

EYB2014REP1563

Repères, Août 2014

Marie-Claire JACOB^{*}, Adrien SALAS^{*} et Guillaume C. BRANCONNIER^{*}
**Chronique – Les méandres du cyberspace : la compétence des tribunaux
québécois relativement aux contrats conclus en ligne**

Indexation

Obligations ; contrat ; **Communications** ; technologies de l'information ; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ; Internet ; communications électroniques ; **Preuve civile** ; moyens de preuve ; écrit ; document technologique ; inscription informatisée ; **Protection du consommateur** ; contrats relatifs aux biens et aux services ; contrat à distance ; **Droit international privé** ; compétence internationale des autorités du Québec ; action personnelle à caractère patrimonial

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I– INTRODUCTION AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

- A. Le contrat conclu par correspondance
- B. Le contrat de type « Shrink-Wrap »
- C. Le contrat de type « Click-Wrap »
- D. Le contrat de type « Browse-Wrap » ou « Web-Wrap »

II– CONTRAT RÉGI PAR LA LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

- A. Le lieu de conclusion du contrat
- B. Élément d'extranéité

III– RÈGLES RÉGISSANT D'AUTRES TYPES DE CONTRATS CONCLUS EN LIGNE

CONCLUSION

Résumé

Les auteurs s'intéressent à la compétence des tribunaux relativement aux litiges issus des contrats conclus sur Internet. Ils présentent d'abord le principe de l'équivalence des supports entre les documents papier et les documents technologiques, puis les modalités entourant la conclusion des contrats électroniques. Par la suite, ils indiquent les critères permettant de déterminer la compétence des tribunaux relativement à ce type de support.

INTRODUCTION

Le commerce électronique occupe maintenant une place déterminante dans la sphère économique. Plusieurs entreprises traitent désormais par l'intermédiaire d'un site Internet. De cette façon, les parties peuvent conclure un contrat en étant à différents endroits et en ayant recours à divers supports. Le monde virtuel n'étant pas rattaché à un lieu unique, il devient difficile de déterminer le droit applicable lorsqu'un litige survient. Dans le présent texte, nous nous intéresserons au paradigme lié à la conclusion d'un contrat sur Internet et plus particulièrement à la compétence des tribunaux québécois. Nous ferons un bref survol de l'équivalence des supports et des paramètres de conclusions des contrats électroniques. Nous nous attarderons par la suite sur la compétence des tribunaux québécois dans le cadre des contrats conclus en ligne sous l'application de la *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après L.p.c.) et des règles applicables à d'autres contrats qui ne seraient pas régis par cette loi¹.

I– INTRODUCTION AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

Le législateur québécois a introduit avec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (ci-après LCCJTI) le principe de l'équivalence des supports. En effet, l'article 1 alinéa 3 et l'article 5 de la LCCJTI établissent que le document technologique possède la même valeur probante que son équivalent papier, à condition que son intégrité soit assurée tout au long de son cycle de vie (art. 6 al. 2 LCCJTI). Notons que l'intégrité du document technologique fait l'objet d'une présomption simple, selon l'article 2840 du *Code civil du Québec*, et il appartient à celui qui souhaite remettre en cause l'intégrité d'un document technologique de le prouver par prépondérance de preuve. Ce principe étant posé, nous comprenons que l'acte passé sous format électronique produira les mêmes effets juridiques que son équivalent papier, à condition que son intégrité ne soit

pas remise en cause². Admettre le contraire reviendrait à affaiblir les obligations contractuelles des parties, ce qui serait un désastre sur la pérennité des activités du commerce en ligne.

Nous comprenons alors que les contrats électroniques n'échappent pas aux règles du C.c.Q. puisqu'ils demeurent avant tout des contrats. Ainsi, ils sont en principe consensuels et aucun formalisme particulier ne leur est imposé³. Néanmoins, la pratique du commerce en ligne a vu l'apparition de différents types de contrats, qui peuvent avoir une incidence sur la validité du consentement des cocontractants. Rappelons que l'article 1387 C.c.Q. pose le principe selon lequel l'acceptation reçue par l'offrant détermine le moment et le lieu de la conclusion du contrat. Même si le consentement peut théoriquement n'être que tacite⁴, nous verrons au travers des principaux types de contrats disponibles sur Internet que la jurisprudence a refusé de reconnaître l'échange de consentement à certaines occasions.

A. Le contrat conclu par correspondance

Il s'agit par exemple du contrat conclu par échange de courriels interposés, traduisant la volonté des parties de s'entendre sur les éléments essentiels du contrat, autrement dit, par un contrat de gré à gré. En pratique, ce type de contrat n'est pas le plus utilisé sur la toile, et est quasiment absent des pratiques de commerce en ligne qui s'appuient le plus souvent sur des contrats d'adhésion ou de consommation. L'internaute doit décider d'accepter « en bloc » ou non, sans pouvoir en négocier au préalable les conditions⁵. La distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion ou de consommation est très importante, car le législateur accorde des protections supplémentaires à l'adhérent et au consommateur⁶.

B. Le contrat de type « *Shrink-Wrap* »

Ce contrat pourrait être traduit comme un « contrat d'achat sous emballage » selon la traduction officielle de l'Office québécois de la langue française.

Dans ce type de contrat, l'acheteur reçoit figurativement un bien qui est emballé dans un film plastique et qui laisse transparaître les conditions du contrat. L'acheteur consent à acquérir le bien ou à utiliser le service en déchirant l'emballage⁸. C'est le cas lorsqu'une partie décide d'acquérir la licence d'un logiciel. La partie cocontractante s'engage, par exemple, à ne pas reproduire le produit acheté⁹. Notons que les contrats « *shrink-wrap* » font nécessairement

partie des contrats d'adhésion¹⁰, car l'acheteur n'a pas la faculté de négocier les conditions du contrat.

C. Le contrat de type « *Click-Wrap* »

Ce contrat pourrait être traduit comme un « contrat d'achat au clic », selon la traduction officielle de l'Office québécois de la langue française.

Ce type de contrat, beaucoup plus répandu, permet au cocontractant d'exprimer son consentement à être lié par les termes du contrat en cliquant à un endroit particulier, notamment un bouton « j'accepte », ou encore en cochant une case, située le plus souvent au bas des conditions¹². Ce type de contrat a été accepté par des tribunaux canadiens¹³, mais il devrait cependant respecter certaines conditions pour en garantir la validité telles que, notamment, la mise en place de modalités pour faciliter la lecture du document électronique, un aménagement du site Internet permettant de consulter à tout moment les conditions, ou encore, une méthode de signature « active », qui ne rendrait pas « anodine » l'apposition du consentement¹⁴. Force est de constater qu'avec l'utilisation d'appareils électroniques de plus petit format, ce type de contrat pourrait paraître problématique. À cet effet, il faut se demander si une partie concluant un contrat avec son téléphone intelligent donne véritablement un consentement éclairé lorsqu'elle consent aux conditions du contrat qui peuvent parfois être ardues à lire.

D. Le contrat de type « *Browse-Wrap* » ou « *Web-Wrap* »

Ce contrat pourrait être traduit comme une « convention d'achat en ligne », selon la traduction officielle de l'Office québécois de la langue française.

Ce type de contrat serait conclu par la seule utilisation d'un site web, sans qu'aucun consentement explicite ne soit requis de la part de l'utilisateur¹⁶. Autant préciser d'emblée que ce type de contrat a reçu un accueil mitigé de la part de la jurisprudence canadienne¹⁷. Dans *Aspencer1.com inc. c. Paysystems Corporation*, une partie avait unilatéralement modifié certains termes du contrat, notamment le rajout d'une clause d'arbitrage, faisant en sorte que l'utilisateur qui se rendait sur ledit site consentait aux conditions sans y avoir donné son consentement exprès. *Aspencer1.com inc.* a démontré qu'elle n'avait pas à lire le texte des amendements pour continuer à utiliser le site, et n'était pas forcée d'accepter en « cliquant » sur une icône bien définie à cet effet, ou même, pour lire le nouveau contrat¹⁸. Le tribunal dresse la conclusion suivante¹⁹ :

Il n'y a donc pas eu preuve positive de [l']accord [du demandeur] auxdits

amendements, et vu ce qui précède, la Cour est d'avis que le nouveau contrat proposé par la requérante, comprenant la clause d'arbitrage, ne s'appliquait pas pour défaut de consentement clairement prouvé, à l'intimée.

De cette façon, nous comprenons que la partie voulant forcer l'exécution d'un tel contrat devra faire la preuve prépondérante que l'utilisateur a donné son consentement aux modifications relatives au contrat. La Cour supérieure en a décidé autrement dans *Canadian Real Estate Association v. Sutton (Québec) Real Estate Services Inc.* Ici, le tribunal devait statuer sur une demande d'injonction enjoignant à Sutton de cesser de télécharger les informations répertoriées sur le site www.MLS.ca pour en modifier le contenu ou la présentation des informations divulguées. La demande d'injonction prévoyait aussi que Sutton devait prendre les moyens nécessaires pour que la transmission, le téléchargement et la distribution des informations respectent les règles d'utilisation dudit site Internet. Dans cette affaire, l'Association canadienne d'immeuble (la CREA ci-après) affirme que le comportement de Sutton viole les termes d'utilisation de son site et ses droits d'auteur quant à la compilation des données répertoriées par elle²⁰. Sutton soutient n'avoir jamais consenti aux règles d'utilisation du site Internet puisque ce site n'est pas muni d'une icône « I agree » qu'elle aurait actionnée²¹. Considérant qu'il s'agit d'une demande interlocutoire et que le poids des inconvénients penche en faveur de la CREA, le tribunal conclut que cette dernière dispose d'un droit apparent à l'utilisation et à la conservation de l'intégrité de son site²². Selon cette décision, le contrat de type « browse-wrap » pourrait alors être considéré comme valide. Il convient néanmoins de préciser que le commerçant prudent devrait indiquer les conditions d'usage et obtenir le consentement de l'utilisateur.

Nous observons que la plupart des contrats conclus en ligne reposent sur un modèle préparé par un offrant, disséminé sur la toile, à de potentiels acquéreurs. Bien qu'il s'agisse d'un moyen efficace pour les commerçants, il peut s'avérer contraignant pour les parties qui ne peuvent, en principe, pas négocier les termes desdits contrats.

II– CONTRAT RÉGI PAR LA LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

A. Le lieu de conclusion du contrat

Le législateur québécois a prévu des dispositions expresses afin de faciliter l'accès à la justice pour le consommateur. Ce dernier est protégé à la fois par la *Loi sur la*

protection du consommateur et par le *Code civil du Québec*. Chacune des dispositions qui seront étudiées fait en sorte que les autorités québécoises sont compétentes quant à l'action qui est fondée sur un contrat de consommation.

En 2006, le législateur a opéré un changement relativement aux règles régissant le contrat conclu à distance en tenant compte du *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*²³. Selon l'article 54.2 Lpc, le contrat conclu à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur. Cette règle reprend l'essence de l'article 3117 C.c.Q. qui prévoit 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 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 ». Nous remarquons aussi que selon l'article 3149 C.c.Q., « les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec ; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée ».

Bien que le consommateur puisse paraître bien protégé par la législation québécoise en vigueur, il appert que le contrat conclu sur le web entre un consommateur et un commerçant peut comprendre de nombreuses ramifications. Imaginons qu'un consommateur québécois remplit d'abord une demande en ligne afin d'obtenir une carte de crédit émise par une banque dont le siège est situé à Toronto. Par la suite, il souscrit à un contrat sur la toile avec une plateforme de paiement en ligne (ex. PayPal) dont le serveur est situé en Californie et sur laquelle il enregistre sa nouvelle carte de crédit. Ensuite, il fait l'achat, sur un site web de ventes aux enchères (ex. eBay) dont le serveur est situé en Australie, d'un produit manufacturé à Singapour offert par un commerçant résidant en France, en payant par l'entremise de la plateforme de paiement.

Nous comprenons que plusieurs contrats de consommation conclus sur le web peuvent impliquer des parties provenant respectivement d'États étrangers. Conséquemment, plusieurs juridictions peuvent être appelées à trancher un litige résultant d'une faute contractuelle. Nous retrouvons une jurisprudence consistante reconnaissant la compétence des tribunaux québécois en application de l'article

54.2 Lpc²⁴.

Nous remarquons aussi que le consommateur dispose d'une protection étendue relative à des transactions pouvant impliquer différents commerçants avec lesquels il n'aurait pas directement contracté. La décision *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs* rendue par la Cour suprême du Canada introduit une perspective intéressante quant à la compétence des tribunaux relativement à l'introduction d'un recours collectif par des acheteurs directs et indirects. Dans cette décision, M^{me} Cloutier, représentante du recours collectif, a acheté un ordinateur auprès de Dell par Internet depuis son domicile montréalais. Elle aurait versé un prix plus élevé que ce qu'elle aurait dû payer en raison d'« un complot de fixation de prix » organisé par les compagnies appelantes. Ces dernières fabriquaient de la mémoire vive pour des produits électroniques, dont l'ordinateur acheté par M^{me} Cloutier. La Cour suprême soutient que même si le contrat n'est pas à l'origine de la cause d'action qui est de nature extracontractuelle, il constitue un fait juridique établissant le lieu où le préjudice économique allégué s'est produit, puisque la perte financière de M^{me} Cloutier découlait directement du contrat intervenu avec Dell. D'ailleurs, il est souligné que le contrat intervenu entre M^{me} Cloutier et Dell est un contrat régi par les articles 54.1 et s. Lpc (anciennement 20-22 Lpc). De cette façon, la conclusion du contrat constitue l'événement qui établit le *situs* du préjudice matériel subi au Québec²⁵. Au regard de l'analyse de la Cour suprême, il apparaît que le consommateur dispose d'une protection importante relativement aux multiples intermédiaires pouvant être impliqués dans une transaction effectuée sur Internet. Le plus haut tribunal du pays affirme que le consommateur moderne qui fait des affaires maintenant par divers médias doit bénéficier d'une protection qui doit refléter l'évolution des pratiques commerciales. Selon la Cour, il appert que les commerçants « qui affichent leurs pages de vente en ligne sur Internet et qui ne bloquent pas l'accès à leur site Web savent que des personnes de divers pays peuvent visiter leur site et consentir à leurs offres »²⁶. Cette considération impose maintenant un fardeau important sur les épaules des commerçants qui se doivent de restreindre leur offre aux pays avec lesquels ils désirent commercer à défaut de quoi ils doivent, en principe, se soumettre à la compétence des tribunaux du consommateur québécois.

B. Élément d'extranéité

Comme nous l'avons observé précédemment, plusieurs entreprises utilisent le même type de contrat. Plusieurs des contrats disponibles sur Internet contiennent

des clauses d'arbitrage qui obligent une partie voulant introduire un litige à se soumettre à la compétence d'un arbitre²⁷. À cet effet, le législateur québécois a prévu à l'article 11.1 Lpc que ce type de stipulation est interdit. Il faut comprendre que l'intention du législateur n'est pas d'empêcher le consommateur d'avoir recours à l'arbitrage s'il est librement consenti par ce dernier. Dans *Lemieux c. Home Dépôt du Canada inc.*, la Cour du Québec a soutenu que la présence d'une clause d'arbitrage incluse dans un contrat en ligne est inopposable au consommateur²⁸. Le professeur Frédéric Bachand soutient qu'il « est préférable d'interpréter l'art. 11.1 comme consacrant simplement l'inopposabilité de la clause – autrement dit comme instituant une nullité relative – et non sa nullité absolue »²⁹.

La portée de cette disposition comprend certaines limites au regard du contrat conclu sur Internet. L'exemple de la plateforme de paiement électronique est d'ailleurs intéressant à cet égard. Assurant le paiement lors d'une transaction conclue entre un consommateur et un commerçant, ce type de plateforme agit comme une tierce partie au contrat et propose des solutions lorsqu'un litige survient entre les parties. Les conditions d'utilisation du service *PayPal*, par exemple, prévoient que le consommateur doit d'abord se soumettre à un processus de règlement interne. Par la suite, le consommateur peut soumettre son litige à l'arbitrage ou à la compétence personnelle des tribunaux du Nouveau-Brunswick. En principe, ces règles seraient sans effet relativement au contrat conclu entre *PayPal* et le consommateur québécois³⁰. Toutefois, l'article 11.1 Lpc ne trouvera pas application relativement à une telle clause lorsqu'il y a un litige entre une entreprise et un consommateur québécois, car le cas échéant, « il ne s'agit pas d'une clause compromissaire, mais plutôt d'un compromis qui survient après le litige »³¹. Il faut comprendre que *PayPal* agirait comme tierce partie au contrat conclu entre le commerçant et le consommateur qui ne comprendrait pas, en principe, de clause compromissaire. *PayPal* offrirait alors un service de médiation et d'arbitrage pour les parties cocontractantes. De cette manière, le consommateur devrait se soumettre à l'arbitrage par *Paypal*. Au surplus, il appert que *PayPal* est considéré comme gratuit pour l'acheteur³². À la lumière de la décision *St-Arnaud c. Facebook*, force est de constater que le contrat à titre gratuit conclu sur Internet n'est pas soumis aux règles de la Lpc, puisqu'il ne s'agirait pas d'un contrat de consommation³³. De cette façon, il faut se demander si le consommateur dispose véritablement d'une protection uniforme lorsqu'il contracte sur Internet. De nombreux commerçants virtuels proposent des produits qui n'exigent plus une contrepartie pécuniaire. Il appert que les « renseignements personnels ont acquis

une valeur qui a amené les entreprises à en faire un objet de commerce »³⁴ et qui ne constitue pas une contrepartie financière au sens de la décision *St-Arnaud c. Facebook*. Dans ces situations, le consommateur pourrait se voir opposer une clause d'arbitrage.

III– RÈGLES RÉGISSANT D'AUTRES TYPES DE CONTRATS CONCLUS EN LIGNE

Dans un contexte où des parties domiciliées au Québec concluraient entre elles un contrat sur Internet, nous pourrions comparer cette situation à un contrat conclu par téléphone ou encore par télécopieur. Ainsi, si ces parties ne sont pas considérées comme consommateurs et commerçants au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*, les conditions d'acceptation du C.c.Q.³⁵ s'appliqueraient de sorte que le contrat serait « formé au lieu et au moment où l'offrant reçoit l'acceptation quel que soit le moyen mécanique ou électronique choisi par les parties pour la communiquer »³⁶. La juridiction compétente dans le cas d'une action purement personnelle sera normalement celle du tribunal du domicile du défendeur, à moins que le demandeur puisse établir la compétence d'une autre juridiction répondant aux autres options prévues par les alinéas 2 et 3 de l'article 68 C.p.c., qui représentent l'exception par rapport à la règle générale³⁷. Mais qu'en est-il lorsque l'une des parties au litige issu de la conclusion d'un contrat par Internet n'est pas domiciliée au Québec et que le contrat n'est pas régi par la *Loi sur la protection du consommateur* ?

Il y a d'abord lieu de mentionner que l'élément d'extranéité³⁸ qu'apporte ce genre de situation fait primer l'article 3148 C.c.Q.³⁹ sur l'article 68 C.p.c. quant à la juridiction compétente⁴⁰. Dans un contexte de droit international privé, les critères attributifs de compétence sous l'article 3148 C.c.Q. diffèrent quelque peu de l'article 68 C.p.c., la Cour du Québec mentionne à cet effet que « le domicile demeure un critère attributif de juridiction. Toutefois, d'autres éléments tels [...] l'endroit où le contrat a été conclu ne sont plus déterminants pour établir la juridiction du Tribunal »⁴¹.

Internet permet maintenant aux commerçants de bénéficier d'une plateforme mondiale d'acheteurs potentiels, et ce, parfois malgré eux. Ainsi, avec l'arrivée des technologies de l'information, il est parfois difficile de conjuguer le monde virtuel et le monde juridique. La question se pose notamment lorsqu'un litige est issu d'un contrat conclu sur Internet entre une partie domiciliée au Québec et une autre n'y

ayant aucun lien juridique et qui ne reconnaîtrait pas la compétence de ses tribunaux. Dans ce contexte, le paragraphe 3 du premier alinéa de l'article 3148 C.c.Q., soit « [...] un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée », permettrait l'ouverture de la compétence des tribunaux québécois à l'acheteur.

Il a été reconnu par la jurisprudence québécoise qu'une situation répondant à l'un des critères énumérés au paragraphe 3 du premier alinéa de l'article 3148 C.c.Q. est suffisant pour qu'il existe un « lien réel et substantiel » afin d'établir la compétence des tribunaux québécois⁴². Il est à noter que ces critères de compétence ainsi que la présence de biens du défendeur au Québec ont été écartés en contexte de droit international privé parce qu'ils établissaient des liens trop ténus avec les autorités du Québec⁴³. Ce concept élaboré par la jurisprudence canadienne veut qu'il y ait un lien réel et substantiel entre le litige et le forum saisi⁴⁴.

Dans l'affaire *Desjean (Succession) c. Intermix Media inc.*⁴⁵, Desjean, résident canadien, avait téléchargé gratuitement un économiseur d'écran depuis le site de l'intimée Intermix. Le demandeur Desjean reprochait à l'intimé qu'un logiciel espion a simultanément été téléchargé sans son consentement et que cela avait pour effet de nuire à l'utilisation de son propre ordinateur. Il s'adressa à la Cour fédérale afin de déterminer la compétence d'un tribunal canadien pour juger du litige.

La Cour a conclu que le Canada n'était pas le forum adéquat pour juger d'un tel litige et que le fardeau serait trop grand pour un défendeur dont l'établissement était situé en Californie. Le lien réel et substantiel entre le défendeur et le forum saisi n'a pas été établi, parce qu'il ne payait aucune taxe, n'avait aucun établissement et n'exerçait aucune promotion directement destinée aux Canadiens. Au surplus, il aurait été injuste d'imposer un tel fardeau au défendeur qui n'était aucunement présent sur le territoire canadien.

Afin de répondre au test du lien réel et substantiel, la partie plaidant la compétence du tribunal saisi devra soulever l'un des facteurs objectifs de rattachements établissant une présomption de compétence⁴⁶. La Cour suprême a établi ces facteurs comme suit⁴⁷ :

- a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside ;
- b) le défendeur exploite une entreprise dans la province ;

- c) le délit a été commis dans la province ;
- d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province.

Il importe de mentionner que même si la compétence est établie, le juge a le pouvoir discrétionnaire de décliner compétence⁴⁸ en application de la doctrine du *forum non conveniens*⁴⁹ si la preuve démontre que « les autorités d'un autre État sont plus à même d'entendre le litige et qu'il serait nettement préférable qu'il soit entendu par elles »⁵⁰. Nous notons toutefois que l'application de cette doctrine demeure limitée à des cas exceptionnels⁵¹. Ainsi, les utilisateurs de nouvelles technologies doivent dorénavant être conscients des risques juridiques⁵² que peut engendrer l'activité sur le web notamment quant à l'incertitude de la juridiction compétente dans le cadre d'un litige.

Il est de pratique courante qu'un contrat disponible en ligne comprenne une clause d'élection de for qui désigne la plupart du temps la juridiction du vendeur comme compétente pour juger d'éventuels litiges. Ce type de clause d'élection de for se retrouve souvent dans une section contenue sur le site Internet afférent à la conclusion d'un contrat d'achat en ligne⁵³ ou dans le contrat lui-même. Dans l'affaire *Mofò Moko c. Ebay Canada Ltd*, la défenderesse eBay demandait une exception déclinatoire basée sur le contrat intervenu entre les parties. Bien qu'il s'agisse d'une décision portant sur le droit de la consommation, le juge Nadeau a d'abord dressé une analyse intéressante relativement à la clause d'élection de for qui attribuait la compétence à la Californie dans les contrats d'adhésion. En effet, il lui a semblé que cette clause avait été insérée afin de décourager une réclamation éventuelle puisque le « texte touffu dans lequel s'alignent un nombre important d'avis, de conditions et de restrictions qui s'empilent les unes sur les autres dans un langage peu compréhensible, du moins pour les clients ordinaires »⁵⁴ est rarement lu en entier par les utilisateurs.

CONCLUSION

Afin de contrer un certain flou entourant la détermination du tribunal compétent dans le cadre des contrats conclus en ligne, nous remarquons que le législateur québécois a voulu protéger le consommateur d'éventuelles dérives. Ainsi, l'article 54.2 Lpc permet de déterminer par présomption absolue le lieu de formation du contrat, donc le lieu d'introduction d'un éventuel litige. Nous remarquons également que les parties elles-mêmes souhaitent atténuer cette incertitude en insérant dans le cadre de leurs contrats des clauses d'élection de for⁵⁵. Néanmoins,

ces clauses ne doivent pas avoir pour effet de pénaliser indument le cocontractant qui n'a pas rédigé le contrat, surtout si ce dernier est un consommateur ou un adhérent. Nous recommandons alors aux commerçants de limiter l'étendue de leur offre aux régions dans lesquelles ils sont prêts à transiger, en prenant le soin de vérifier la conformité du contrat avec la législation qui est en vigueur dans l'État où l'offre de contracter est affichée⁵⁶. Le commerçant devra alors s'assurer de bien cerner le type de clientèle qu'il souhaite desservir et adapter son contrat à celle-ci, afin qu'il ne se fasse pas opposer la compétence des tribunaux de son cocontractant en cas de litige. De son côté, l'adhérent devrait prendre connaissance des conditions qui pourraient lui être applicables et choisir un autre cocontractant, correspondant plus à ses besoins, le cas échéant.

Dans la foulée des disputes internationales relativement aux contrats de commerce électronique, les commerçants ont intérêt à articuler en des termes clairs les conditions du contrat afin de s'assurer d'obtenir un consentement libre et éclairé de la part de leurs cocontractants⁵⁷. Les commerçants doivent également tenir compte des différents moyens qui sont à la disposition des utilisateurs (ex. tablette, téléphone intelligent) et adapter leurs contrats à ce nouveau type de support, afin que le consommateur ou l'adhérent puisse expressément donner son consentement. Par exemple, il est possible d'insérer une case à cocher qui confirme que le client consent à chaque condition du contrat, et ce, à chaque page du contrat. Avant d'officialiser la conclusion du contrat, l'utilisateur devrait se soumettre à un exposé récapitulatif des points auxquels il aurait consenti et devrait finalement apposer son nom à la fin du contrat, ce qui exprimerait son consentement éclairé aux stipulations contractuelles. Il conviendrait alors d'éviter d'avoir recours à des contrats de type « browse-wrap » compte tenu de l'incertitude jurisprudentielle entourant leur validité.

* M^e Marie-Claire Jacob œuvre dans les domaines du litige civil et commercial au sein du cabinet Astell Lachance Du Sablon De Sua. Elle a un intérêt marqué pour le droit des technologies. M^e Adrien Salas pratique en litige civil et commercial ainsi qu'en droit des technologies et de l'information et en matière de protection des renseignements personnels au sein du cabinet Astell Lachance Du Sablon De Sua. Guillaume C. Brançonniér est étudiant au sein du cabinet Astell Lachance Du Sablon De Sua. Il s'intéresse au droit de la consommation, du travail et de la construction.

1. Ce texte ne se veut aucunement un exposé exhaustif de tous les types de contrat que le juriste pourrait rencontrer.

2. Nous précisons que la contestation d'un document technologique quant à son intégrité doit se faire par affidavit, selon l'article 89 al. 4 du *Code de procédure civile* (C.p.c.).

3. Voir Vincent GAUTRAIS et Ejan MCKAAY, « Les contrats informatiques » dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats, Volume 3 : Les contrats relatifs à l'entreprise*, 2001, EYB2001DSC61 [GAUTRAIS et MACKAAY].
4. Selon l'article 1386 C.c.Q., l'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne.
5. Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 254 et 255 [GUILLEMARD]. L'auteure indique que le contrat d'adhésion est intimement lié au support numérique qui empêche « matériellement » l'internaute de modifier les conditions du contrat.
6. Voir notamment les articles 1384 et 1435 et s. C.c.Q.
7. Ce contrat pourrait être traduit comme un « contrat d'achat sous emballage » selon la traduction officielle de l'Office québécois de la langue française.
8. Il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence québécoise traitant particulièrement de la validité de telles clauses. Au Canada, de telles clauses furent interprétées positivement, notons l'arrêt de la Cour d'appel d'Alberta dans l'affaire *North American Systemshops c. King*, (1989) 68 *Alberta Law Reports* (2d) 145, 26 C.I.P.R. 165 (Alberta Queen's Bench). Aux États-Unis, notons aussi la décision *ProCD c. Zeidenberg*, (1996) 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) qui valide la clause « Shrink-Wrap » dans la mesure où l'acheteur peut avoir une « connaissance raisonnable » des conditions de vente et d'utilisation.
9. Voir Antonios BROUMAS, « Code, Access to Knowledge and the Law: The Governance of Knowledge in the Digital Age », (2008) 5:1&2 *UOLTJ* 221.
10. Voir GAUTRAIS et MACKAAY, *supra*, note 3. Voir également Jeffery E. WITTMANN, « Electronic contracts » dans *Negotiating Major Business Agreements*, Vancouver, Seminar to the Intellectual Property Group of the Federated Press, 2007, p. 1, en ligne : Wiebe Douvelos Wittmann Law.ca <http://www.wdwlaw.ca/ELECTRONIC_CONTRACTS_111007_280312.pdf>.
11. Ce contrat pourrait être traduit comme un « contrat d'achat au clic », selon la traduction officielle de l'Office québécois de la langue française.
12. Nous notons une certaine interrogation doctrinale sur l'efficacité, plus que sur la validité de ce type de contrat. Devant des conditions de plus en plus volumineuses, certains auteurs se questionnent sur l'information effectivement assimilée par le consommateur ou sur les conséquences juridiques pouvant découler d'une « erreur de clic » par la mauvaise manipulation d'une souris ou d'un écran tactile. Voir pour ces questions : GUILLEMARD, *supra*, noté 8, p. 247-250 et GAUTRAIS et MACKAAY, *supra*, note 6.
13. Voir notamment : *Rudder v. Microsoft*, (1999) 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.).
14. GAUTRAIS et MACKAAY, *supra*, note 6.
15. Ce contrat pourrait être traduit comme une « convention d'achat en ligne », selon la traduction officielle de l'Office québécois de la langue française.
16. Anne McCAFFERTY, « Internet contracting and e-commerce disputes: International and United States personal jurisdiction », (2011-2012) 2 *Global Bus. L. Rev.* 95, 112.
17. Voir Marc LACOURSIÈRE, « Les défis du législateur face au cyberspace », (2011) *C.P. du N.* 86, EYB2011CPN86.

18. *Aspencer 1.com Inc. c. Paysystems Corporation*, 2005 CanLII 6494, EYB 2005-86439, par. 26 (QC C.Q.).

19. *Ibid.*, par. 27.

20. *Canadian Real Estate Association v. Sutton (Québec) Real Estate Services Inc.*, REJB 2003-40471, 2003 CarswellQue 682 (C.S.), par. 2.

21. *Ibid.*, par. 43.

22. *Ibid.*, par. 45.

23. Comité des mesures en matière de consommation, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, 29 mai 2001.

24. *Quality Plus Tickets inc. c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 3780 (CanLII), EYB 2013-225461 (C.S.) ; *Laurence c. Air Transat AT inc.*, 2010 QCCS 1041 (CanLII), EYB 2010-171154 (C.S.) ; *Gasse c. Flash Décor enr.*, 2008 QCCQ 13328 (CanLII) ; *Loubert c. BRP Bombardier Produits récréatifs inc.*, 2009 QCCQ 390 (CanLII), EYB 2009-155464 (C.Q. – Petites créances) ; *Bossé c. Voyages à rabais.com*, 2012 QCCQ 4339, EYB 2012-207799 (C.Q.).

25. *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, EYB 2013-228582, par. 48.

26. *Ibid.*, par. 57.

27. Frédéric BACHAND, « Observations critiques sur l'article 11.1 L.P.C. » dans *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p. 163-164 [BACHAND].

28. *Lemieux c. Home Dépôt du Canada inc.*, 2013 QCCQ 15554 (C.Q. – Petites créances).

29. Bachand *supra* note 30, p. 166.

30. PayPal, *Conditions d'utilisation de PayPal*, 15 mai 2014, en ligne : PayPal <<https://www.paypal.com/ca/webapps/mpp/ua/useragreement-full#12>>.

31. Marc LACOURSIÈRE, « Monnaie électronique », (2007) 48 *C. de D.* 373, p. 445.

32. PayPal, *Tarifification simple*, le 17 juin 2014 en ligne : PayPal <https://www.paypal.com/ca/webapps/mpp/paypal-fées?locale.x=fr_CA>.

33. *St-Arnaud c. Facebook inc.*, 2011 QCCS 1506 (CanLII), EYB 2011-188728, par. 52-56 (C.S.).

34. Marie-Ève RANCOURT, *Le commerce d'informations personnelles profite-t-il au consommateur ? : Rapport final du projet de recherche présenté au Commissariat à la protection de la vie privée et au Bureau de la consommation d'Industrie Canada*, Montréal, Union des consommateurs, 2007, p. 5.

35. Voir l'article 1387 C.c.Q.

36. *Distribution 90 R-N Inc. c. National Location d'autos (Canada) Inc.*, 2002 CanLII 3776, par. 10 (QC C.Q.).

37. Voir *Eidda c. Mercier*, 2001 CanLII 15467 (QC C.S.) ; *Ultramar Canada inc. c. Livernoche*, EYB 1991-56728, 1991 CanLII 3017 (QC C.À.).

38. Claude Emanuelli précise qu'« une situation internationale, au sens du droit international privé québécois, est une situation qui présente un élément d'extranéité. Celui-ci est défini comme un point de contact juridiquement pertinent avec un État étranger », dans Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 en ligne : Centre d'accès à l'information juridique <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/12/146394523>> [EMANUELLI].

39. Voir l'article 3148 C.c.Q.

40. EMANUELLI, *supra*, note 41, en ligne : Centre d'accès à l'information juridique <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/12/60931445>>.

41. 2958-8134 *Québec inc. c. Harwood*, REJB 2004-54911, 2004 CanLII 13435, par. 15 (C.Q.).

42. *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, REJB 2002-36015 cité dans *Bousquet c. Acer America Corporation (Canada)*, 2012 QCCQ 1261 (CanLII), EYB 2012-202866, par. 34 (C.Q.). Il convient de préciser que la décision *Bousquet c. Acer America Corporation* se penche d'abord sur le droit international privé avant de faire une analyse sur l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*.

43. *Ibid.*, par. 28.

44. *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, EYB 1990-67027, [1990] S.C.J. No. 135 (QL), *Beals c. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416, REJB 2003-51513 ; *Desjean (Succession) c. Intermix Media inc.*, [2007] 4 F.C.R. 151, conf. par 2007 FCA 365 [Desjean].

45. Voir *Desjean*, *supra*, note 47.

46. *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, EYB 2012-205198, par. 90.

47. *Ibid.* À noter qu'il est possible que des facteurs de présomption s'ajoutent à cette liste.

48. *Ibid.*

49. L'article 3135 C.c.Q. prévoit qu'une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige bien qu'elle soit compétente pour entendre le litige.

50. Patrick FERLAND et Serge GAUDET, « Le droit international privé » dans *Collection de droit 2013-2014 : Volume 6*, École du Barreau, Cowansville, Yvon Blais, 2013, p. 296, EYB2013CDD275.

51. QUÉBEC, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1999, EYB1993CM3136.

52. Teresa SCASSA et Michael DETURBIDE, *Electronic Commerce and Internet Law in Canada*, 2^e éd., Toronto, CCH, 2012, p. 601.

53. *Ibid.*

54. *Mofo Moko c. Ebay Canada Ltd.*, 2013 QCCS 856 (CanLII), EYB 2013-219076, appel rejeté *eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*, 2013 QCCA 1912 (CanLII), EYB 2013-229061.

55. GUILLEMARD, *supra*, note 8, p. 297. Sylvette Guillemard mentionne que les contrats de nature commerciale disposant d'une clause d'élection de for représentent le principe et non plus l'exception.

[56.](#) Neil MELLISHIP et Seva BATKIN, « A Guide to e-commerce best practices », (2008-2009) 9 *IECLC* 53, p. 58.

[57.](#) *Aspencer 1.com Inc. c. Paysystems Corporation*, 2005 CanLII 6494, EYB 2005-86439, par. 26 (QC C.Q.). Il convient de rappeler que dans cette décision, le tribunal a refusé de reconnaître la validité d'une clause d'arbitrage contenue dans une clause de type « *browse-wrap* » qui venait modifier un contrat déjà conclu entre les parties.

Références citant

Titre	Instance	Date	Traitement	Nombre de fois que la référence citant est citée en jurisprudence B	Nombre de fois que la référence citant est citée en doctrine C	Type de contenu
 LANGEVIN L., Le contrat, Collection de droit 2019-2020, Volume 6, Obligations et contrats, EYB2019CDD126	-	2019	-	-	-	Doctrine
LANGEVIN L., VÉZINA N., Le contrat, Collection de droit 2018-2019, Volume 6, Obligations et contrats, EYB2018CDD126	-	2018	-	-	-	Doctrine
LANGEVIN L., VÉZINA N., Le contrat, Collection de droit 2017-2018, Volume 6, Obligations et contrats, EYB2017CDD126	-	2017	-	-	-	Doctrine
LANGEVIN L., VÉZINA N., Le contrat, Collection de droit 2016-2017, Volume 5, Obligations et contrats, EYB2016CDD126	-	2016	-	-	-	Doctrine
 FERLAND D., EMERY B., La compétence territoriale des tribunaux (art. 40-48), Précis de procédure civile du Québec, Volume 1 (Art. 1-301, 321-344 C.p.c.), D. Ferland et B. Emery, 5e édition, 2015, EYB2015PPC20	-	2015	-	-	-	Doctrine
LANGEVIN L., VÉZINA N., Le contrat, Collection de droit 2015-2016, Volume 5, Obligations et contrats, EYB2015CDD126	-	2015	-	-	-	Doctrine
VERMEYS N. W., Commentaire sur la décision Ordre des optométristes du Québec c. Coastal contacts inc. – Comment fixer le lieu d'un contrat de vente conclu en ligne, Repères, EYB2015REP1693	-	2015	-	-	-	Doctrine