droit des nouvelles technologies, « TGI PARIS 1e chambre, section sociale 28 octobre 2008, UFC Que Choisir / Amazon.com et autres » (13 novembre 2008), en ligne : <<https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-1ere-chambre-section-sociale-jugement-du-28-octobre-2008/>> .

L'UFC a prétendu que la clause de la société Amazon viole les art. L.113-3 et L.121-18 du code de la Consommation, qui obligent le vendeur à informer le consommateur sur le prix du produit au moment de l'offre. L'organisme prétend que le commerçant ne peut réclamer un prix supérieur à celui affiché. Mais cette prétention est clairement rejetée. Le Tribunal juge en effet que, dans l'hypothèse visée par la clause, Amazon avait bien informé le consommateur du prix du bien, mais cette information était affligée d'une erreur matérielle. L'erreur, de toute façon, peut entraîner la nullité du contrat si elle rend le prix totalement dérisoire. Le Tribunal a appuyé cette position au moyen de l'art. 1110 du Code civil.¹¹⁵ Mais, il a surtout validé l'aménagement contractuel du cybercommerçant permettant la correction du prix erroné, aménagement apparemment équitable. Dans ce cadre, il a décidé :

[Amazon] est donc fondée à prévoir une procédure propre à régler ce type de situation et qui tient compte des intérêts des deux parties dès lors qu'en cas de prix supérieur au prix affiché, la commande est annulée de sorte que le grief de l'UFC selon lequel "le professionnel ne peut donc, et surtout par une disposition de ses conditions générales, réclamer un prix supérieur à celui affiché ou convenu dans le contrat", n'est pas fondé ; [. . .] la clause n'est donc pas illicite.

Si les clauses de gestion des erreurs de prix vivifient ainsi l'actualité et en particulier l'actualité jurisprudentielle, avec une possibilité réelle de réconcilier les approches en présence, deux autres séries de clauses, elles-aussi comprises dans les CGV/CGU étudiées, attirent l'attention. Les premières, dans l'ère du temps, révèlent les préoccupations sans doute insoupçonnées auxquelles les cybercommerçants se sont exposés en soumettant leurs pratiques à l'évolution du Web : les clauses d'un Web 2.0 dont plusieurs fonctionnalités sont désormais intégrées aux sites Web transactionnels. Heureusement pour l'heure, il ne semble y avoir aucune incertitude jurisprudentielle majeure à ce propos, mais des risques juridiques à gérer adéquatement. Nous en définirons très sommairement l'étendue (3) avant de terminer notre réflexion par quelques observations au sujet des secondes clauses, qui ont trait au règlement des différends (4).

3. L'ENJEU DES CLAUSES DU WEB 2.0

Les clauses stipulées par les cybercommerçants pour encadrer l'utilisation des outils du Web 2.0 intégrés à leurs sites transactionnels, pénètrent l'orbite de l'offre en ligne prise au sens large, comme il coule de source que le commerçant est lié par l'ensemble de ses représentations.¹¹⁶ On ne peut en faire l'économie de

¹¹⁵ Cet article prévoit la règle suivante : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

¹¹⁶ Voir, notamment, l'art. 41 LPC.

l'examen dans la mesure où le service qu'elles organisent (notamment, la faculté de rétroagir) s'envisage comme un accessoire du produit (ou du service) initial que convoite le cyberconsommateur. Prenons à ce titre les CGV/CGU de *aircanada.ca*. Elles prévoient la clause suivante au sujet des données de rétroaction, commentaires, suggestions que les cyberconsommateurs sont autorisés à publier sur le site Web du cybercommerçant à propos de son contenu, ses produits ou ses services :

Air Canada n'assume aucune obligation concernant ces renseignements et est libre de reproduire, d'utiliser, de communiquer ou de distribuer les renseignements sans aucune restriction et sans engager sa responsabilité [nos italiques].

À son tour, *archambault.ca* y va de cette clause :

Avant d'être publiés, *ces commentaires sont vérifiés par un modérateur* qui vérifiera entre autres que leur teneur ne soit pas illégale, menaçante, obscène, diffamatoire, ne porte atteinte à la vie privée, n'enfreigne pas les droits de propriété intellectuelle et ne porte pas préjudice à des tiers ou ne soit répréhensible, et ne consiste pas à introduire de virus informatique, ni ne contienne de discours politique, de sollicitation commerciale, de chaîne de lettres, de publipostage ou toute forme de pollupostage. Le modérateur se réserve le droit de ne pas publier un commentaire pour quelque raison que ce soit (y compris les raisons énoncées précédemment) ; il pourra être amené à réviser le contenu du commentaire pour des raisons grammaticales ou orthographiques ; il s'efforcera de ne pas modifier le sens du commentaire. *Les critiques, les opinions et les commentaires exprimés sont de la seule responsabilité de leurs auteur(e)s et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe Archambault inc. [nos italiques].

Quant au site *amazon.ca* s'attribue la compétence suivante à l'égard des contenus jugés illégaux ou illicites :

[. . .] Amazon.ca se réserve le droit (mais non l'obligation) de supprimer ou de modifier un tel contenu, mais ne passe pas régulièrement en revue le contenu affiché [. . .].

Trois exemples qui attestent tout à fait des enjeux liés à l'intégration, dans l'expérience d'achat traditionnelle, des fonctionnalités du Web 2.0, Web par définition collaboratif, faisant une place plus importante à l'utilisateur final dans la production des contenus. On a une idée précise de l'impact des données de rétroaction secrétées par les acheteurs à partir de ces fonctionnalités : 67,7% des consommateurs déclarent avoir été influencés par les évaluations soumises par leurs pairs.¹¹⁷ C'est possiblement un levier pour qui sait prévenir les

¹¹⁷ Dan Hinckley, « New Study: Data Reveals 67% of Consumers are Influenced by Online Reviews » (2 septembre 2015), MOZ (blogue), en ligne : < <https://moz.com/blog/new-data-reveals-67-of-consumers-are-influenced-by-online-reviews> > (date d'accès : 12 juillet 2016).

contributions négatives, comme l'étude de la firme *Moz* susmentionnée dévoile qu'à peine trois commentaires négatifs de consommateurs suffisent à provoquer une perte de clientèle de l'ordre de 60%.¹¹⁸ Mais en s'y engageant, en ouvrant ainsi la porte aux fonctionnalités du Web 2.0, le cybercommerçant n'aura pas uniquement à veiller à sa cyberréputation. Il se sera mis sous un joug nouveau, un régime juridique particulier venant se superposer à la LPC, fardeau que les clauses précitées ne parviennent pas toujours à alléger.

Pour bien saisir l'enjeu de gestion des données de rétroaction que les cybercommerçants ont décidé de gérer, rappelons brièvement le litige *Corriveau c. Canoe inc.*¹¹⁹ : 12 avril 2007, le journaliste Richard Martineau lance sur son blogue (accessible via le portail www.canoe.ca) un sujet de discussion qu'il intitule « L'affaire Corriveau », du nom de l'avocate Susan Corriveau qui défendait à l'époque un homme accusé de contacts sexuels sur une enfant de huit ans. Les opinions et commentaires des internautes concernant Me Corriveau ne tardent pas à affluer, tout comme les insinuations malveillantes, les injures et les menaces. L'avocate décide ainsi de poursuivre Canoe inc. et Richard Martineau pour diffamation. La juge D. Blondin de la Cour supérieure, qui est saisie du litige, fait remarquer que, dans le cyberespace comme ailleurs, la responsabilité n'incombe pas qu'à l'auteur des propos diffamant, mais peut aussi intéresser d'autres intervenants (qui sont en principe des intermédiaires) en fonction du contrôle qu'ils exercent sur les informations mises en ligne. En l'espèce, la juge constate que le règlement du blogue de Canoe inc. prévoyait une modération des contributions devant conduire au retrait des propos diffamatoires. Cette modération, au fond similaire à celle qu'envisage *archambault.ca*, entraîne la responsabilité de Canoe inc. pour les contributions illicites ou illégales restées en ligne, puisqu'elle lui procure un contrôle sur l'information et le choix de publier ou de ne pas publier une contribution. Il faut ainsi comprendre que, comme Canoe, *archambault.ca* pourrait être passé du statut de simple intermédiaire technique à celui d'éditeur, en raison de ce rôle de modération qu'elle s'est imposée.

Au demeurant, sous la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (LCCJTI),¹²⁰ le principe applicable au prestataire qui aura conservé le statut d'intermédiaire technique à l'égard des contenus publiés,¹²¹ reste celui de

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ 2010 QCCS 3396 (C.S. Que.) ; conf par 2012 QCCA 109 (C.A. Que.).

¹²⁰ RLRQ c. C.-1.1.

¹²¹ Le législateur québécois prévoit 4 groupes d'intermédiaires (articles 22, 27 et 37 LCCJTI) : le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour : offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication ; offrir des services de référence à des documents technologiques ; fournir des services sur un réseau de communication ou qui y conserve ou y transporte des documents technologiques ; conserver sur un réseau de communication les documents technologiques que lui fournit son client et qui ne les conserve qu'à la seule fin d'assurer l'efficacité de leur transmission ultérieure aux personnes qui ont droit d'accès à l'information. Compte tenu des fonctionnalités du Web 2.0 qu'ils intègrent à leur site Web, les

l'irresponsabilité ou de la non responsabilité sauf exceptions. Ce principe est notamment affirmé à l'article 22 LCCJTI. La disposition précise que lorsque ces prestataires agissent à titre d'intermédiaires, ils ne sont pas tenus de surveiller l'information, ni de rechercher des circonstances indiquant que celle-ci permet de réaliser des activités à caractère illicite. Ces prestataires engagent leur responsabilité à deux conditions cumulatives : premièrement, s'ils ont connaissance de fait que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'ils ont connaissance de circonstances qui la rendent apparente ; deuxièmement, s'ils n'agissent pas promptement pour rendre l'accès aux documents impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité.

Alors, le cas de *amazon.ca* attire inévitablement l'attention dans la mesure où le cybercommerçant annonce dans la clause précitée qu'il « ne passe pas régulièrement en revue le contenu affiché », et qu'il se réserve « le droit (mais non l'obligation) de supprimer ou de modifier » les contenus problématiques. Il convient alors de rappeler les propos du professeur P. Trudel pour indiquer que le cybercommerçant, par cette manière de faire, n'échappe pas plus à ce régime de responsabilité un peu distant de son modèle d'affaire originel ; une revue des contenus, fut-elle occasionnelle, peut entraîner la connaissance du caractère illicite nécessaire au déclenchement de la responsabilité. Selon P. Trudel,

[U]ne personne peut avoir connaissance de fait si elle exerce une surveillance, constante ou occasionnelle, d'un site ou d'un environnement. Il n'y a pas d'obligation de surveiller afin d'acquérir connaissance aussitôt que se pointeront des documents illicites. Mais si une telle surveillance est effectuée et qu'elle permet d'acquérir la connaissance du caractère illicite de documents, alors la responsabilité de l'hébergeur pourra être engagée s'il n'agit pas.¹²²

Le dernier type de clauses examinées consiste en celles rédigées dans le cadre du règlement des différends.

4. LES CLAUSES RELATIVES AU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Nous traiterons successivement des clauses relatives au droit applicable au contrat (4.1) et de celles concernant la désignation de la juridiction compétente pour connaître des litiges éventuels (4.2).

commerçants dont nous analysons la situation pourraient relever des deux premières catégories.

¹²² Pierre Trudel, « La responsabilité sur internet en droit civil québécois », Rapport préparé pour le colloque de droit civil 2008 de l'Institut national de la magistrature, Ottawa, 13 juin 2008 aux pp. 20-21.

4.1 Les clauses relatives au droit applicable

Comme on sait, le régime d'une offre en cybercommerce dépend étroitement des parties en présence et présente normalement des spécificités en fonction de ces dernières et de leur localisation. Le droit applicable à l'offre dépend, à son tour, de ces facteurs, ou du rattachement du contrat, et ceci à la période de sa conclusion. Par exemple, l'art. 54.2 LPC dispose que « [l]e contrat conclu à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur ». Selon le Code civil, en général, c'est le droit de cet État ou de cette province qui s'applique, instrument qui précise en son art. 3117 C.c.Q. que 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 [...] ». ¹²³ La LPC ajoute de nouveau, en son art. 19, qu'« 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 ».

La jurisprudence applique rigoureusement cet ensemble de règles, ce qui a, en pratique, pour conséquence de localiser tous les contrats conclus à distance dans le cadre du commerce B2C dans la province du domicile ou de la résidence du cyberconsommateur, indépendamment de toutes stipulations contractuelles, et de soumettre la relation créée au droit de cette province. ¹²⁴ Ce qui s'apparente alors désormais à un acquis du droit positif québécois laisse présager un sort funeste aux clauses relatives au droit applicable qui ne s'y conforment pas : puisqu'elles sont soumises au droit impératif et qu'il n'est pas possible de déroger

¹²³ Selon l'art. 3117 C.c.Q., « [l]e 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 » (nous soulignons). *Bousquet c. Acer America Corporation (Canada)*, 2012 QCCQ 1261 au para. 126 (C.Q.) : « La philosophie sous-tendant cette disposition est de ne pas priver indûment le consommateur québécois des dispositions avantageuses de la Loi sur la protection du consommateur, auquel le législateur tient à accorder une portée plus grande que ce qu'autoriseraient les règles relatives aux conflits de lois en matière d'obligations. C'est que, comme on le sait, la règle de conflit spécifique au contrat de consommation est plus généreuse que le régime général ». Voir aussi : *Mofo Moko c. eBay Canada Ltd.*, 2013 QCCA 1912 (C.A. Que.) ; *Quality Plus Tickets inc. c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 3780 au para. 48 (C.S. Que.) : « [. . .] si les conditions relatives au contrat à distance et au contrat de consommation sont remplies, le lien de rattachement au Québec est clair : le consommateur y réside, le contrat y est conclu, le commerçant y rend un service [. . .]. Le simple fait qu'une loi provinciale valide ait, accessoirement, un impact supra-provincial n'en affecte pas la validité » [références omises].

¹²⁴ Voir par exemple *Simoneau c. Voyage Vasco Victoriaville*, 2010 QCCQ 5058 au para. 15 (C. Q. civ. (div. pet. cré.)). Voir aussi *Desrosiers c. Bâtiments Futur*, 2016 QCCQ 2668 au para. 11, 13-16 (C. Q. civ. (div. pet. cré.)) ou encore *Loubert c. BRP Bombardier Produits récréatifs inc.*, 2009 QCCQ 390 au para. 20 (C. Q. civ. (div. pet. cré.)).

à ce droit, elles n'ont qu'une valeur relative. Le sort d'une clause dépend, dans les faits, de sa formulation. Celles qui vont formellement à l'encontre du droit impératif sont assurées de ne pas se voir reconnaître une quelconque validité. Pour tenir compte de cette donnée, certains professionnels se contentent de renvoyer au « droit applicable » au Québec, à l'exemple des sites *archambault.ca* et *amazon.ca*, qui stipulent dans leurs CGV/CGU que le contrat conclu entre eux et le client est régi par les lois applicables dans la province du Québec. D'autres, tels que Costco, énoncent bien que la section de leurs conditions de vente portant sur le règlement des différends « ne s'applique pas dans la province de Québec », sans précisions supplémentaires, ce qui habilite pleinement les dispositions supplétives du droit québécois et, inévitablement, celles de nature impérative.

Par contre, tous les professionnels ne semblent pas avoir pris la mesure de la portée du droit impératif québécois. Ainsi, on retrouve les stipulations suivantes dans les CGV/CGU du site *labaie.com* : le client accepte « que tous les sujets liés à l'accès à ce site Web, à son utilisation ou aux achats qui y sont effectués soient régis par les lois ontariennes et les lois fédérales canadiennes applicables à l'Ontario ». Nulle part, il n'est fait mention des cyberconsommateurs du Québec. Advenant qu'un cyberconsommateur québécois ait accès à ces produits, il nous semble bien que la réglementation québécoise aura à s'appliquer à la relation contractuelle créée, ceci incluant évidemment les dispositions relatives au droit applicable. Il est curieux de constater que ce même site impose que les cyberconsommateurs se conforment à toutes les lois locales, comme si la force d'une loi dépendait d'une stipulation contractuelle entre des personnes privées.

La position du droit européen n'est pas si éloignée de celle du droit québécois en la matière. Il n'est que de voir le récent arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, du 28 juillet 2016, impliquant les CGV de la filiale luxembourgeoise de la société Amazon.¹²⁵ La Cour affirme qu'une clause de choix du droit applicable figurant dans les CGV, qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle, est abusive si elle donne « l'impression que seule la loi de [l'État membre du siège du professionnel] s'applique au contrat, sans l'informer du fait qu'il bénéficie également [. . .] de la protection que lui assurent les dispositions impératives du droit qui serait applicable en l'absence de cette clause [. . .] ». ¹²⁶ Cet arrêt dont la sévérité doit être indexée, amène à devoir effectuer quelques précisions. Alors même que la question examinée par la Cour est celle de la détermination de la loi applicable pour l'appréciation du caractère abusif de clauses contenues dans les conditions générales de vente, et alors qu'il est question d'un contrat d'adhésion et de consommation, il nous semble que la Cour devait seulement déterminer le droit applicable, en tenant compte de tous les éléments du contrat litigieux, en ce compris la clause. Au lieu de cela, elle s'est davantage axée sur la mise en exergue d'une obligation d'information du professionnel vis-à-vis du consommateur. À la suite de cet arrêt, on serait tenté

¹²⁵ *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, [2016] E.C.R. (28 juillet 2016).

¹²⁶ *Ibid* au para. 71.

de penser que le rôle du professionnel serait d'informer le consommateur de l'applicabilité de l'un ou l'autre droit, ce qui n'est pas le cas. Il nous semble qu'ici, la Cour aurait gagné à simplifier son intervention en la limitant à la détermination du droit applicable, soit, les dispositions qui régissent le contrat d'adhésion et éventuellement le contrat de consommation, contenues dans la législation du pays du consommateur. En effet, comme le dispose le Règlement Rome I applicable à cette affaire, le choix effectué par les parties « ne peut [...] avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1 ».¹²⁷ Selon ce paragraphe, un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel « est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle ».¹²⁸ Ces dispositions du Règlement Rome I ont d'ailleurs le mérite d'avoir institutionnalisé la solution applicable dans la majorité des ordres juridiques civilistes ayant édifié une protection du consommateur. Au Québec, c'est la teneur de l'art. 3117 C.c.Q. que nous avons mentionné ci-dessus.

Ce raisonnement est, à peu de choses près, identique lorsqu'il est question de la juridiction compétente.

4.2 Les clauses relatives à la juridiction compétente

Les dispositions sur le tribunal judiciaire ou arbitral compétent jouxtent habituellement celles sur le droit applicable, que ce soit en ce qui concerne leur emplacement ou encore leur substance. Pas plus que dans le cas du droit applicable, le législateur ne laisse le choix au cyberconsommateur dans le cas du tribunal compétent, au vu de la rédaction de l'art. 3149 C.c.Q. Ici aussi, le droit impératif a vocation à s'appliquer, le législateur allant jusqu'à préciser dans cet article que la renonciation du consommateur à la compétence de la juridiction de son lieu de résidence ne peut jamais lui être opposée.¹²⁹

Dans notre étude, nous avons constaté que dans les CGV/CGU analysées, voire presque toutes celles qui sont *a priori* applicables aux relations conclues en ligne et impliquant un consommateur québécois, les professionnels en tiennent compte en renvoyant à une juridiction québécoise, lors de la rédaction de la clause de règlement des différends. Le site *labaie.com* constitue une exception, en stipulant que le client accepte la compétence des tribunaux ontariens. Ceci va évidemment à l'encontre de l'art. 3149 C.c.Q. *in fine*. On constate aussi que les professionnels prennent soin de respecter les interdictions édictées par le

¹²⁷ CE, *Règlement (CE) N° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, [2008] J.O., L. 177/6, art. 6 para. 1.

¹²⁸ *Ibid*, art. 6 au para. 2.

¹²⁹ Selon l'art. 3149 C.c.Q., « Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation [...] si le consommateur [...] a son domicile ou sa résidence au Québec ; la renonciation du consommateur [...] à cette compétence ne peut lui être opposée » (nous soulignons).

législateur à l'art. 11.1 LPC Selon cet article, il est interdit au professionnel « d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, [...] de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer une action collective, [ou le privant] du droit d'être membre d'un groupe visé par une telle action ». Quelques exemples dans les CGV/CGU analysées démontrent le respect de ces dispositions. Évidemment, on ne rencontrera jamais dans ces conditions des stipulations invitant les consommateurs à se constituer en association pour exercer une action collective contre le professionnel.

Examinons maintenant le cas de *aircanada.ca* dont les conditions de vente stipulent, notamment, que :

[le client s'en remet] à la compétence exclusive des tribunaux du district judiciaire de Montréal, dans la province de Québec, pour tous les différends ou mésententes qui peuvent découler du présent contrat d'utilisation, ou pour toute opération et relation qui y est prévue [. . .]

Les conditions de vente du site *archambault.ca* sont du même ordre, en stipulant que :

[le client reconnaît] par les présentes que tout litige découlant de ou lié à l'utilisation des services et site de Groupe Archambault inc. sera soumis à la compétence des tribunaux du district de Montréal, province de Québec.

Force est donc de constater que, dans bon nombre de cas, de telles clauses ne pourraient être déclarées de nul effet s'il advenait une procédure litigieuse. Cela serait le cas seulement si la juridiction qu'elles rendent compétente relève d'un lieu autre que la Province du Québec et alors même que le cyberconsommateur demeure quant à lui localisé au Québec (y ayant son domicile ou sa résidence). Le véritable problème peut se trouver ailleurs, en cas de conflits entre le tribunal élu au Québec (soit, un district judiciaire au Québec), et alors que ce tribunal n'est pas celui du domicile ou de la résidence du cyberconsommateur. Prenons le cas d'une personne domiciliée au district judiciaire d'Alma, au Lac Saint-Jean, qui effectue des achats sur les deux derniers sites examinés (Air Canada et Archambault). Dans un cas comme dans l'autre, comme le prévoit l'art. 3149 C.c.Q., la seule exigence faite au professionnel est que le tribunal se trouve au Québec : la désignation du district de Montréal n'est donc pas en contradiction de la loi. C'est plutôt la notion de domicile qui pourrait poser problème ici, le consommateur pouvant revendiquer la compétence des tribunaux du district d'Alma en vertu de la LPC.

Comme dans le cas du droit applicable, la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner toute violation de ces règles. En conséquence, il suffit que l'on soit en présence d'un contrat de consommation, conclu à distance et incluant un consommateur résidant au Québec, pour que les juridictions québécoises soient compétentes. Par exemple, en 2010 dans une affaire *Laurence c. Air Transat AT inc.*,¹³⁰ la Cour supérieure a rejeté la requête en exception déclinatoire de la

société Air Transat qui souhaitait que le litige introduit dans le district judiciaire de Québec, lieu de domicile du demandeur, soit renvoyé devant la Cour supérieure du district de Montréal, là où se trouve le siège social de la société. La Cour a jugé qu'il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat conclu à distance et appliqué, en conséquence l'art. 54.2 LPC, auquel elle a par ailleurs adjoint l'ancien article 68 C.p.c.¹³¹ La Cour supérieure a reproduit ce raisonnement dans plusieurs autres affaires dans sa jurisprudence ultérieure, à l'exemple des affaires *Leblanc c. United Parcel Service du Canada ltée*¹³² en 2012 ou encore *Quality Plus Tickets inc. c. Québec (Procureur général)* en 2013.¹³³

CONCLUSION

Notre étude nous a amené à examiner les pratiques contractuelles de cinq sites Web transactionnels canadiens parmi les plus utilisés par les adultes québécois par catégories de produits et services, selon l'indice du commerce électronique au Québec 2014-2015. Nous avons l'objectif de mettre ces pratiques contractuelles en rapport avec le droit positif, afin de déterminer si les solutions pour lesquelles le législateur a opté sont appliquées. Ces solutions ne sont certes pas fondamentalement de droit nouveau, mais les envisager dans le commerce électronique est manifestement source d'incertitude pour les parties en présence, le cybercommerçant d'une part ; le cyberconsommateur d'autre part. Une première ambiguïté, déterminante, apparaît dès la qualification juridique des inscriptions et autres stipulations affichées par les cybercommerçants sur leurs sites Web. Là s'est révélée une jurisprudence qu'on a vu se déchirer sans pouvoir se recoudre, qui avance en rang dispersé, hésite entre revêtir l'interprétation coutumière du droit commun des contrats et succomber à l'application des règles en vigueur selon une pensée renouvelée, induite par l'ère du temps portant l'empreinte des technologies de l'information. Entretemps, la certitude des parties à propos du moment de la naissance du contrat s'amenuise, condamnées qu'elles sont à devoir s'alterner les rôles, de pollicitant et d'acceptant, au gré des décisions judiciaires. Incidemment, le sort du contrat s'en trouve hypothéqué. Or, si les usages des cybercommerçants et une certaine jurisprudence (qu'on hésite pour l'heure à qualifier de courant jurisprudentiel) appuyée en partie par la doctrine, tendent à s'éloigner de la conception classique de l'offre, cette distance est possiblement prise sciemment. Elle sera alors insistante dans les décisions à venir, repositionnant du coup l'idée de règles spécifiques au commerce électronique, boudée dès les débats sur le droit du cyberspace.¹³⁴ Mais la voie vers une consécration éventuelle de cette spécificité risque d'être chronophage et

¹³⁰ 2010 QCCS 1041 (C.S. Que.).

¹³¹ *Code de procédure civile*, RLRQ c. C.-25.

¹³² *Leblanc c. United Parcel Service du Canada ltée*, 2012 QCCS 4619 au para. 149 et s. (C.S. Que.).

¹³³ *Quality Plus Tickets inc. c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 3780 au para. 40 et s. (C.S. Que.).

chargée d'instabilité, à moins que le législateur s'en mêle à nouveau, franchement, en faveur ou contre cette spécificité, en tenant l'urgence de la stabilisation des relations contractuelles de cyberconsommation.

Il nous semble que le même élan d'ajustement, souhaité cette fois à l'égard du juge, pourrait concerner l'émission de l'offre en ligne comportant une erreur matérielle. Il paraît équitable d'admettre que l'erreur sur le prix ne soit systématiquement et *a priori* qualifiée d'erreur inexcusable. Seule une négligence grave, qui caractérise habituellement l'erreur inexcusable, voire la mauvaise foi, devrait entraîner une telle qualification, avec la sanction qui y est attachée. L'analyse circonstanciée devrait pareillement prévaloir à l'égard de l'article 224 c) LPC, en recherchant chez le cybercommerçant la preuve de manœuvres dolosives, d'harponnage ; chez le cyberconsommateur, un comportement confirmant son ignorance quant au fait que la pratique de son vendeur contrevient à la loi.

Ceci autoriserait le principe de la correction des erreurs matérielles contenues dans l'offre en ligne, modification selon une procédure organisée contractuellement ou par le juge, sauf éventuellement la nullité du contrat pour vice du consentement. C'est aussi un moyen de dissiper la contentieux jurisprudentielle émergente, de restituer une certaine quiétude chez les acteurs de la cyberconsommation.

La sérénité tirera certainement parti de deux derniers ajustements qui ne peuvent venir cette fois que des cybercommerçants : l'un, relatif aux clauses du Web 2.0, est utile pour alléger le fardeau qu'ils se sont imposé regardant les contenus publiés par les cyberconsommateurs sur leurs réseaux. L'autre, concernant les clauses de règlement des différends, vise à réaligner les CGV/CGU sur le dispositif légal, que les tribunaux vont, de toute façon, sanctionner avec rigueur.

¹³⁴ Voir généralement, Serge Kablan et Arthur Oulaï, « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation » (2009) 1 R.G.D. 5-49.