

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**La protection du consommateur dans le commerce international passé
par Internet: une analyse comparée des systèmes juridiques
européen, français, canadien et québécois**

par

Moriba Alain KONÉ

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)

Option droit des affaires

Août 2007

© Moriba Alain KONÉ, 2007.



Université de Montréal

Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**La protection du consommateur dans le commerce international passé
par Internet: une analyse comparée des systèmes juridiques
européen, français, canadien et québécois**

présenté par :

Moriba Alain KONÉ

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Jeffrey TALPIS

Président-rapporteur

Gérald GOLDSTEIN

Directeur de recherche

Emmanuel Sibidi DARANKOUM

Membre du jury

Résumé

Avec le développement exponentiel de l'Internet et son corollaire l'expansion du commerce en ligne, le sort de la protection du cyberconsommateur devient un sujet préoccupant en ce 21^{ième} siècle. En effet, dans ce monde virtuel où l'on emploie des méthodes et technologies nouvelles et plus encore des clauses abusives dans les contrats unilatéraux, s'installe indubitablement un sentiment de méfiance entre le cyberconsommateur et le cybercommerçant. Pour rétablir cette confiance et favoriser le commerce par Internet, des lois nationales, internationales et des normes communautaires ont été adoptées aux fins de l'encadrement rigoureux du processus contractuel. Toutefois, en raison de la présence fréquente d'éléments d'extranéité dans les contrats de consommation en ligne, la question fondamentale qui vient tout naturellement à l'esprit de tous ceux qui entreprennent des études aujourd'hui, en la matière, est celle de savoir si les règles classiques de droit international privé sont dépassées par le développement trop rapide de ce type de commerce ou si au contraire elles y sont adaptées. On pourrait en outre se demander si l'encadrement juridique offert au cyberconsommateur est à même de lui procurer le même niveau de protection dont il bénéficie dans le commerce traditionnel.

La présente étude tente d'apporter certains éléments de réponse en analysant dans un premier temps, le droit substantiel interne de protection du consommateur dans les systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois en vu de scruter des zones de conflits susceptibles d'exister dans le cycle de vie de ce contrat. Dans la seconde partie, elle démontre que les méthodes classiques de résolution des conflits de juridiction et des conflits de lois en droit international privé, bien que nécessitant des adaptations, sont effectivement applicables au contexte de l'internet et ce, dans l'objectif privilégié de la protection du cyberconsommateur. Le bilan de l'analyse et de l'appréciation des critères de ces règles de conflits nous conduiront à l'examen des nouvelles mesures qui s'imposent.

Mots-clés : Droit- consommation- contrat- Internet- cyberconsommateur- protection- cybermarchand- droit international privé- loi applicable- tribunal compétent.

Abstract

With the exponential development of the Internet and the consequent expansion of on-line commerce, the fate of cyberconsumer protection has become a topic of increasing concern in the 21st century. In fact, in a virtual world where new methods and technologies are used—as are abusive clauses in unilaterally drafted contracts—a feeling of mistrust between cyberconsumer and cybermerchant is certainly setting in. National and international laws and community norms have been adopted in order to rigorously control the contractual process and to thereby re-establish consumer confidence and further Internet commerce. However, due to the frequent presence of foreign elements in on-line commercial contracts, the fundamental question which naturally arises for those who are studying the subject is whether the classic rules of private international law have become outdated by the incredibly rapid development of this type of commerce, or whether such laws are in fact adapted. One can also question whether the legal framework offered to the cyberconsumer is able to procure the same level of protection that a consumer would benefit from in cases of traditional commerce.

This study aims to present certain elements of a response, first, by analyzing substantive internal law in the realm of consumer protection in the European, French, Canadian and Quebec legal systems, in order to examine areas of conflict that are likely to exist during the lifespan of this sort of contract. In the second part, this study demonstrates that the classic methods of resolving conflicts of jurisdiction and conflicts of law in private international law, while requiring certain adaptations, can nevertheless be effectively applied to the context of the Internet with the objective of protecting cyberconsumers. The results of this analysis and evaluation of the private international rules of conflict then lead to an assessment of the new measures that are required.

Keywords : Law – consumption – contract – Internet – cyberconsumer – protection – cybermerchant – private international law – applicable law – competent court.

Table des matières

Résumé.....	iii
Abstract	iv
Table des matières.....	v
Liste des sigles et abréviations	x
INTRODUCTION.....	1
Première partie : Divers mécanismes de protection du cyberconsommateur dans le processus contractuel.....	13
Chapitre 1- Protection du cyberconsommateur par des mécanismes préventifs.....	14
Section 1- Réglementation de la publicité : publicité interdite et publicité permise....	14
Paragraphe 1- Définitions de la publicité par rapport à l'information	16
Paragraphe 2- Quelques formes de publicité.....	20
1- Les bandeaux publicitaires et l'échange de bandeaux publicitaires	20
2- Le spamming ou pourriel ou pollupostage.....	21
Paragraphe 3 : Publicité trompeuse ou mensongère et publicité comparative	24
1- La publicité trompeuse ou mensongère	25
a- Qualification d'un message publicitaire.....	25
b- Choix de l'option procédurale en droit canadien et québécois	28
c- Les sanctions d'une publicité trompeuse	31
2- La publicité comparative.....	32
a- Les Conditions d'admission de la publicité comparative	32
b- Les sanctions de la publicité comparative non-conforme.....	33
Section 2 : Obligation d'information et offre de contracter	34
Paragraphe 1- Cadre juridique général de l'obligation d'information en droits européen, français, canadien et québécois	35
Paragraphe 2- Obligations précontractuelles du cybermarchand en Europe et au Canada: les informations à fournir et les moyens d'y procéder	40
1- Les informations à fournir au consommateur	41
2- Comment fournir ces informations?	45
3- Quand faut-il fournir les informations préalables au consommateur?	46

Chapitre 2- Mesures de protection du cyberconsommateur au moment et après la conclusion du contrat	48
Section 1- Protection du consentement : nécessité d'un consentement libre et éclairé	48
Paragraphe 1- Conditions d'un consentement valide.....	49
Paragraphe 2- Manifestations pratiques du consentement libre et éclairé sur Internet	51
Section 2- Signature électronique : caractéristique et validité	60
Section 3- Droit de rétractation ou droit de réflexion	66
Paragraphe 1- Efficacité du droit de rétractation en droit communautaire et en droit français	66
1- Contenu du droit de rétractation	67
2- Les limites du droit de rétractation	69
Paragraphe 2 : Droit de rétractation : un droit naissant au Québec.....	70
Section 4- Exécution du contrat : paiement électronique et livraison.....	74
Paragraphe 1- Sécurisation du paiement électronique	75
Paragraphe 2- Livraison du contrat de consommation passé par Internet.....	77
Chapitre 3 : Protection juridique du cyberconsommateur contre les clauses abusives...	79
Section 1- Typologie de quelques clauses affectant les contrats de consommation en ligne	80
Paragraphe 1 : Conditions d'existence des clauses affectant les contrats de consommation passés par Internet.....	80
Paragraphe 2 Quelques clauses abusives affectant les contrats de consommation passés par Internet	82
1- Les clauses pénales	83
2- Les clauses d'exonération ou de non responsabilité	84
3- Les clauses externes ou par référence.....	85
4- Les clauses illisibles ou incompréhensibles.....	88
Section 2 : Contrôle judiciaire des clauses abusives dans les contrats de consommation en ligne.....	90
Paragraphe 1: Pouvoirs d'intervention du juge français	90

Paragraphe 2 : Pouvoirs d'intervention variés du juge québécois sur les clauses abusives	91
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	94
Deuxième partie : Problématique de la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable en matière de contrats de consommation passés par Internet	96
Chapitre 1- Compétence internationale des tribunaux dans les contrats de consommation passés par Internet	98
Section 1 : Compétence spécifique des tribunaux dans les litiges de cyberconsommation en droit européen et approches française et américaine de compétence.....	99
Paragraphe 1 : Contenu des règles de conflits posées par la Convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I	100
1- La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968	101
2- La transformation de la Convention de Bruxelles de 1968 en Règlement Bruxelles I de 2000	103
3- L'existence d'autres conventions européennes en marge de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I.....	107
Paragraphe 2- L'approche universaliste de compétences des tribunaux français ..	110
Paragraphe 3- Approche américaine de compétence : une évolution jurisprudentielle accélérée.....	115
1- Première étape : la compétence fondée sur la simple accessibilité d'un site Internet dans un pays.....	116
2- Deuxième étape : l'émergence de la notion de « site passif » dans la jurisprudence américaine.....	118
a)- Fondement et apogée de l'approche Zippo.....	118
b)- Limites de l'approche Zippo.....	123
3- Troisième étape : Vers une nouvelle approche de compétence	124
Section 2- Règles de conflits de compétence en droits canadien et québécois en matière de contrat de consommation.....	126
Paragraphe 1- Évolution jurisprudentielle en droit canadien	126

Paragraphe 2 : Examen des critères de compétence internationale des tribunaux québécois dans les contrats de cyberconsommation selon les articles 3148 et 3149 C.c.Q.....	133
Chapitre 2 : Question de la détermination de la loi applicable dans les contrats de consommation passés par Internet.....	140
Section 1- Détermination de la loi applicable au contrat de consommation en ligne selon les critères de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q.	141
Paragraphe 1- Application du régime dérogatoire de l'article 5 de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q.	142
1- Le champ d'application rationae materiae et rationae personae	142
2- La détermination des rattachements donnant lieu à l'application de la loi du consommateur	145
a)- Le choix des parties de la loi applicable ou rattachement subjectif.....	147
b)- La loi applicable en cas de silence des parties ou rattachement objectif..	148
Paragraphe 2 : Examen des circonstances donnant lieu à l'application de la loi du consommateur et analyse de son comportement	149
1- Les circonstances d'application de la loi de résidence habituelle du consommateur	150
a)- L'inapplicabilité de la troisième circonstance aux transactions en ligne..	151
b)- Deuxième hypothèse : la réception de la commande par le fournisseur dans le pays de résidence habituelle du consommateur	153
c)- Première hypothèse : la communication commerciale préalable.....	155
C-1)- Le sens de « l'offre » ou « proposition spécialement faite ».....	156
C-2- Condition relative à « l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat »	160
2- La prise en compte du comportement du consommateur dans la conclusion du contrat de consommation en ligne.....	164
Section 2- Nouvelles techniques de limitation des risques du droit applicable	168
Section 3: Protection supplémentaire : loi protectrice du consommateur et lois impératives	171

Section 4 : Vers la modernisation des mesures de protection du cyberconsommateur : la proposition de règlement ‘‘Rome I’’ et la nouvelle L.p.c. du Québec.....	176
Paragraphe 1 : Prochain remplacement de la Convention de Rome par le règlement Rome I.....	176
Paragraphe 2 : Modernisation de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i> en droit québécois.....	180
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	184
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	187
Bibliographie.....	192

Liste des sigles et abréviations

AELE :	Association européenne de libre-échange
Art. :	article
Al.:	alinéa
<i>Bull. Civ. I, II, III:</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (première, deuxième,chambres civiles)
<i>Bull. Crim. :</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
BVP :	Bureau de vérification de la publicité
Cass. :	Cour de cassation (France)
CCI :	Chambre de commerce internationale
C.c.Q. :	Code civil du Québec
C.civ. :	Code civil français
C.consom. :	Code de la consommation (France)
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
CNIL :	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNUDCI :	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
<i>Cass. Com. :</i>	Cour de cassation, Chambre commerciale (France)
Communic. Comm. Elec. :	Communications Commerce électronique
<i>Contrats Conc. Consom. :</i>	Contrats Concurrence Consommation
<i>Com. UE :</i>	Commission de l'Union européenne
CSA :	Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (France)
D. :	Recueil Dalloz
<i>Dr. Inf. et téléc. :</i>	Droit de l'informatique et des télécommunications
<i>DRCCRF :</i>	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de répression des fraudes (France)
<i>Expertises :</i>	Expertises des systèmes d'information
FCC :	Federal Communications Commission (États-Unis)
JCP :	JurisClasseur périodique
<i>JCP éd. G. :</i>	Semaine juridique
<i>JCP éd. E.:</i>	JurisClasseur périodique, éditions entreprises
JDI :	Journal de droit international(Clunet)
JO :	Journal officiel

JOCE :	Journal de la Communauté européenne
LCEN :	Loi sur la Confiance dans l'Économie Numérique (France)
Lexis :	Lexis, base de données en ligne
L.p.c. :	Loi sur la protection du consommateur
LGDJ :	Librairie Générale de droit et de la jurisprudence
NAF :	National Arbitration Forum (USA)
OCDE :	Organisation du commerce et du développement économique
OMC :	Organisation mondiale du commerce
ONU :	Organisation des nations-Unies
PE :	Parlement européen
RCS :	Recueil de la Cour suprême
<i>RDAl</i> :	Revue de droit des affaires internationales
<i>REDC</i> :	Revue européenne de droit des la consommation
<i>RCADI</i> :	Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>Rev. arb.</i> :	Revue de l'arbitrage
<i>R. du B.</i> :	Revue du Barreau
R.D.U.S :	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Québec)
<i>Rev.crit.dr.int.</i>	Revue critique de droit international
<i>Rev.crit.DIP.</i> :	Revue critique de droit international privé
RJQ :	Recueils de jurisprudence du Québec
RGD :	Revue Générale de Droit
RTD <i>com.</i> :	Revue trimestriel de droit commercial et de droit économique
RTD <i>eur.</i> :	Revue trimestriel de droit européen
SVPCD :	Syndicat des entreprises de vente à distance
<i>TGI</i> :	Tribunal de grande instance (France)
<i>TI</i> :	Tribunal d'instance (France)
<i>TPICE</i> :	Tribunal de Première instance des Communautés européennes
<i>U.S.</i> :	United Supreme Court Reports
<i>U.S. Dist.</i> :	United States District Courts
<i>2d, 3d, 4th</i> :	Second (Third ou fourth) Series

*À mes parents Cécé René KONÉ
et Nowai Henriette HABA;
À mon épouse Djènè Solange DORÉ.*

Remerciement

Toute ma gratitude va à l'endroit de Monsieur le Professeur Gérald GOLDSTEIN, dont l'exigence et la pédagogie m'ont fortement aidé à admirer cette expérience de recherche dans un domaine encore peu exploré. Professeur GOLDSTEIN, trouvez ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour le sérieux de votre encadrement! Mes remerciements à tous mes professeurs et à tout le personnel de la faculté de droit de l'Université de Montréal de m'avoir transmis avec détermination le meilleur de leur connaissance et savoir juridiques.

Au Cinéma GUZZO, j'exprime ma profonde reconnaissance pour sa contribution financière (bourse d'excellence GUZZO de la faculté des études supérieures de l'Université de Montréal au titre de l'année 2006-2007) à la réalisation de cette œuvre. Un merci profond et affectueux à mes parents Cécé René KONÉ et Nowaï Henriette HABA et à mon épouse Djènè DORÉ pour leur soutien indéfectible et leur affection soutenue, sources d'inspiration et de courage pour la réalisation de ce mémoire.

Je voudrais également remercier le père Zaoro Hyacinthe LOUA S.J. pour ses encouragements et prières; Madame Marie Jeanne LAMA, docteur Dan Lansana KOUROUMA, Messieurs André LOUA, Michel HABA, Aimé Raphaël HABA et Maître Christophe L. KONÉ pour leur solidarité et leur amitié au tour de mon projet d'étude. Je ne saurais oublier tous les employés de la bibliothèque de droit de l'Université de Montréal pour leur dévouement et tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de cette œuvre.

INTRODUCTION

«Les gouvernements sont mis au défi de contribuer à faciliter un développement social et une croissance économique fondés sur les toutes nouvelles technologies des réseaux [et] d'offrir à leurs ressortissants une protection des consommateurs efficace et transparente dans le commerce électronique.»¹

Devenue un sujet d'une importance capitale pour les gouvernements de même que pour les organisations régionales et internationales², la protection du consommateur interpelle également les juristes, doctrinaires³, professionnels de la justice, étudiants, etc., appelés à intervenir de quelque manière que ce soit, dans ce domaine. C'est dans cette logique que s'inscrit le choix de notre sujet de recherche afin de participer à la construction de

¹ Sylvette GUILLEMARD, « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent », (2004) 1 J.D.I 5, 54 notes 203 et 204. L'auteure est professeure à la faculté de droit de l'Université Laval.

² En ce sens, il convient de souligner l'engagement des États membres de l'OCDE à offrir une meilleure protection au consommateur équivalent à celle dont il bénéficie dans le cadre du commerce traditionnel; Voir par exemple le rapport annuel de la direction des sciences, de la technologie et de l'industrie. Comité de la politique à l'égard des consommateurs de l'OCDE DSTI/CP (2005) 6 Final du 4 août 2005 disponible sur le site de l'OCDE http://www.oecd.org/searchResult/0,3400,fr_2649_37441_1_1_1_1_37441,00.html (consultation le 12 septembre 2006); Voir également la déclaration de l'OMC sur le commerce électronique mondial lors de la deuxième Conférence ministérielle tenue à Genève, le 20 mai 1998 invitant instamment le Conseil général de l'OMC à établir un programme de travail global pour examiner toutes les questions liées au commerce électronique international; Voir : http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/bey4_f.htm (consultation le 12 septembre 2006).

³ Cf. Les importants écrits des auteurs notamment Christiane FÉRAL-SCHUHL, Cyber Droit. Le droit à l'épreuve de l'internet, Paris, Dalloz, 2002, 353 p.; Vincent GAUTRAIS, Le contrat électronique international, encadrement juridique, Bruylant, 2002, 427 p.; Anne-Catherine IMHOFF-SCHIEER, Protection du consommateur et contrats internationaux, Genève, Librairie de l'université Georg & Cie S.A., 1981, 231 p.; Thibault VERBIEST, Le nouveau droit du commerce électronique. La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, Bruxelles, Larcier L.G.D.J., 2005, 234 p.; C., VIER, L'Internet et Droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque, Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000, (dir.), Paris, LÉGIPESSÉ, 2001, 486 p.; Charlaïne BOUCHARD, et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 R.G.D. 373-438; E-A., CAPTIOLI, « Loi du 6 août 2004. Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel » (2005) 2, Com. Com. Électronique : <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/>; Gérald GOLDSTEIN, « la protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le code civil du Québec, Développements récents en droit de la consommation (1994), Service de la Formation permanente, Barreau du Québec », Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.170; Jérôme HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », (2002) JDI; Jérôme PASSA, « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions », Communication Commerce électronique no 5, mai 2005, Étude 17, <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/> etc.

l'édifice juridique en matière de protection du consommateur notamment dans le commerce international passé par Internet⁴.

En effet, la mondialisation avec ses corollaires le libéralisme économique et l'avènement d'Internet, a considérablement modifié le schéma classique des relations commerciales internationales, brisant ainsi les frontières étatiques traditionnelles. Le monde entier devient, de ce fait, un « village planétaire ».

Apparu pour la première fois aux États-Unis en 1969 sous l'appellation « d'Arpanet » à l'initiative d'une agence gouvernementale, ce premier réseau a été suivi par d'« autres réseaux [...] créés par des institutions scientifiques, des entreprises, des particuliers [...] »⁵, et qui, à mesure de relier ces réseaux entre eux ont pu ainsi façonner le réseau Internet. Ainsi, Internet s'est rapidement développé et a favorisé l'essor gigantesque du commerce international et spécialement celui du commerce passé par Internet, constituant un levier fort pour l'émergence du droit de la cyberconsommation; ce droit ayant besoin d'une confiance accrue entre les acteurs, notamment le cybermarchand et le cyberconsommateur.

Le contrat électronique peut être défini comme l'ensemble des « *transactions financières et commerciales réalisées par voie électronique sur des réseaux ouverts, comme Internet, ou sur des réseaux dits 'propriétaires' ou fermés. Il inclut l'échange des données informatisées (EDI), les transferts de fonds, les transactions par carte de crédits et de débit, de même que les activités de vente au détail* »⁶.

⁴Le lecteur est avisé que nous avons choisi d'éviter au maximum l'expression « contrat électronique » et préféré les termes de « contrat en ligne », « contrat passé par Internet », etc. Selon nous, l'Internet n'est qu'une voie parmi d'autres par laquelle les parties communiquent pour conclure rapidement un contrat. On ne devrait donc pas parler de « contrat électronique » de la même façon qu'on n'utilise pas les termes de « contrat téléphonique », de « contrat télégraphique », de « contrat télévisuel » etc.

⁵ Alessandra, ZANOBETTI, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », (2000) 5 RDA/IBLJ. 533.

⁶ M., FUSARO, col., Y., Théorêt, C-Y., CHARRON, Commerce électronique. Comment créer la confiance. De la théorie à la pratique, Québec, Collection Les communicateurs, Bibliothèque nationale de Québec, 2002, p.20 (Les italiques sont de nous).

Cette définition est perçue de façon variée par les gouvernements de l'Organisation du Commerce et du Développement Économique (OCDE)⁷. Pour mieux cerner la matière sous étude, il nous semble utile de tenter de définir la notion de consommateur car il n'existe pas véritablement de définition juridique précise et communément acceptable dans les systèmes juridiques modernes analysés comme le soulignaient Norbert Reich et Hans Micklitz dans leur étude « If we go into the details of legislation we will not find a clear concept of the consumer and we will note that even the law of one country uses different approaches »⁸. Ainsi par exemple, les droits européens⁹, français¹⁰, belge¹¹ et québécois¹² donnent différemment le sens à la notion de consommateur. En effet, si le droit québécois ne restreint la notion de consommateur qu'à la seule personne physique, le droit français l'étend à des personnes morales¹³ voire à des partis politiques mais dans

⁷ Ainsi par exemple pour l'OCDE, trois types de transactions s'effectuent sur Internet : « Les transactions relatives à un service entièrement effectuées sur Internet, depuis la sélection jusqu'à l'achat et à la livraison. Les transactions impliquant des "services de distribution", dans lesquelles un produit, qu'il s'agisse d'une marchandise ou d'un service, est sélectionné et acheté en ligne, mais livré par des moyens traditionnels. Les transactions impliquant la fonction de transport de télécommunication, dont la fourniture de services Internet. ». Le gouvernement du Canada pour sa part, soulignant qu'aucune définition adéquate ne saurait décrire cette transaction affirme « On peut [...] dire que le commerce électronique désigne l'achat en direct sur internet. » Cf. M., FUSARO, col., Y., Théorêt C-Y., CHARRON, *op.cit.*, note 6, p.179.

⁸ Thierry BOURGOIGNIE, Éléments pour une théorie du droit de la consommation. Au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne, Bruxelles, Édition Story- scientia, 1988, p. 19

⁹ L'article 5 de la Convention de Rome définit le consommateur comme une personne qui cherche à obtenir la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». L'article 2 e) de la Directive européenne sur le commerce électronique (Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000) quant à lui définit le consommateur comme « Toute personne physique agissant à des fins qui n'entre pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale ».

¹⁰ Également absente dans la législation française, cette notion a évolué au sein de la jurisprudence : dans son Rapport annuel de 1987, la Cour de cassation l'a étendu au professionnel agissant en dehors de son champ d'expertise avant de faire un revirement dans certaines décisions qui excluent le professionnel qui contracte à l'extérieur de sa compétence dès que le contrat a un lien avec l'activité professionnelle; C. FÉRAL-SCHUHL, *Cyber Droit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dalloz 2004, p. 166; Cass., civ., 1^{er} ch., 24 janvier 1995.

¹¹ Le professeur Thierry BOURGOIGNIE, après avoir constaté l'absence d'une définition en droit belge, a procédé à une analyse fondée sur une approche à la fois objective et subjective de la notion et proposé cette formule : « Le consommateur est personne physique ou morale qui acquiert, possède ou utilise un bien ou un service placé au sein du système économique par un professionnel sans en poursuivre elle-même la fabrication, la transformation, la distribution ou la prestation dans le cadre d'un commerce ou d'une profession ». Pour lui, un professionnel ne peut être considéré comme consommateur à moins qu'il établisse qu'il agit en dehors de son champ de spécialité et qu'il ne réalise qu'un « chiffre d'affaires global inférieur à ... millions de francs par an », Voir : Th. BOURGOIGNIE, *op.cit.*, note 8, p.60-61.

¹² Article 1 e) L.c.p. « Consommateur : personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce » voir également la définition donnée par l'article 1384 C.c.Q.

¹³ Supra note 10.

des conditions bien précises et à l'appréciation du juge¹⁴. On peut donc retenir que le « consommateur est celui à qui un produit ou un service est fourni par une personne agissant dans le cadre d'une activité commerciale, et qui n'agit pas lui-même dans le cadre d'une telle activité, tandis que le bien fourni dans le cadre d'une vente est de ceux qui sont normalement destinés à un usage privé »¹⁵. Comme nous le constatons, cette notion a évolué et l'on assiste dès lors à une tendance majoritaire actuelle en faveur de son extension au professionnel qui agirait en dehors de son champ d'expertise et dans un but étranger à son activité professionnelle habituelle¹⁶. La jurisprudence française va plus loin dans cette extension de la notion de consommateur en reconnaissant à un parti politique¹⁷ et de surcroît à une société d'agents immobiliers¹⁸, la qualité de consommateur. C'est d'ailleurs devant cet imbroglio définitionnel et ce « embarras jurisprudentiel »¹⁹ que la professeure Sylvette GUILLEMARD évoque une remise en cause de la notion de "consommateur" en faisant plutôt place, de préférence, à la notion "d'adhérent"²⁰. Pour notre part, sans vouloir engager un débat doctrinal théorique (ce qui relève d'une autre sphère de recherche), nous tenons pour acquis- et pour les besoins de la présente étude- que l'on peut encore bien parler de consommateur et partant, de droit de la consommation "en 2006", même s'il reste encore à construire²¹.

¹⁴ En France, la Cour de cassation a laissé aux juges du fond le pouvoir de se prononcer sur la qualité ou non de consommateur d'un demandeur, Denis POMBIELH, « Protection du consommateur dans l'espace européen. Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur » (2002) 108 *Droit & Patrimoine*, p. 52; Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 1995, Bull. civ. I, no 54, *contrats, conc., consom.* 1995, n° 84; Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1996, JCP éd. G 1996, II, no 22747, note G. Paisant, *RTD com.* 1997, p. 306, B. Bouloc.

¹⁵ Marc FALLON, « Le droit des rapports internationaux de consommation », (1984) 4, *J.D.I.*, 765. L'auteur tire cette définition de l'*Unfair contract Terms Act 1977* du Royaume-Uni; une définition qui est encore d'actualité et qui peut s'adapter même aux diverses interprétations faite à la notion de consommateur.

¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 1995.

¹⁷ Dans une affaire, la Cour d'appel de Paris, a reconnu la qualité de consommateur au Parti communiste en matière de prêt financier en soutenant que, le matériel, bien que commandé dans le cadre des activités du Parti politique, ces dernières ne sont pas exercées « dans le but d'obtenir des moyens d'existence et ne peut être qualifiées de "professionnel" au sens de la loi » (Paris, 5 juillet 1991, J.C.P. éd. E 1991, Pan. 988); Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p.314.

¹⁸ S. GUILLEMARD, *op. cit.*, note 17, p. 314.

¹⁹ *Id.* p. 315.

²⁰ S. GUILLEMARD, *loc.cit.*, note 1, p. 17; Denis Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », (1998) *RTD com.*, 95.

²¹ Thierry BOURGOIGNIE, « Un droit de la consommation est-il encore nécessaire en 2006 » dans *Regard croisés sur les enjeux du droit de la consommation*, Thierry BOURGOIGNIE, (dir), Cowansville, Yvon Blais, 2006, p.34; S. GUILLEMARD, *loc. cit.*, note 1, p.10.

Cette précision est extrêmement utile à plusieurs égards notamment pour déterminer la partie à un contrat de consommation devant bénéficier de la protection que lui réserve une loi nationale, étrangère ou une convention internationale et surtout lorsque vient le moment de déterminer, en droit international privé, la loi applicable et le tribunal compétent à un contrat de consommation, en particulier à un contrat de consommation passé par Internet. Il faudra, dans ces circonstances, savoir si le cocontractant est effectivement un consommateur pouvant invoquer le bénéfice de la protection appropriée. Il en va ainsi de l'interprétation faite par la jurisprudence allemande de l'article 13 de la Convention de Bruxelles dans l'affaire *Benincasa c. Dentalkit*²².

On distingue généralement le commerce entre professionnels « *B to B* » et le commerce qui met en relation les cybermarchands et les cyberconsommateurs « *B to C* ». Cette deuxième catégorie de commerce par voie électronique, qui concerne le champ de notre étude, présente des avantages certains : accessibilité, multiplicité de choix de marchands, disponibilité des produits et services, commodité, gain de temps et d'argent, etc. L'internaute a accès à une diversité d'informations, d'annonceurs, de produits et de services et il peut en comparer les prix. S'il est convaincu et attiré par un produit ou un service, il peut même conclure et exécuter un contrat dans un lap de temps très court « sans quitter le confort de son salon »²³ ou de son bureau. C'est d'ailleurs l'une des raisons liées à la commodité de la transaction qui motive la plupart des internautes, en ce sens que ce medium leur permet d'éviter de longs déplacements dans des boutiques; ils peuvent par son canal, recevoir la livraison des biens et services à leurs domiciles²⁴.

²² Arrêt du 3 juillet 1997, *Benincasa c. Dentalkit*, C-269/95. Dans cet arrêt, que nous aurons l'occasion de détailler dans la deuxième partie de la présente étude, la Cour a jugé que le consommateur n'était en réalité que « le consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles »; elle a décidé qu'une même personne peut, selon les circonstances et les opérations considérées, être qualifiée de consommateur ou d'opérateur économique et dès lors que le contrat est conclu dans le but de « satisfaire aux propres besoins de consommation privée de l'individu »; voir commentaire de Michael WILDERSPIN sur cet arrêt, *Revue européen de droit de la consommation* 1-2/ 2004.

²³ Sylvette GUILÉMARD, « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent », (2004) 1 *J.D.I.* 54.

²⁴ Ainsi, il résulte d'un sondage réalisé par Industrie Canada que 50% des répondants commercent en ligne pour une question de commodité. Mais il faut inclure ce chiffre, les personnes à mobilité réduite qui sont souvent contraintes de transiger en ligne; pour les détails, le lecteur pourra visiter Industrie Canada <http://www.statcan.ca> (consultation le 10 novembre 2006). Il faut noter au passage que l'internet peut être un outil privilégié au service des politiques pour briser les actions des dissidents. C'est le cas du gouvernement communiste chinois qui collabore avec l'hébergeur YAHOO américain pour contrôler les

Outre cette commodité, on relève que, dans la plupart du temps, les produits et services proposés en ligne coûtent moins cher et ne sont pas toujours disponibles en magasin.

Cependant, ces avantages ne font pas toujours du commerce électronique une ‘aubaine’ pour le consommateur; car l’on constate que si le commerce « *B to B* » marque une évolution exponentielle, le commerce « *B to C* » tarde encore « à prendre son envol »²⁵.

Ce ralentissement du commerce entre professionnel et consommateur est attribuable à plusieurs facteurs au nombre desquels on peut relever les plus connus. Au premier niveau se situe l’hésitation du consommateur à utiliser sa carte de crédit pour ses transactions et à fournir à son cocontractant ses renseignements personnels -souvent considérés confidentiels- au risque d’être utilisés à des fins étrangères aux transactions de destination. Son hésitation est également fondée sur le pressentiment d’être abandonné dans un monde dématérialisé dont il maîtrise moins ou presque pas les techniques employées, où il ne connaît physiquement ni l’offrant ou son éventuel cocontractant encore moins l’objet du contrat décrit sur le site Internet. En deuxième lieu, l’hésitation se manifeste au moment de l’exécution du contrat : le cyberconsommateur n’est pas certain de recevoir, en contrepartie de son engagement, « la prestation promise-tout au moins dans un délai raisonnable-, de ne pouvoir exercer de recours en cas d’inexécution du contrat ou encore de voir le numéro de carte bancaire [de crédit] transmis pas Internet faire l’objet d’utilisations frauduleuses- tant que la monnaie électronique n’aura pas véritablement émergé »²⁶. En troisième lieu, compte tenu du caractère généralement unilatéral (contrat d’adhésion) du contrat de cyberconsommation, certains professionnels ont tendance à commettre des abus dans la confection et la présentation des contrats sur leurs sites Web en insérant des clauses abusives simplement conçues dans leurs intérêts égoïstes, du moins mercantilistes et ce, au détriment des intérêts de la partie faible, le consommateur. Il résulte incontestablement de toutes ces situations un déséquilibre dans

actions de ses opposants; Cf. Émission télévisée sur TV5 portant sur le thème « Yahoo chine et les droits de l’homme... » du 19 décembre 2006 à 00 h : 30 mn.

²⁵ S.GUILEMARD, *loc.cit.*, note 23, p. 54.

²⁶ Jérôme PASSA, « Commerce électronique et protection du consommateur », (2002) *D* 555. (Nous avons souligné).

les prestations entre les parties. Enfin, l'Internet devient de nos jours un outil favorable aux criminels et à la commission de nombreuses infractions et a aussi un impact sur le comportement des internautes²⁷, aspect qui ne relève pas de notre champ d'étude.

En raison de ces multiples difficultés, il s'établit dès lors, un sentiment de méfiance, un dialogue de sourds entre l'internaute et le cybermarchand ou l'annonceur sur Internet et qui crée indubitablement un manque de confiance. Ce phénomène est si criant qu'il est « dénoncé à la grandeur du globe »²⁸. Face à ces constatations, l'impératif de protection des consommateurs s'est avéré d'une nécessité sans précédent; d'où la mobilisation des gouvernements, des Organisations internationales (OCDE, OMC, ONU...) et régionales ainsi que des organismes nationaux de défense des droits des consommateurs à prendre des mesures adéquates pour assurer le maximum de protection aux consommateurs et permettre de restaurer cette confiance.

A cet égard, en Europe, plusieurs directives ont été adoptées et transposées dans les systèmes juridiques des États membres de l'Union européenne tel que la France²⁹. Au Canada, il n'existe que très peu de réglementation en matière de protection du consommateur : *La loi sur la concurrence*³⁰; la réglementation du secteur étant laissée à la compétence des provinces. Il existe néanmoins certaines normes informelles telles que les Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique -

²⁷ On se souvient du jeune auteur de la fusillade du 13 septembre 2006 au collège Dawson à Montréal qui a utilisé les musiques diffusées sur Internet pour prendre goût à la violence.

²⁸ Charlaïne BOUCHARD et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.*, doctrine, 376. Les auteurs notent qu'il résulte d'une étude récente que sur 3566 sites québécois, 262 offraient le paiement en ligne, 50% n'affichaient pas des informations relatives au frais d'expédition ni sur la vie privée et 40% ne respectaient pas les délais de livraison.

²⁹ En France, en plus du Code de la consommation, des lois et ordonnances ont transposé les directives européennes au nombre desquelles on peut citer la Loi no 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique (LCEN) transposant la directive PE et Cons. UE, dir.no 2000/31/CE, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique; la directive Dir. 97/55/CE du PE et du Cons. UE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse; la directive no 97-7 du 20 mai 1997 du PE et du cons. UE relative aux contrats à distance etc.

³⁰ Loi sur la concurrence, R.R.C. (1985), c. C-34. On peut accéder au texte de la loi au <http://lois.justice.gc.ca/fr/C-34/index.html>. Cette loi fédérale vise à promouvoir la concurrence et à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles.

le cadre canadien³¹, le Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique³² qui visent la sensibilisation des acteurs et l'harmonisation des mécanismes de protection du consommateur en ligne. Au Québec, le contrat de consommation, et partant la cyberconsommation, est règlementé par le Code civil du Québec³³ et la Loi sur la protection du consommateur³⁴, récemment modifiée par la loi n° 48 du 14 décembre 2006 portant modification de la Loi sur protection du consommateur et la loi sur le recouvrement de certaines créances³⁵.

Toutes ces règles ont pour vocation de protéger le cyberconsommateur dans tout le processus contractuel (de sa formation à son exécution) en exigeant par exemple des renseignements précontractuels, en encadrant la publicité, les clauses contractuelles, le paiement, la livraison, le délai de rétractation, etc.

Toutefois, en raison du fait que chaque État dispose de ses propres législations de protection du consommateur (dont la plupart étaient conçues pour les contrats traditionnels de consommation) et du caractère souvent international du contrat de cyberconsommation, la question est de savoir de quelle meilleure protection le consommateur devra-t-il bénéficier dans le processus contractuel, afin de restaurer sa confiance en le cybermarchand. Telle est la substance de première problématique de notre recherche.

La seconde problématique réside dans l'application du droit international privé au commerce électronique et plus particulièrement au contrat international de cyberconsommation. Ainsi, l'avènement d'Internet ayant opéré une évolution du

³¹ On peut accéder au texte en visitant <http://stratégis.ic.gc.ca/SSGF/ca01182f.html> (consultation le 12 septembre 2006).

³² Ce document non juridique n'a qu'une valeur simplement éthique.

³³ Code Civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64 par la suite désigné « C.c.Q. »; Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., c.-25, par la suite désigné « C.p.c. ».

³⁴ Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1; Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. c. P- 40.1, r. 1.

³⁵ Projet de loi n° 48, Loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, présenté par Monsieur Yvon Marcoux, Ministre de la Justice, Éditeur officiel du Québec, 2006. On peut citer en Ontario la Loi sur la protection du consommateur, L.R.O., 2002, c. 30. Le projet de loi n°48 a été déposé par le Ministre de la justice le 9 novembre 2006 pour enfin être adopté et sanctionné le 14 décembre 2006.

commerce international, a-t-il entraîné une révolution du droit international privé et substantiellement modifié ses méthodes de résolution des conflits ? L'affirmation de Bruno OPPETIT selon laquelle le droit international privé est, et reste encore de nos jours, « le droit systématique et rationnel au caractère scientifique et doctrinal très marqué »³⁶ est-elle pertinemment vérifiable ?

En effet, le commerce passé par Internet présente souvent un élément d'extranéité, comme le décrit un rapport de la chambre de commerce et d'industrie de Haute-Savoie:

« Chaque proposition [ou offre] commerciale, chaque message publicitaire est accessible par quiconque, où qu'il se trouve dans le monde. Le contrat étant conclu en ligne, l'on se trouve face à une multitude de lois applicables aux contenus très différents : loi du vendeur, loi de l'acheteur ou toute autre loi désignée par les règles de conflit de lois »³⁷.

Mais les véritables difficultés pratiques résident dans la localisation sur Internet des acteurs du commerce et dans la détermination du lieu d'accomplissement des actes pendant la conclusion ou l'exécution du contrat.

En conséquence, si malgré les multiples mécanismes de protection du consommateur, un litige s'élevait entre les cybermarchands et les cyberconsommateurs, il se poserait de véritables problèmes notamment dans la détermination de la loi applicable et du tribunal compétent pour trancher ce litige. C'est alors qu'interviennent les règles de droit international privé classiques combinées aux nouvelles règles conçues pour être adaptées aux contrats de consommation sur Internet. À cet égard, le droit européen a élaboré la Convention de Bruxelles (article 13 à 15), le Règlement Bruxelles I³⁸, la Convention de Rome du 19 juin 1980, la proposition du Règlement Rome I (qui remplacera la

³⁶ Bruno OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », (1992) III *RCADI*, 333 et suiv, p. 387 cité par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet, Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruyant, 2002, p.69.

³⁷ Thibault VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique. Publicité-contrats-contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2004, n°288, note 183, p.159; Thibault VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique : La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 269, note 280, p.173.

³⁸ Règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000.

Convention de Rome)³⁹ et le futur Règlement Rome II⁴⁰. En droit canadien et québécois, le droit international privé des litiges de consommation est traité par le Code civil du Québec (article 3117, 3128, 3149 et 3164) et la Loi sur la protection du consommateur⁴¹ qui traite en substance, des contrats de cyberconsommation.

De plus, dans le processus de détermination de la loi applicable et du tribunal compétent sur Internet, les acteurs du droit de la consommation préconisent deux démarches. Soit la démarche de « pays d'origine » qui considère le pays où est située la source de la transmission, soit celle fondée sur le « pays de destination » c'est-à-dire le pays où les informations, les biens et/ou les services ont été reçus⁴². La seconde démarche semble attirer le choix de la plupart des législations communautaires, nationales et internationales⁴³.

La question fondamentale sur laquelle se focalise notre recherche en premier lieu est donc celle de savoir si les législations relatives aux mesures de protection du consommateur dans le commerce traditionnelle sont adaptées à la protection du consommateur dans le commerce électronique. Quelle est l'attitude des tribunaux et des acteurs du commerce en ligne dans la mise en œuvre de ces règles de conflit ? Le consommateur trouve-t-il sa protection dans ces textes ? Les règles de conflits de lois et de juridictions existantes sont-elles faciles à mettre en œuvre dans le contexte des contrats de consommation en ligne ? Le cyberconsommateur dispose-t-il d'autres moyens de protection en dehors des **« grandes règles de conflits »** ? Aussi, comment protéger

³⁹ Document COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD); Voir P. LAGARDE, « Remarque sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) » (2006) 2, Rev.crit.d.i.p.331, note 1.

⁴⁰ La Commission européenne a présenté cette nouvelle proposition de Règlement récemment le 21 février 2006, document COM (2006) 83 final 2003/0168 (COD); Voir : P. LAGARDE, loc.cit., note 39, p.331.

⁴¹ L.R.Q., c. P-40.1, par la suite désignée « L.p.c. ».

⁴² A-D., HAINES, « L'impact d'internet sur le projet sur les jugements: nouvelles pistes de réflexion, Conférence de la Haye de droit international privé, Document préliminaire No 17 de février 2002 à l'intention de la Commission I (affaires générales et politique de la Conférence) de la XIXe Session diplomatique- avril 2002 », dans Gérald GOLDSTEIN, Recueil de textes Tome 1, DRT 6805A/6950 Droit international privé avancé (matières patrimoniales), Automne 2004, p. F- 48; Voir : K., BENYEKLEF et F. GÉLINAS, Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice, Paris, Romillat, 2003, p.85.

⁴³ C'est en tout cas cette démarche que semble privilégier l'article 17 de la loi du 21 juin pour la confiance et l'économie numérique. On peut aussi consulter les articles 3117, 3128, 3149 et 3164 C.c.Q. pour s'en convaincre.

efficacement le consommateur et en même temps favoriser l'épanouissement du commerce électronique? L'on garde à l'esprit cette belle formule "trop de loi tue le droit". Plus spécifiquement, faut-il penser à l'édiction de nouvelles règles spécifiques relatives à cette nouvelle façon de commercer sur Internet ou à l'adaptation des règles existantes.

Nous répondons, par hypothèse, qu'il serait judicieux et beaucoup plus pragmatique d'adapter les règles de protection du consommateur en vigueur au commerce en ligne et d'envisager l'adoption de nouvelles conventions internationales relatives au conflit de lois et de juridiction en matière de protection du cyberconsommateur. Cette solution médiane permettrait d'assurer au cyberconsommateur, le même niveau de protection dont il bénéficie dans le commerce traditionnel.

Notre recherche a pour but de faire ressortir quelques différences dans l'analyse des systèmes juridiques communautaire, français, canadien et québécois en matière de protection du cyberconsommateur aussi bien dans le droit substantiel que dans les règles de conflit afin de proposer des solutions d'amélioration de la protection légale et informelle dont bénéficie le cyberconsommateur. Nous excluons volontiers de notre étude, la réglementation de certaines formes de publicité particulière (publicité destinée aux enfants mineurs et aux médicaments), la réglementation contre la cybercriminalité (les fraudes), le recours collectif et l'arbitrage qui sont, en soi, des sujets autonomes. Cette étude exclut également l'examen de la compétence générale internationale des tribunaux et la détermination de la loi généralement applicable aux transactions passées par Internet. Enfin, notre ambition n'est enfin pas d'exposer tous les mécanismes de protection institués dans les systèmes juridiques que nous avons analysés mais de recenser certains points de divergences et de convergence nécessaires à l'amélioration de la protection du cyberconsommateur.

Pour ce faire, par souci de pédagogie et de simplicité, nous avons adopté un plan bipartite et ce, pour rendre aisée la lecture et la compréhension du texte en vue des critiques éventuelles. À cet égard, nous avons choisi d'examiner le droit substantiel des systèmes

étudiés en relevant uniquement les différences et les points focaux qui nous semblent importants. Cet examen nous permettra de nous transporter vers le droit international privé pour savoir comment les règles traditionnelles de conflit de lois et juridictions peuvent s'accommoder avec les contrats de cyberconsommation. Dans cette démarche, l'examen des droits européen et français, précurseurs en matière de protection du cyberconsommateur, nous permettra de savoir comment les droits canadien et québécois ont évolué et amélioré certains de leurs aspects.

La première partie de la présente étude portera sur les diverses mesures de protection que les systèmes juridiques modernes -européen, français, canadien et québécois- accordent au consommateur en ligne (Partie I). Cette protection se manifeste à tous les stades du processus contractuel impliquant le cyberconsommateur et le cybermarchand : au cours de l'accomplissement des actes préalables au contrat (chapitre 1) ainsi qu'au moment et après la conclusion du contrat (chapitre 2). Enfin, nous évoquerons dans cette partie, des mesures de protection du consentement du consommateur contre les clauses abusives et interdites et ce, pour concilier le principe de l'autonomie de la volonté et l'ordre public de protection en faveur de la partie faible, le consommateur ou l'adhérent (chapitre3).

En second lieu, nous scruterons la question de la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable au contrat de consommation en ligne (Partie 2). Nous procéderons dans un premier temps à la détermination du juge compétent en faisant un examen comparé non seulement des différentes règles de conflit de juridiction (Convention de Bruxelles, Code civil français, Code civil du Québec, *Loi sur la protection du consommateur*, etc.) mais aussi des diverses interprétations des tribunaux de leur compétence (chapitre 1). Le second chapitre sera réservé à la question de la détermination de la loi applicable à ce contrat: à partir d'un examen minutieux de la Convention de Rome, nous évoquerons le besoin de son adaptation à cette nouvelle façon de commercer (proposition Rome I) pour la comparer aux règles de conflits contenues dans le Code civil du Québec et dans la L.p.c. au Québec. Nous verrons également si le consommateur peut invoquer d'autre protection lorsqu'il est en dehors des critères des règles de conflit (chapitre2).

Première partie : Divers mécanismes de protection du cyberconsommateur dans le processus contractuel

Il n'est nul doute qu'en matière contractuelle, le principe qui gouverne les relations entre les parties est celui de l'autonomie de la volonté, donc de la liberté contractuelle⁴⁴. Mais la loi intervient souvent pour protéger les intérêts de la société lorsqu'ils sont menacés dans un contrat ou risquent de l'être. C'est ainsi qu'elle protège particulièrement le consommateur placé dans une position de faiblesse par rapport à son cocontractant professionnel. Cette protection devient encore plus cruciale lorsque ce consommateur s'engage dans des relations contractuelles qui se manifestent sur Internet.

La protection du cyberconsommateur devra dès lors se situer dans toutes les étapes du processus contractuel : de la publicité jusqu'à l'exécution du contrat, en passant par son mécanisme de formation. Ainsi, lorsqu'une publicité ou une offre est reçue par l'internaute, elle doit nécessairement être accompagnée de certaines informations fondamentales tant sur les produits ou services que sur l'annonceur ou l'offrant (chapitre 1). Cette exigence a pour but de permettre au cyberconsommateur de s'engager dans le contrat, en toute connaissance de cause (chapitre 2). Et lorsqu'il est induit en erreur par un cybermarchand et que les agissements de ce dernier créent un déséquilibre important au préjudice du consommateur, les lois (nationales et internationales) offrent des moyens adéquats pour y remédier (Chapitre 3).

⁴⁴ Article 1378 C.c.Q., article 637 Code civil guinéen, etc.

Chapitre 1- Protection du cyberconsommateur par des mécanismes préventifs

Le droit des contrats a suivi une évolution au point de soumettre de prime à bord la phase précontractuelle à une réglementation qui impose aux éventuels contractants certaines obligations. Le droit de la cyberconsommation n'échappe nullement à cette évolution. Ainsi, deux mécanismes ont particulièrement retenus notre attention et ce, en raison notamment de leur impact sur le sort des contrats à conclure. Il s'agit de la publicité (section 1) qui constitue le lieu, par excellence, de premier contact entre l'annonceur et l'internaute; cette publicité pouvant déboucher sur la conclusion d'un contrat. Le second mécanisme concerne l'obligation d'information incombant au cybermarchand, condition validant le contrat qui en résultera (section 2).

Section 1- Réglementation de la publicité : publicité interdite et publicité permise

L'on pourrait raisonner de manière simpliste qu'« être sur Internet » ne coûte absolument pas d'argent surtout lorsque l'on s'imagine, un instant, les nombreux services auxquels les internautes ont accès gratuitement par le biais des moteurs de recherche et la prolifération des sites Web d'information gratuite⁴⁵. Cette logique amène la plupart des observateurs à se demander comment les opérateurs de sites Internet financent leurs services pour les maintenir dans cet état de gratuité au profit des internautes. La réponse est bien dans la publicité. En effet, l'unanimité est de mise sur le fait que la « publicité constitue [la] nécessaire source de revenus [...] permettant [aux nombreux opérateurs] de couvrir les coûts d'une manière alternative et de maintenir la gratuité des services »⁴⁶. Par

⁴⁵ Thibault VERBIEST, Le nouveau droit du commerce électronique : La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 269, p. 20.

⁴⁶ Id., p. 20.

exemple aux États-Unis, les dépenses liées à l'E-Pub ont progressé de 10,5% pour une dépense totale de 3,29 milliards de dollars par les annonceurs uniquement en 2003⁴⁷. Au premier trimestre de 2006, les annonceurs américains ont à eux seuls dépensé 7,9 milliards de dollars; la publicité par Internet occupant une part importante des dépenses⁴⁸.

La publicité en ligne présente donc de multiples avantages pour les cyberconsommateurs et pour les cybermarchands. Pour les premiers, elle constitue un moyen d'accès rapide à une foule de renseignements (rapport qualité/prix) sur les produits et les services qu'ils peuvent comparer avant de prendre la décision éclairée de les acheter ou de les commander. Pour les cybermarchands, il leur donne un accès facile au marché mondial tout comme les petits annonceurs; tous étant traités sur un pied d'égalité à l'exclusion de toute concurrence⁴⁹.

Cette abondance de publicité sur Internet pourrait faire croire aux simples observateurs que l'anarchie y est la règle⁵⁰. Pourtant, son importance pour le commerce en ligne a interpellé les gouvernements qui ont adopté des législations tendant à son encadrement. Ainsi, on peut citer, en droit communautaire européen, la Directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative⁵¹ et le Livre Vert⁵² et en droit français, le Code de la consommation et la Loi pour la confiance dans l'économie numérique⁵³. Au Canada, la

⁴⁷ Le journal du Net du 13 novembre 2003, 1^{er} trimestre; disponible au <http://www.journaldunet.com/0609/060927-iab.shtml> (consultation le 28 juillet 2006).

⁴⁸ C'est le chiffre donné par une étude menée par PricewaterhouseCoopers; Voir : <http://www.journaldunet.com/0609/060927-iab.shtml> (Consultation le 22 décembre 2006).

⁴⁹ Bureau de la concurrence, « Respect de la loi dans la publicité en ligne : Guide de conformité à la loi sur la concurrence concernant les annonceurs dans Internet », disponible au www.concurrence.gc.ca (Consultation le 28 juillet 2006).

⁵⁰ Véronique ABAD, « Publicité sur Internet et Protection du consommateur », (2003) *Lex Electronica*, vol.8, no2, printemps 2003, disponible : <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-2bad.html>. (Consultation le 10 juillet 2006).

⁵¹ PE et Cons. UE, dir. N° 97/55/CE, oct. 1997, modifiant la directive n° 84/450/CEE sur la publicité trompeuse pour y inclure la publicité comparative, PE et Cons. UE, dir. N° 2003/31/CE, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique : *JOCE* no L 178, 17 juil. 2000, pp.0001-0016.

⁵² Ce document à valeur simplement informel a été conçu en 1996 par la Commission européenne faisant des recommandations sur les communications commerciales dans le marché intérieur.

⁵³ On peut également ajouter la Loi « Informatique et Libertés » (L. n°78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés). Elle traite notamment du ciblage dont usent certains annonceurs pour minimiser leurs dépenses dans des publicités de masse.

publicité est généralement soumise à la *Loi sur la concurrence*⁵⁴ qui participe de cette réglementation avec les lois particulières dans chaque province. C'est ainsi qu'au Québec la réglementation de la publicité est complétée par la *Loi sur la protection du consommateur*⁵⁵.

Toutes ces lois offrent respectivement, bien que par différentes approches, un cadre juridique à la publicité afin de limiter d'une part, ses effets indésirables notamment lorsqu'elle est faite sur Internet et d'autre part, de propulser le commerce en ligne. Toutefois, mentionnons au passage que la plupart des législations sur la publicité ont été conçues *a priori* pour la publicité classique faite sur support papier : journaux, affichage... et qui se sont adaptées à ce nouveau medium qu'est l'Internet.

Ces lois déterminent les pratiques publicitaires interdites ainsi que les sanctions liées à leur violation et les publicités permises sous certaines conditions. Cependant, la définition du concept de publicité ne fait pas l'unanimité et dans certains cas, les législateurs préfèrent s'atteler à sa réglementation plutôt que de la définir, laissant ainsi au juge une libre appréciation selon les circonstances.

Paragraphe 1- Définitions de la publicité par rapport à l'information

Il ne faut pas confondre la publicité et l'information. En effet, si la première se situe en amont de tout lien contractuel et qui ne nécessite pas la fourniture de tous les renseignements sur l'objet du contrat, il en va autrement de la seconde qui se situe, elle, au moment de la conclusion du contrat. L'obligation d'information constitue pour le cybermarchand une astreinte à fournir au cyberconsommateur certains renseignements essentiels à sa prise de décision. Une publicité est toujours une invitation à contracter et elle peut constituer une offre dès lors qu'elle comporte les éléments essentiels du contrat. L'obligation d'information est en revanche, une condition de formation du contrat et son

⁵⁴ De compétence fédérale, la Loi sur la concurrence régit les affaires au Canada et selon le Bureau de la concurrence elle s'applique parfaitement à la publicité sur internet.

⁵⁵ L.R.Q., c. P-40.1 modifié par le Projet de loi n°48 (2006, chapitre 56) portant loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et la loi sur le recouvrement de certaines créances, présentée le 9 novembre 2006, principe adoptée le 22 novembre 2006, adoptée et sanctionnée le 14 décembre 2006.

inobservation peut entraîner la résolution ou la rétractation du contrat selon le cas⁵⁶. Si la publicité ne fait pas l'objet de définition claire dans les législations que nous avons parcourues, elle peut être définie dans certains cas mais en laissant planer certaines confusions. Ainsi, en droit communautaire, la directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative définit la publicité comme :

« Toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations »⁵⁷.

C'est dans la même logique que s'inscrit la définition qu'adopte le Livre Vert de la « *communication commerciale* »⁵⁸; terme employé de préférence à celui de la publicité.

A la différence du droit communautaire, aucune législation française ne définit la publicité qui est pourtant réglementée par plusieurs textes. Ainsi par exemple, l'article L.121-1 du Code de la consommation réglemente la publicité "mensongère" en interdisant toute publicité « *comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles [...], propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires* »⁵⁹.

En l'absence donc de définition législative précise, un décret français⁶⁰ n'a fourni que la définition de la publicité télévisée. Pour bien appréhender cette notion, il faut

⁵⁶ Infra., section 2 du présent chapitre.

⁵⁷ Article 2 paragraphe 1 (Nous avons souligné).

⁵⁸ Ce Livre Vert définit quant à lui la communication commerciale comme «toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à promouvoir des produits et des services».

⁵⁹ (Les italiques sont de nous).

⁶⁰ Décret du 27 mars 1992, article 2. Selon cet article, la publicité télévisée est « toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens, y compris ceux qui sont présentés sous leur application générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée»; Th. VERBIEST, op.cit., note 45, p. 20.

naturellement recourir à la jurisprudence qui en donne des précisions. Ainsi, la Cour de cassation française admet que « constitue une publicité, tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé »⁶¹, « ainsi que sur les caractéristiques des biens et des services proposés »⁶². Aussi, dans son rapport sur « Internet et les réseaux numériques »⁶³, le Conseil d'État retient deux critères principaux pour la qualification de ce que l'on devrait entendre par publicité. En premier lieu, le message doit nécessairement avoir pour *finalité d'assurer la promotion d'un bien ou d'un service*. En second lieu, il doit avoir pour *destination le public*. Il résulte de ce rapport que le premier critère exclut les messages lancés à titre informatif visant à faire connaître par exemple une marque⁶⁴. Il en va ainsi du principe de *bartering*, une technique permettant d'associer la marque d'une entreprise à un programme de sponsoring destiné au public. Bien souvent utilisée en matière télévisuelle, cette technique est aussi employée sur Internet. Mais force est d'admettre la difficulté qu'il y a d'établir la frontière entre un message informationnel et un message promotionnel ou publicitaire notamment sur Internet.

Le second critère « la destination d'un message qui doit être adressé à un public » permet d'écarter des messages individuels tels que les courriers électroniques; une technique souvent utilisée par les annonceurs pour faire parvenir des messages publicitaires à un grand nombre d'internautes de façon individualisée.

L'insuffisance de ces deux critères à distinguer la publicité de l'information pose le problème d'identification de la publicité comme le suggère d'ailleurs le Conseil d'État appuyée par le Bureau de vérification de la publicité (BVP)⁶⁵ dans sa recommandation:

⁶¹ Cass. Crim., 12 nov. 1986 : bull. crim., n°861; Thibault VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Larcier, 2005, note 19.

⁶² Cass., crim., 14 oct. 1998 : D. 1999, inf. rap. p. 7; *JCP E* 1998, panor. p.1904.

⁶³ Rapport du Conseil d'État, « Internet et les réseaux numériques », La Documentation française, 1998; également disponible au <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/984001519/0000.htm> (consulté le 22 décembre 2006).

⁶⁴ Christiane FERL-SCHUHL, *Cyber Droit: Le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dalloz/Dunod, 2002, p.265.

⁶⁵ *Id.* p. 267.

« Compte tenu du caractère interactif, immatériel et sans frontière d'Internet, il apparaît nécessaire, plus que dans tout autre média, de souligner l'importance d'identifier aussi bien les acteurs que les contenus publicitaires mis en ligne ».

D'où l'importance d'identifier clairement l'annonceur ainsi que le contenu de façon à permettre à l'internaute de savoir qu'il s'agit bien d'une publicité, comme le nous verrons dans la réglementation des publicités interdites. L'identification de la publicité est également d'une importance capitale dans la résolution des conflits de lois et de juridictions que nous verrons dans la seconde partie de notre recherche.

En droit québécois, deux textes législatifs régissent la publicité : la *Loi sur la concurrence*⁶⁶, de source fédérale et la L.p.c., adoptée par la législature québécoise qui est d'inspiration fédérale. Ces textes participent de la protection du consommateur par l'interdiction de la publicité trompeuse et inexacte notamment en ce qui concerne le prix et la qualité des produits. Malheureusement aucune de ces deux lois ne définit la notion de publicité contrairement à la loi du Manitoba sur la protection du consommateur⁶⁷ qui en donne une définition⁶⁸ de façon plus précise. Toutefois, l'article 216 de la L.p.c. précise le sens d'une représentation en disposant : « [...], une représentation comprend une affirmation, un comportement ou une omission ».

La doctrine québécoise tente également d'identifier la publicité. Ainsi, selon le Professeur Pierre Trudel, dans la publicité, il est possible de repérer trois rationalités spécifiques : un effet instructif de la publicité dans le cercle de la vie privée, une captivité de l'auditoire forcé d'accomplir un acte intentionnel pour se détacher du message commercial et un accès illimité à la publicité⁶⁹.

⁶⁶ L.R., 1985, ch. C-34.

⁶⁷ Protection du consommateur, Loi sur la, C.P.L.M. c. C 200.

⁶⁸ Article 26(1) « Dans le présent article, " **publicité** " s'entend également : a) de toute étiquette de prix, de tout billet ou de tout avis attaché aux objets ou affiché près d'eux; b) de toute publicité dans un journal, un magazine ou une autre publication diffusée au Manitoba, et de toute autre forme d'avis diffusé aux résidents d'une région du Manitoba; c) de tout message diffusé à la télévision ou à la radio, dont on peut raisonnablement s'attendre qu'il soit capté par le public au Manitoba.

⁶⁹ Véronique ABAD, « Publicité sur Internet et Protection du consommateur », (printemps 2003) 8 *Lex Elect.*, note 10, citant Pierre TRUDEL et France ABRAN, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p.482, disponible : <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-2bad.html> (consultation le 10 décembre 2006).

En somme, le silence des législations sur la définition de la publicité permet aux tribunaux étatiques d'apprécier les contenus publicitaires en fonction des réalités commerciales locales afin de leur rattacher des effets juridiques. En outre, pour effectuer leur publicité, les annonceurs sur Internet utilisent divers supports qu'il convient d'examiner.

Paragraphe 2- Quelques formes de publicité

La publicité s'effectue sous diverses formes : les bandeaux publicitaires, les fenêtres *pop-up*, les *spamming* ou pourriels, les techniques de référencement et de *linkage*, par courriel ou personnalisé, les Ad Networks, etc. Pour les besoins de notre étude, nous ne présenterons que quelques une des ces formes de publicité et ce, à titre illustratif.

1- Les bandeaux publicitaires et l'échange de bandeaux publicitaires

En effet, un bandeau publicitaire est défini par l'office de la langue française⁷⁰ comme une « petite annonce publicitaire comportant une image ou un bref message qui est affichée généralement dans le haut de la page d'accueil d'un site web, le plus souvent à caractère commercial, et sur laquelle l'internaute est invité à cliquer ». Cette technique permet d'afficher des liens hypertextes à la page ouverte par l'internaute et l'amener directement sur le site Web de l'annonceur pour accéder aux produits ou services qu'il offre; ce qui peut conduire l'internaute à lancer une commande et conclure éventuellement un contrat avec l'annonceur. Éric LABBÉ relève que ce procédé est le plus efficacement utilisé et représente la première source de revenus publicitaires en ligne⁷¹. C'est une technique largement autorisée par les législations communautaires et nationales et qui est conforme à pratique commerciale. Dans ce procédé, les paiements peuvent se faire soit en fonction du nombre de clics soit au prorata des ventes réalisées (chiffre d'affaires) soit sur la base d'un forfait pour chaque millier d'apparitions de la

⁷⁰ Éric LABBÉ, «La publicité en ligne», dans D. POULIN, É. LABBÉ et F.J. JEAN (dir.), *Guide Juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 205.

⁷¹ *Id.*, p. 205.

publicité (méthode la plus usitée) soit enfin en calculant le coût par périodicité mensuelle⁷².

Lorsque le procédé de bandeaux publicitaire est coûteux pour les annonceurs notamment les petites entreprises, la technique d'échange de bandeaux publicitaires est utilisée. Celle-ci consiste à faire bénéficier mutuellement de l'achalandage de sites tiers⁷³ à l'aide d'un large bassin de sites Web qui permettent la publicité des annonceurs.

Bien que les bandeaux publicitaires et les échanges de bandeaux publicitaires soient efficaces et stratégiquement moins onéreux, les annonceurs ont de plus en plus recours à la technique de publicité directe en ligne permettant un contact interactif avec l'internaute.

2- Le spamming ou pourriel ou pollupostage

La deuxième catégorie est le spamming appelé publicité directe, consistant à envoyer, par courrier électronique, un même message commercial ou non, à un très grand nombre de personnes qui ne l'ont nullement sollicité. Cette technique consiste à inonder un destinataire de messages tels que les prospectus. La pratique de la publicité directe a atteint une proportion considérable⁷⁴ qui a nécessité une réglementation pour limiter ses effets indésirables.

En droit communautaire européen, la directive du 15 décembre 1997⁷⁵ sur le commerce électronique insiste, auprès des États qui autorisent la publicité par message électronique, sur l'identification d'un tel message : « [les communications commerciales non sollicitées

⁷² Éric LABBÉ, « La publicité en ligne », dans D. POULIN, É. LABBÉ et F.J. JEAN (dir.), *op.cit.*, note 70, p. 206.

⁷³ É. LABBÉ, *loc.cit.*, note 70, p. 206. Le gestionnaire d'un site reçoit les informations sur les annonceurs ainsi que les bannières qui seront affichées sur le site. Il crée ensuite un compte personnel pour chacun, puis classe les bannières et affecte enfin un code HTML au site de l'annonceur.

⁷⁴ Avec au moins 60% de trafic et 48% selon certains auteurs, en 2005, le spamming serait responsable d'une perte de productivité d'environ 2,5 milliards d'euros pour les entreprises en Europe en 2002. Voir : Th. VERBIEST, *opt. cit.*, note 45, p. 42.

⁷⁵ Directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

doivent] être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire ». L'article 10 de cette directive opère une discrimination entre l'*opt-out* et l'*opt-in*, en exigeant dans le premier cas, du consommateur d'effectuer des démarches pour s'opposer au courrier électronique non sollicité et dans le second cas, qu'il ne peut recevoir de pollupostage sans son consentement préalable⁷⁶.

Mais cette attitude trop libérale du législateur européen du libre soin de réglementation laissé aux États membres a provoqué des oppositions quant à l'admission à la légalisation de telles pratiques considérées nuisibles au commerce par Internet et portant, de surcroît, atteinte à la vie privée des internautes. C'est dans ce contexte que la directive « concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques »⁷⁷ a été adoptée et que son article 13 impose le consentement préalable de l'abonné à l'envoi des prospections directes⁷⁸.

En droit français, la directive sur les contrats à distance a été transposée avec un peu de retard par l'ordonnance du 23 août 2001 et récemment par le biais de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique⁷⁹ qui consacre le régime de l'*opt-in* en ce qui concerne les courriers électroniques et ce, en conformité avec la directive sur la vie privée

⁷⁶ Th. VERBIEST, *opt. cit.*, note 45, p 43. L'article 7 ajoute que les annonceurs qui utilisent ce type de publicité doivent consulter le registre *opt-out* pour savoir quels consommateurs rejettent une telle publicité.

⁷⁷ Directive 2002/58/CE du Parlement et du Conseil du 12 juillet 2002 (directive vie privée et communication électronique); disponible au <http://europa.eu.int/eurlex/pri/fr/oj/dat/2002/> (consultation le 05/01/2007).

⁷⁸ Selon cet article, la prospection commerciale effectuée au moyen de courriers électroniques envoyés par des "systèmes automatisés sans intervention humaine" ne peut viser que des personnes ayant donné leur consentement préalable. C'est l'approche "*opt-in*" que le Conseil de ministres a prôné en l'espèce. En ce qui concerne l'exploitation par une société des adresses courriels de ses clients pour des produits ou services analogues à ceux déjà fournis, un système d' "*opt-out*" est prévu à cet effet. Cette approche qui tient compte des intérêts de tous les acteurs dans le processus publicitaire d'ailleurs été préconisée par la Federal Communications Commission (FCC) aux États- unis et l'on se rend compte qu'elle influence davantage la plupart des réglementations portant l'utilisation commerciale des données personnelles. Dans les autres cas de prospection directe, la direction a laissé l'opportunité de choix aux États membres entre l' "*opt-in*" et l' "*opt-out*" pour établir le consentement de l'utilisateur. Voir <http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=372> (Consultation le 5 janvier 2007).

⁷⁹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 (LCEN); <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PCEBX.htm> (Consultation le 5 janvier 2007). À noter que le régime d'*opt-in* régi par ces textes n'est applicable qu'aux personnes physiques; il s'ensuit dès que des annonceurs peuvent valablement envoyer des courriers électroniques publicitaires aux adresses des personnes morales sans aucun risque.

et communication électronique. En France, les annonceurs avaient jusqu'au 22 décembre 2004 pour se conformer à la LCEN⁸⁰, soit une période de grâce de six mois.

A la question de savoir si l'envoi des messages à caractère politique (campagne électorale) dans la boîte électronique des citoyens sans leur autorisation était légal, un tribunal allemand de la ville de Rostock a répondu par la négative⁸¹. En France, le tribunal de grande instance (TGi) a condamné un annonceur⁸² par courrier électronique non sollicité pour manquement à l'obligation de déclaration de son fichier d'adresses électroniques auprès de la CNIL⁸³. Il existe un lien indissoluble entre le spamming et la vie privée pour la simple raison qu'une adresse électronique relève des données personnelles. C'est ce qui a justifié l'extension par la LCEN de la compétence de la CNIL sur le spamming.

En droit canadien, le principe 7 du Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique⁸⁴ interdit au commerçant la transmission de courrier électronique publicitaire au consommateur sans en obtenir son consentement préalable.

La principale question qui se pose est de savoir comment obtenir le consentement du consommateur pour répondre aux exigences de la loi. Plusieurs solutions sont envisageables à cet égard : le consommateur peut soit s'enregistrer volontairement sur le site internet de l'annonceur pour recevoir sa publicité directement dans sa boîte électronique, il peut soit cocher une case à la page Web y exprimant son accord, soit enfin donner son accord par téléphone. Certains préconisent de favoriser l'approche «pragmatique» de *l'opt-in* qui consiste pour l'annonceur à envoyer à l'internaute, un

⁸⁰ Voir l'article publié au <http://www.journaldunet.com/0501/050113conformitelen.shtml> (Consultation, le 5 janvier 2007).

⁸¹ Décision du 28 janvier 2003; dans cette affaire, le tribunal a interdit à un site Web l'envoi de «e-card» à connotation politique aux citoyens que ne l'ont nullement sollicité.

⁸² Tribunal de grande instance de Paris, jugement du 6 juin 2003.

⁸³ Commission nationale de l'informatique et des libertés.

⁸⁴ Ce document adopté par le Ministère responsable de la consommation n'a qu'un caractère informel. Il a été rédigé par un groupe de travail et a été entériné par les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux dont la consommation relève de leur juridiction respective; disponible au <http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/fr/fe00039f.html> (Consultation le 10 septembre 2006).

premier message test non sollicité lui demandant de s'enregistrer pour recevoir désormais de tels messages. Toutefois, la pratique a prouvé qu'en dépit de ces réglementations, l'internaute est toujours, de gré ou de force, envahi par l'envoi de messages non désirés. Il faudrait peut être se tourner vers d'autres modes de protection utilisant la sensibilisation et l'éducation des internautes.

Ainsi, selon nous, pour diminuer l'envoi intempestif de courriers électroniques non sollicités, le cyberconsommateur devra éviter de fournir ses renseignements personnels (Numéro d'Assurance Sociale, des renseignements sur sa carte de crédit et d'autres renseignements) à un supposé organisme, et ce, par le biais d'un courrier électronique. La raison est qu'en réalité, un organisme sérieux et digne de confiance ne saurait demander au consommateur des renseignements personnels de cette façon. En outre, le cyberconsommateur devra créer plusieurs adresses électroniques en tenant compte de leur utilisation familiale, professionnelle ou collective. Une autre façon de limiter le pourriel consiste enfin à désactiver le volet de visualisation empêchant l'envoi de tels messages.

Enfin, la publicité, en tant que source importante de revenus pour les propriétaires de sites internet, est fortement encadrée par les législations. Nous examinerons successivement la publicité trompeuse ou mensongère et la publicité comparative.

Paragraphe 3 : Publicité trompeuse ou mensongère et publicité comparative

En droit français, la réception d'un message en France fonde l'application des lois de ce pays. Outre la loi qui régit la publicité⁸⁵, des normes informelles sont élaborées pour encadrer l'activité de la publicité. Il en va ainsi des règles déontologiques et de certaines recommandations conçues en application, par exemple, des principes du Code international des pratiques loyales en matière de publicité⁸⁶ et des lignes directrices de la

⁸⁵ Loi n° 93-949 du 26 Juillet 1993 relative au Code de la consommation par exemple.

⁸⁶ Publication CCI n° 432 B.

Chambre de commerce internationale (CCI) en matière de publicité et marketing⁸⁷. La norme de conduite en matière de publicité est la véracité, la justesse et la loyauté du contenu publicitaire de nature à éviter la dégradation de « la confiance que le public doit pouvoir porter en la publicité »⁸⁸. C'est pour ces raisons que la loi sanctionne rigoureusement la publicité mensongère même si elle autorise néanmoins la publicité comparative.

I- La publicité trompeuse ou mensongère

L'encadrement de la publicité trompeuse passe nécessairement par le test de la qualification des messages publicitaires et des conséquences sur l'impression du cyberconsommateur.

a- Qualification d'un message publicitaire

En droit français comme en droit communautaire⁸⁹, il y a publicité mensongère dès lors qu'elle comporte des allégations ou informations substantielles sur les biens et services de nature à induire le consommateur en erreur⁹⁰. Cette formulation existait déjà dans les dispositions des articles L.121-1 à L.121-7 du Code de la consommation. Mais ce Code, de même que les normes informelles de portée internationale, régleme la publicité mensongère de façon générale. L'article 5 du Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la CCI rappelle à ce titre que "la publicité doit proscrire toute déclaration ou présentation visuelle qui soit de nature, directement ou indirectement, par voie d'omission, d'ambiguïté ou d'exagération, à induire en erreur le consommateur".

⁸⁷ On peut y accéder en visitant

[http : www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/rules/1998/translations/lignes_rev_icc.asp) (Consultation le 10 septembre 2006); Voir : C. FERAL-SCHUHL, *opt.cit.*, note 64, p.268.

⁸⁸ *Id.* p. 269.

⁸⁹ Article 2, al 2 et 3 de la directive du 10 septembre 1984 sur la publicité trompeuse et qui a fortement inspiré la loi française en la matière.

⁹⁰ Article L. 121-1 du Code de la consommation définit la publicité trompeuse comme «(...) toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après; existence, nature, composition, qualités substantielles, (...)».

Comme nous pouvons le constater, pour qu'il y ait publicité mensongère, il faut d'abord un message à caractère publicitaire (un texte, une image ou un son). Ce message doit, en plus, contenir des informations contraires à la réalité et connues de l'annonceur avant l'envoi ou après son envoi mais sans le retirer du circuit publicitaire. Le message doit enfin créer une confusion (par exemple sur l'identité de l'annonceur ou sur les biens et services) et induire le consommateur en erreur, que ce message ait un but lucratif ou non⁹¹. En l'absence de ces conditions, l'infraction n'est pas constituée et aucun annonceur ne saurait tomber sous le coup de la loi.

Dans une affaire qui opposait le célèbre malletier *Louis Vuitton* à *Google*⁹², le TGi de Paris a estimé que le fait pour **Google** de faire apparaître sur la page des résultats Google, des liens publicitaires sans qu'il n'y ait de relation d'affaire avec le malletier Louis Vuitton et puisque ces résultats étaient obtenus en s'inspirant des signes de Louis Vuitton, Google avait commis l'infraction de publicité mensongère; la présentation étant susceptible d'induire les cyberconsommateurs en erreur. En fait, Louis Vuitton reprochait à Google d'avoir proposé aux annonceurs en ligne d'associer les mots "imitation, réplique, copies, *knock-offs*" avec le nom "Louis Vuitton". Ce fut donc la première fois qu'une affaire permettait de retenir la responsabilité sur le fondement de la publicité trompeuse. Il convient toutefois de souligner l'incohérence de la jurisprudence française en matière de publicité comme l'illustrent d'ailleurs certaines autres affaires⁹³.

⁹¹ Il s'agit d'une interprétation extensive de l'article L.121-1 du Code de la consommation par la Cour de cassation; Éric CHEVRIER, «La publicité trompeuse n'implique pas une activité lucrative», (2005) *Rec. Dalloz* 1997; Voir : Cass. crim., 23 janv. 1979, Bull. crim., n° 32; Cass.crim., 23 janv. 1992, Bull. crim., n° 26; CA Paris, 24 mars 1982, D. 1982, Jur. p. 486, note G. Paire; CA Paris, 9 juill. 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, jur. p. 151; Voir également Cass. Crim., 6 mai 1998, Rev. Sc. Crim. 1999, p. 113, obs. Giudicelli; 1998 *RJDA*, n° 1165.

⁹² Décision rendue le 4 février 2005 par le Tribunal d'instance.

⁹³ Dans une affaire similaire dite affaire "Bourse des vols" (octobre 2003), le TGi avait rejeté l'action en soutenant que Google n'avait nullement l'intention d'induire le cyberconsommateur en erreur quant à l'identification du prestataire de service proposé dans les liens commerciaux. Au-delà de cette incohérence avérée, il faut néanmoins admettre une évolution de la responsabilité pénale et civile en matière de publicité trompeuse. Il en va ainsi de l'affaire *Société Accor c. Société Overture* (décision du 2 novembre 2006; voir commentaire au <http://www.lextenso.com/lextenso/archives/Apiw.fcgi?FILE=Index.html&ACTION=m>) (Consultation le 19 décembre 2006). Dans cette affaire, la société Accor reprochait à société Overture d'avoir commis à son préjudice l'infraction de publicité mensongère en permettant aux internautes d'accéder aux sites de ses concurrents par le biais d'un hypertexte ou lien commercial. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a décidé que le délit de publicité mensongère n'existait pas à l'encontre de la société Overture dans la mesure où les liens sponsorisés identifiaient clairement les concurrents Accor et

De ce qui précède, nous pouvons retenir d'une part, qu'il est très difficile de prouver l'intention malveillante⁹⁴ ou la mauvaise foi de l'annonceur et d'autre part, qu'il y a une évolution dans l'appréciation des faits concourant au maintien de la publicité trompeuse⁹⁵.

A notre avis, c'est à juste titre que cette extension est élaborée dans la mesure où, convaincu d'une publicité quelle qu'elle soit, l'internaute serait éventuellement tenté de commander un produit ou un service à un annonceur; un contrat pourrait dans ces conditions, être conclu⁹⁶.

Récemment, dans l'affaire *Gifam et autres c. Google France*⁹⁷, le TGi de Paris a considéré que l'intitulé « "les liens commerciaux" » [sous lequel sont regroupées les annonces publicitaires], est en lui-même trompeur car il porte l'internaute à croire qu'il existe un lien de nature commerciale entre les sites résultant de la recherche sur le moteur

permettaient aux internautes d'accéder à un site présentant les activités, les noms commerciaux et les coordonnées de ces concurrences.

⁹⁴ La question de l'intention se posait dans les affaires examinées. À cet égard, l'article L.121-5 du Code de la consommation dispose que cette preuve de l'intention malveillant est sans égard à l'existence de l'infraction dès lors que le message trompeur est reçu en France. Mais il a été admis que lorsque le juge a des difficultés pour évaluer le caractère trompeur de l'annonceur, il peut valablement recourir à l'opinion publique ou à celle d'un expert en la matière. (CJCE 16 juill. 1998 : D.1998. IR. 199; D. Affaires 1998. 1695; Gaz. Pal. 4-5 déc. 1998, p. 41); voir également Code de la consommation, Paris, Dalloz, 10^e éd. 2005, p.34 (commentaire sur l'Article 121-1).

⁹⁵ La Cour de cassation, en interprétant de façon large l'article L.121-1 du Code de la consommation a jugé que cet article s'applique « à tous les auteurs de messages publicitaires, qu'ils soient commerçants ou non commerçants, associations à but non lucratif ou simples particuliers ». Dans la même logique elle a considéré que « constitue une publicité au sens de [...] l'article L. 121-1 du code de la consommation, tout moyen d'information permettant de se faire une opinion sur le bien ou le service offert par l'annonceur; qu'il importe que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial ». Par cette interprétation extensive, la Cour de cassation entend davantage protéger le consommateur contre toute information de nature à l'induire en erreur et ce, compte non tenu de la qualité de la personne de l'annonceur et de la commercialité du message publicitaire; Voir E. Chevrier, « La publicité trompeuse n'implique pas une activité lucrative », Rec. Dalloz, 2005, p.1997; (voir également Cass. crim., 23 janv. 1979, Bull. crim., n° 32; Cass.crim., 23 janv. 1992, Bull crim., n° 26.- Voie aussi CA Paris, 24 mars 1982, D. 1982, Jur. p. 486, note G. Paire; CA Paris, 9 juill. 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, jur. p. 151); Cass. Crim., 6 mai 1998, Rev. Sc. Crim. 1999, p. 113, obs. Giudicelli; *RJDA* 1998, n° 1165).

⁹⁶ Mais cette position ne fait pas l'unanimité au sein de la jurisprudence; Cf. E. CHEVRIER, *loc.cit.*, note 91.

⁹⁷ TGi Paris, 3^e ch., jugement du 12 juill. 2006; le Gifam (groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménagers) est un syndicat professionnel qui regroupe tous les fabricants d'appareils ménagers titulaire de plus de trente marques connues; Voir http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1712 (Consultation le 28 juill. 2006).

de recherche ‘‘naturel’’ de Google [...] »⁹⁸. Le tribunal a, de plus, jugé que les annonces sont elles-mêmes trompeuses car elles laissent faussement croire qu’il s’agit d’une promotion des produits des annonceurs qui seraient dans une relation commerciale avec les sociétés connues de notoriété publique et dont les signes apparaissent à l’en-tête de l’affichage de l’annonce. Le tribunal a alors conclu à l’existence d’une publicité mensongère au sens des articles L. 115-33 et L.121-1 du Code de la consommation.

Par cette technique malveillante, le moteur de recherche regroupait ainsi sous la rubrique ‘‘les liens commerciaux’’ les annonces publicitaires de l’annonceur qui apparaissaient spontanément sur le résultat des recherches effectuées par l’internaute. En outre, chaque clic effectué sur ces liens par l’internaute procurait une rémunération pour *Google*.

Si en droit communautaire et en droit français, la publicité mensongère ne constitue qu’une infraction à la loi pénale et donc soumis à un seul régime de sanction, les droits canadien et québécois, notamment la Loi sur la concurrence, offrent aux demandeurs le choix de l’option de recours.

b- Choix de l’option procédurale en droit canadien et québécois

L’option de choix de recours est une exception en droit québécois qui prend sa source dans la *Loi sur la concurrence* (qui s’applique au Québec) puisque le nouveau Code civil en son article 1458 al. 2 *in fine* l’interdit⁹⁹. Cette dérogation au principe de l’exclusivité des recours est la preuve éloquente de l’impératif de protection du cyberconsommateur que l’on veut faire prévaloir.

Ainsi le cyberconsommateur a le libre choix, mais exclusif, entre deux recours : le recours au régime criminel de l’article 52 (1) de la *Loi sur la concurrence* pour des infractions

⁹⁸ Par exemple lorsque l’internaute choisi un mot clé comme : Electrolux, il obtient le résultat sur le moteur de recherche ‘‘electrolux.com’’ et sur ce dernier site apparaît un lien commercial de la société ‘‘maismoincher.com, il n’existe pas de produits de la société Electrolux (ces exemple sont dans le jugement et seraient tirés du constat d’avril 2005).

⁹⁹ Article 1458 al. 2 *in fine* « [...] ; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l’application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables ».

graves et le recours au régime civil de l'article 74.01 de cette loi pour sanctionner les indications et pratiques commerciales trompeuses.

En effet, l'article 52(1) de la loi sur la concurrence dispose :

« Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses et trompeuses sur un point important ».

Comme on peut le constater, le critère de la connaissance réelle ou objective de l'élément faux ou trompeur est déterminant en droit français et québécois¹⁰⁰. Dans l'article précité, le législateur a pris soin de souligner l'élément intentionnel ou moral à la différence du législateur français. Comme le précise le Bureau de la concurrence :

*« Les questions qui relèvent des interdictions générales énoncées dans la Loi touchant les indications fausses ou trompeuses peuvent aussi être traitées comme une affaire criminelle si la personne responsable des indications a agi sciemment ou sans se soucier des conséquences ».*¹⁰¹

Le second régime de la Loi sur la concurrence réside dans l'article 74.01 (1) relatif à l'interdiction générale de donner « [...] au public, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques [...] des indications fausses ou trompeuses sur un point important » de même que toute information de nature à induire le consommateur en erreur. La loi ne définit malheureusement pas ce qu'elle entend par « indication ou représentation fausse ou trompeuse ». En consultant la doctrine québécoise, Nicole L'Heureux nous y aide : « [...] une indication est fausse lorsqu'elle est relative à une situation de fait contraire à la réalité »¹⁰² et d'ajouter « une indication est trompeuse lorsqu'elle a la capacité [*sic*] de tromper »¹⁰³.

¹⁰⁰ *Supra.*, note 70.

¹⁰¹ Article 52(1) de la *loi sur la concurrence*; Bureau de la concurrence, Respect de la loi dans la publicité en ligne : Guide de conformité à la Loi sur la concurrence concernant les annonceurs dans Internet, document du 28 mai 2001; disponible au site du bureau de la concurrence <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/act02186f.html> (Consulté le 15 janvier 2007).

¹⁰² Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, p.281.

¹⁰³ *Id.* p. 283.

Il faut toutefois souligner que ces dispositions s'appliquent indistinctement aux personnes physiques et morales, que la publicité soit faite dans le cadre d'une activité commerciale ou non. Ces deux textes ont un contenu large et s'appliquent à toute forme de publicité y compris l'E-pub, à condition bien évidemment qu'elle soit adressée au public. Si dans le régime criminel il faut prouver hors de tout doute raisonnable l'intention malveillante de l'agent criminel, sous le régime civil, il ne reste qu'à établir la preuve de la responsabilité selon le droit commun, soit la balance des probabilités au Québec. Mais dans les deux cas, il semble que l'impression générale que la publicité laisse sur les internautes est importante comme le confirme la Cour dans l'affaire *R. c. Impérial Tobacco Products Ltd* :

« [...] Le public acheteur n'étudie pas avec soin ou ne pèse pas chaque mot dans une annonce. L'impression ultime sur l'esprit du lecteur se forme de la somme totale non seulement de ce qui est dit, mais aussi de tout ce qui peut être raisonnablement induit »¹⁰⁴.

Au Québec, la L.p.c. s'est fortement inspirée de la Loi sur la concurrence pour compléter la réglementation de la publicité existante. L'article 219 de la L.p.c. dispose : « Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, soit faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur ». Et l'article 216 de la même loi de définir la représentation comme suit : « [...] une représentation comprend une affirmation, un comportement ou une omission ». Enfin, les articles 220, 221, 224, 225 et 228 L.p.c. réglementent les pratiques interdites et énumèrent certains cas fréquemment employés. La *loi sur la concurrence* et la L.p.c. ont été élaborées bien avant l'avènement de l'Internet, mais le Bureau de la concurrence précise que les « dispositions de la Loi en matière d'indications fausses ou trompeuses s'appliquent à la publicité dans Internet, car elles sanctionnent la teneur de l'indication et non pas les moyens utilisés »¹⁰⁵.

En Ontario, la loi sur la protection du consommateur¹⁰⁶ préfère le terme d'assertion fausse, trompeuse ou mensongère et son article 14 en fournit des exemples. Aussi en

¹⁰⁴ [1971] 5W.W.R. 409

¹⁰⁵ Bureau de la concurrence, *Respect de la loi dans la publicité en ligne : Guide de conformité à la Loi sur la concurrence concernant les annonceurs dans Internet*, document du 28 mai 2001; disponible au site du bureau de la concurrence <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/act02186f.html> (Consulté le 15 janvier 2007).

¹⁰⁶ *Loi sur la protection du consommateur* (Loi de 2002), L.O. 2002, c. 30, ann. A.

mentionnant les expressions « l’auteur de l’assertion sait ou devrait savoir » et « alors que ce n’est pas le cas », le législateur ontarien a voulu insister sur l’intention de l’annonceur et la présomption de prévisibilité des conséquences de son acte sur l’impression générale qu’il pourrait laisser sur le consommateur. Ce code ontarien, à la différence des autres lois examinées, sanctionne spécifiquement certains comportements en tenant compte de la situation particulièrement vulnérable du consommateur (analphabétisme, insolvabilité, invalidité, etc.), et du prix du bien vendu ou du service offert (prix déraisonnable). Ces situations donnent lieu à des sanctions pour infraction d’assertion abusive (article 15). Nous estimons que cette façon subjective de sanctionner la publicité mensongère met l’internaute à l’abri de certains comportements déloyaux et elle constitue un moyen pragmatique de protection du cyberconsommateur.

Enfin, qu’il s’agisse du régime strictement pénal du système français ou du choix de l’option au Canada et au Québec, la publicité trompeuse entraîne inéluctablement des sanctions pénales ou civiles.

c- Les sanctions d’une publicité trompeuse

L’article L. 121-5 du Code de la consommation fait peser la responsabilité de la publicité trompeuse sur l’annonceur pour le compte duquel elle est faite et le délit est constitué dès lors que le message est reçu en France. Il prévoit la sanction de la complicité selon le droit commun et ainsi que celle de la coaction¹⁰⁷. Le Code français de la consommation prévoit également des sanctions civiles¹⁰⁸ et pénales¹⁰⁹. En droit canadien comme en droit québécois, la publicité fausse ou trompeuse est passible, sous la *Loi sur la concurrence*, d’un emprisonnement allant d’un an à cinq ans et/ou d’une amende de 200 000 \$ et plus, sur déclaration sommaire de culpabilité ou par procédure de mise en accusation.

¹⁰⁷ Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, p. 78. Ainsi l’agence de publicité serait qualifiée de coauteur ou complice si elle a agi en connaissant la fausseté du message publicitaire.

¹⁰⁸ Conformément à l’article 1382 C.civ. En outre, le juge peut ordonner la cessation de la publicité et en cas de condamnation, ordonner la publication du jugement sur le site de l’auteur. Le tribunal de commerce de Paris a rendu la première décision de ce genre le 3 mars 1997 dans une affaire de contrefaçon; le juge a ordonné la publication du jugement sur le site du défendeur; Voir : Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, p. 79.

¹⁰⁹ L’auteur d’une publicité fausse est passible de 2 ans d’emprisonnement et/ou d’une amende de 37.500 euros. Une sanction identique est prévue par la LCEN en ce qui concerne la publicité par courrier électronique non sollicité.

Enfin, si les législateurs sont exigeants sur le contenu véridique des messages publicitaires, ils permettent néanmoins aux annonceurs, dans certains systèmes, d'opérer des comparaisons entre les produits et services similaires de leurs concurrents, sous réserve de certaines conditions.

2- La publicité comparative

Il est admis en France, depuis une loi du 18 janvier 1992, d'effectuer une publicité fondée sur la comparaison entre son produit ou service avec les mêmes produits ou services proposés par ses concurrents. La publicité comparative a été incluse en 1997 dans la directive de 1984 sur la publicité trompeuse et transposée en France par une ordonnance du 23 août 2001, entraînant la modification des articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation. Elle est définie comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ».

Cependant, l'admission de la publicité comparative obéit à certaines conditions de manière à respecter le jeu de la concurrence. En cas d'inobservation de celles-ci, des sanctions prévues seront mises en application.

a- Les Conditions d'admission de la publicité comparative

En premier lieu, une publicité comparative doit être **objective**, c'est-à-dire qu'elle ne peut porter que sur « une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables, et représentatives des biens ou services, dont le prix peut faire partie ». Elle ne doit porter que sur des biens et services similaires et être véridique, non susceptible d'induire le consommateur en erreur. A cet effet, le Code international de pratiques loyales en matière de publicité de la CCI, en son article 6 précise :

« Lorsque la publicité contient une comparaison, celle-ci ne devrait pas être de nature à induire en erreur le consommateur et doit respecter les principes de la

concurrence. Les éléments de comparaison doivent s'appuyer sur des faits objectivement vérifiables et qui doivent être choisis loyalement.»¹¹⁰

En deuxième lieu, elle devra être *précise* et *loyale*, en évitant de créer une confusion et en ne dénigrant ou discréditant pas les marques ou produits d'un concurrent. Elle ne doit pas non plus permettre de profiter de la marque d'un concurrent. Il nous semble que cette condition est inutile dans la mesure où elle existait déjà dans l'article L. 121-1 du Code de la consommation relatif à la publicité comparative.¹¹¹ En troisième lieu, elle ne doit pas « présenter un bien ou service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégé »¹¹²; et si elle porte sur les prix, il doit s'agir des biens similaires avec les conditions de vente semblables tout en précisant la durée du maintien de l'annonce. Enfin, le nouvel article L.121-12 du Code de la consommation impose à l'annonceur d'être en mesure de prouver dans un bref délai (délai raisonnable), l'exactitude du contenu de son message publicitaire comparatif¹¹³.

Après l'analyse de ces conditions d'existence de la publicité comparative non-conforme, il sied d'énumérer les sanctions attachées à leur violation.

b- Les sanctions de la publicité comparative non-conforme

Les sanctions en violation de la publicité comparative sont identiques à celles qui s'appliquent à la publicité trompeuse qu'il sied de s'y référer. Il faut néanmoins souligner qu'à la différence des droits communautaire et français, les droits canadien et québécois ne traitent pas spécifiquement de la publicité comparative. Ce qui ne signifie pas, à notre avis, son interdiction, au contraire. Toutefois, l'absence de réglementation en la matière au Québec pourrait constituer une source de problème lorsqu'un litige s'élève entre un annonceur de l'espace communautaire européen et un consommateur québécois ou

¹¹⁰ C. FERAL-SCHUHL, *op. cit.*, note 64, p. 271.

¹¹¹ P. De CANDÉ, « Publicité comparative notamment dans le domaine du médicament, état des lieux », (2/6967) 2000, Dalloz, p. 34.

¹¹² Th. VERBIEST, *op. cit.*, note 45, p. 74.

¹¹³ Sous l'égide de l'ancien article L. 121-12, l'annonceur devrait communiquer aux professionnels, son annonce comparative avant sa diffusion et ce, « dans un délai au moins égal à celui exigé, selon le type de supports retenus, pour l'annulation d'un ordre de publicité ». Cette obligation a disparu avec le nouvel article.

inversement. Il faudrait alors interroger les règles de conflits de chaque système juridique des parties en cause pour déterminer la loi applicable à la publicité comparative¹¹⁴.

La publicité étant le moyen privilégié pour l'annonceur d'entrer en contact avec l'internaute qui sera en face d'une multitude d'informations sur les produits et services, celui-ci pourra, s'il en est convaincu, décider de commander un produit ou un service. Ainsi, grâce à cette publicité, le cyberconsommateur entrera en relation juridique avec l'annonceur ou l'offrant.

Cependant, les lois imposent des obligations précontractuelles au cybermarchand relatives à certains renseignements jugés pertinents et indispensables à la prise de décision par le cyberconsommateur.

Section 2 : Obligation d'information et offre de contracter

Le schéma classique de l'individualisme et du libéralisme des contrats a subi un virage sérieux avec les contrats de consommation :

« [A]u déséquilibre de plus en plus grand des forces et compétences respectives des parties s'ajoute l'accélération du temps de formation des transactions. Le plus souvent, contracter implique pour le consommateur d'adhérer à un contrat qui n'est plus négociable et pour lequel le marché n'offre aucune alternative ».¹¹⁵

Le marchand dispose seul l'information qu'il entend communiquer au consommateur par le biais de l'offre. Mais pour la validité de celle-ci et partant, du consentement qui sera donné par le consommateur, la loi exige donc que certaines informations lui soient communiquées.

¹¹⁴ Élisabeth DURIEUX, « La cyberpublicité transfrontalière et la protection du consommateur en France et au Québec », disponible au <http://www.u-paris2.fr/cejem/travaux/memoires/durieux.htm> (Consultation le 5 juillet 2007).

¹¹⁵ Thierry BOURGOIGNIE et Jean GILLARDIN, Droit des consommateurs : Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix, (dir.), Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1982, p. 3.

Dans les contrats passés par internet, ces informations doivent figurer dans l'offre, avant, juste avant, au moment de la conclusion du contrat et après la conclusion de celui-ci. Ce n'est qu'après s'être muni de toutes ces informations que le cyberconsommateur est supposé avoir valablement conclu un contrat; l'inobservation de ces obligations entraînant des conséquences juridiques pouvant donner lieu à une action en rétractation voire en résolution pure et simple du contrat de consommation.

Dans la plupart des systèmes juridiques sous études, l'obligation d'information est principalement à la charge du cybermarchand et en faveur du cyberconsommateur. En effet, jusqu'en décembre 2006, la L.p.c. ne contenait que l'article 228 qui traitait de l'obligation d'information mais de façon partielle. Heureusement la pratique renforçait son existence; ce qui a motivé sa modification par le projet de loi n° 48 du gouvernement du Québec que nous aurons l'occasion d'évoquer plus amplement.

Pour une meilleure compréhension de cette obligation précontractuelle, il nous est apparu nécessaire de présenter d'abord son cadre juridique générale dans l'Union européenne et en droit canadien et québécois, avant d'examiner les articulations des informations à fournir.

Paragraphe 1- Cadre juridique général de l'obligation d'information en droits européen, français, canadien et québécois

En raison du fait que le contrat de consommation passé par internet est « un contrat conclu à distance »¹¹⁶, la directive européenne du 20 mai 1997 et le Conseil d'État ont entendu accorder au cyberconsommateur un niveau de protection équivalent à celui dont il bénéficie dans le contrat à distance traditionnel.¹¹⁷ Ce même souci de protection s'est également manifesté au Canada par l'élaboration des normes informelles et des textes

¹¹⁶ Sur cette notion, le lecteur pourra se référer à la directive n° 97-7 du 20 mai 1997 transposée en droit français par le truchement de l'ordonnance du 23 août 2001 qui définit le contrat de consommation passé par internet comme « Toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

¹¹⁷ Michel TROCHU, « Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97-7 CE mai 1997 », (2) Dalloz, 1999, p. 179.

provinciaux (par exemple les lois sur la protection du consommateur du Québec et de l'Ontario). La défense de la partie faible est donc la prémisse de base et la couleur dominante de ces textes¹¹⁸. En effet, la mise à la disposition du cyberconsommateur d'informations nécessaires au contrat est la condition *sine qua non* et déterminante quant à la validité de son consentement libre et éclairé.

Les mécanismes de protection du cyberconsommateur prévus par les systèmes juridiques couvrent toutes les étapes du processus contractuel : avant le contrat (obligation d'information), au moment de la conclusion du contrat (protection du consentement, droit de rétractation, signature électronique) et après le contrat (livraison et paiement électronique). Nous nous proposons à présent d'aborder l'obligation d'information; les autres mécanismes de protection faisant l'objet des chapitres 2 et 3.

En premier lieu, en droit communautaire et en droit français, d'une manière générale, en matière de contrat de consommation, l'obligation d'information préalable est prévue par les dispositions du Code de la consommation en France notamment les articles L. 111-1 et suivants. A ces dispositions s'ajoute, à titre complémentaire, la directive du 8 juin 2000¹¹⁹ qui laisse néanmoins aux États membres, le soin d'élaborer des lois nationales tendant à protéger davantage le cyberconsommateur et, partant, à favoriser l'essor des contrats à distance passés par Internet. Ainsi, l'article 9 de cette directive du 8 juin 2000 dispose :

« Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

¹¹⁸ Nicole L'HEUREUX, Le droit de la consommation, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n°10 et suiv., cité par Vincent GAUTRAIS, «L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois», dans, *Droit du commerce électronique*, (dir.), Montréal, Thémis, 2002, p.266.

¹¹⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016.

C'est effectivement dans la même logique que la Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique communément appelée « LCEN »¹²⁰, en transposant la directive sur le commerce électronique, a établi une équivalence probatoire entre un support électronique et un support papier lorsque l'écrit est exigé pour la validité d'un acte¹²¹. La « LCEN » a ainsi autorisé le gouvernement français à modifier les lois existantes relatives à l'exigence de l'écrit en tant que condition de validité de l'acte, et ce, pour permettre l'accomplissement de tous les actes *via* Internet. L'ordonnance du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique est intervenue pour appuyer cette politique de neutralité technologique. Il résulte de cette modification du Code de la consommation que quatre sections du Code civil français traitent actuellement des contrats passés par Internet : la section relative à l'échange d'information en cas de contrat sous forme électronique¹²², celle traitant de la conclusion d'un contrat sous forme électronique¹²³, celle relative à l'envoi et à la remise d'un écrit par voie électronique¹²⁴ et enfin celle relative à certaines exigences de forme¹²⁵.

En second lieu, en droits canadien et québécois, les professeurs BOUCHARD et LACOURSIÈRE soulignent que l'une des premières affirmations législatives de l'obligation d'information en droit québécois remonte à l'article 228 de la *L.p.c.*¹²⁶ qui dispose : « *Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important* »; sans pour autant définir le terme « fait important »¹²⁷. En marge de ces textes législatifs, le Canada et le Québec ont édicté certaines normes informelles, notamment les *Lignes directrices*

¹²⁰ J.O n° 143 du 22 juin 2004 p. 11168, texte n° 2; disponible au

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo> (Consultation le 15 septembre 2006).

¹²¹ Article 1108-1 C.civ. Voir également : V. SÉDALLIAN, « Actualités du droit du commerce électronique », *Droit de l'immatériel*, *Lamy*, 2005, p. 33.

¹²² Article 1369-1 à 1369-3 C. civ., nouv.

¹²³ Art. 1369-4 à 1369-6 C. civ.

¹²⁴ Art. 1369-7 à 1369-9 C. civ. nv

¹²⁵ Art. 1369-10 à 1369-11 C. civ. nv

¹²⁶ C. BOUCHARD et M. LACOURSIÈRE, *loc. cit.*, note 28, p. 394.

¹²⁷ *Id.* ; Voir également : C. MASSÉ, *Lois sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 862. L'auteur précise qu'un fait important « est un fait, s'il était connu du consommateur en temps opportun, aurait été de nature à influencer sur sa décision de contracter ou sur les conditions et modalités du contrat. On trouve également l'idée générale d'obligation de renseignement dans les dispositions des articles 1375, 1399, al. 1 et 1401, al. 2 C.c.Q. ».

régissant la protection des consommateurs dans un contexte de commerce électronique¹²⁸, les Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique et documents connexes : le cadre canadien¹²⁹, le Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique¹³⁰ et la labellisation¹³¹ des sites, etc. Ces textes informels, ont été fortement inspirés des directives européennes et des lois françaises en matière de commerce à distance et de celui passé par internet¹³².

Au plan jurisprudentiel, l'obligation d'information du consommateur fut consacrée pour la première fois par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Banque de Montréal c. Bail*¹³³ en posant les principes juridiques gouvernant la communication d'informations :

« [1] La connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement; [2] la nature déterminante de l'information en question et; [3] l'impossibilité pour le créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur »¹³⁴.

¹²⁸ OCDE, C(99)184/FINAL, 9 décembre 1999 en ligne (1999)

<http://www.oecd.org/pdf/M00000000/M00000360.pdf>. (Consultation le 7 janvier 2007); C. BOUCHARD et M. LACOURSIÈRE, *loc. cit.*, note 28, p. 395.

¹²⁹ Id. disponible au <http://www.cba.ca/fr/content/consumer/principes.pdf> (consultation le 7 janvier 2007)

¹³⁰ Ce texte n'ayant qu'une valeur d'usage, a été entériné par les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables des questions de consommation, le 16 janvier 2004.

¹³¹ Voir TRUSTE, en ligne : <http://www.truste.com> et Web Truste, en ligne : <http://www.cica.ca>. (Consultation le 7 janvier 2007).

¹³² Il en va ainsi du Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs qui contient sensiblement les mêmes exigences de fourniture de renseignements sauf à quelques exceptions.

¹³³ [1992] 2 R.C.S 554. En mai 1977, Hydro-Québec procéda à un appel d'offre relatif à la construction et à l'aménagement d'un poste. L'entrepreneur bénéficiaire du contrat, confia une partie de son ouvrage à un sous-traitant. La mauvaise qualité du sol constatée -suivant rapport d'expertise-, oblige le sous-traitant à solliciter une renégociation avec l'entrepreneur. À la fin des travaux, un litige survient sur le montant contenu dans l'avenant. La Banque de Montréal, cessionnaire des créances du sous-traitant en faillite financière, sur la base de l'avenant, assigne en principal contre Hydro-Québec en responsabilité extracontractuelle et subsidiairement l'entrepreneur et sa caution, en responsabilité contractuelle. Sur cette affaire, la Cour supérieure conclura que la non divulgation des informations dont disposait Hydro-Québec depuis 1977 a empêché le sous-traitant de solliciter la renégociation et que Hydro-Québec a agi de manière dolosive. Elle condamna cette dernière à des dommages intérêt, annula le contrat d'entreprise et le contrat de sous-traitance. Cette décision fut infirmée par Cour d'appel au motif que, Hydro-Québec n'en avait pas connaissance et qu'elle n'avait non plus l'obligation de divulguer à l'entrepreneur les renseignements contenus dans le rapport de 1977. Mais la Cour suprême du Canada a plutôt décidé que la décision de la Cour d'appel était infondée et a confirmé celle du premier juge; Voir également : C. BOUCHARD et M. LACOURSIÈRE, *loc. cit.*, note 28, p. 394.

¹³⁴ [1992] 2 R.C.S 554 précité. (Les italiques sont de nous).

Pour la Haute juridiction, un manquement à une obligation contractuelle (en l'espèce la non divulgation de l'information) peut constituer la base d'une responsabilité délictuelle d'un tiers contre le contractant fautif et les parties doivent se conduire raisonnablement en toute bonne foi.

Toutefois, le développement exponentiel de l'Internet et l'essor des contrats de consommation en ligne rendaient inéluctablement désuètes certaines dispositions des normes existantes notamment de la L.p.c. C'est la raison pour laquelle le gouvernement du Québec a été obligé de déposer le 9 novembre 2006 le projet de loi n°48 (2006, chapitre 56) portant Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances. Ce projet de loi a été adopté, par principe, le 22 novembre 2006 et sanctionné le 14 décembre 2006. Les principales modifications portent sur les contrats conclus par Internet et notamment en ce qui concerne l'interdiction de la clause compromissoire (clause d'arbitrage) et l'autorisation du compromis, l'obligation d'information, le droit de réflexion ou de résolution, la rétro-facturation et la réparation des appareils domestiques.

Ceci étant précisé, le consommateur ou l'adhérent a nécessairement besoin de certains renseignements fort utiles lui permettant de manifester confortablement son consentement mais de façon libre et éclairée. Les législateurs exigent en conséquence la fourniture par le cybermarchand, de certaines informations préalables au contrat qui sont par ailleurs cumulatives avec celles exigées en matière de publicité¹³⁵.

Ce cadre général nous permettra donc de comprendre la mise en œuvre de l'obligation d'information dans les systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois sous études. Il s'agit, à présent, de voir quels types d'informations le cybermarchand devra fournir, comment et à quel moment devra-t-il les fournir ; ce qui conduira à l'examen des conséquences liées à l'inobservation de cette obligation d'information.

¹³⁵ Supra, paragraphe 3, section 1; Voir : Th. VERBIEST, op.cit., note 45.

Paragraphe 2- Obligations précontractuelles du cybermarchand en Europe et au Canada: les informations à fournir et les moyens d'y procéder

Les législations communautaires et notamment la directive de 2000 insistent sur l'information préalable en mentionnant que celle-ci incombe au « prestataire de service » (c'est -à- dire toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information)¹³⁶ au profit de tout « destinataire de service » (c'est-à-dire toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible).

Sur la question de savoir si la directive sur le commerce électronique abolit ou non la distinction traditionnelle entre professionnel et consommateur, les positions divergent. Ainsi, certains auteurs comme Thibault VERBIEST soutiennent que cette distinction n'existe plus car le destinataire de l'offre sur Internet n'est en contact ni avec l'offrant ni avec le produit et jouit encore moins de la possibilité de discuter des clauses contractuelles avec ce dernier, si ce n'est que pour y adhérer ou les refuser. La jurisprudence française appuie évidemment cette position¹³⁷ et va d'ailleurs plus loin en accordant à des professionnels une protection légale contre les clauses abusives dont l'objet du contrat n'est pas directement lié à leur activité; ces clauses abusives étant surveillées en faveur du cyberconsommateur. La Professeure Sylvette GUILLEMARD soutient cette jurisprudence en estimant que tout internaute quel que soit son niveau de compétence, étant susceptible d'être victime d'abus, il faut se demander « *s'il n'y a pas, en quelque sorte, erreur sur la personne en matière de contractant faible contemporain et [propose...] de raisonner en terme d'adhérent plutôt que de consommateur afin d'assurer à tous les consommateurs qui en ont besoin une protection efficace même dans un contexte transnational* »¹³⁸.

¹³⁶ Art.2 b) de la directive n°200/31 du 8 juin 2000.

¹³⁷ Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45.

¹³⁸ S. GUILLEMARD, *loc.cit.*, note 23, p.7. (Les italiques sont dans le texte original). De cette proposition, l'auteur entend récuser la notion même de consommateur en raison du fait que même le professionnel peut,

Toutefois, certains auteurs français comme le professeur Jérôme PASSA soutiennent que la directive sur le commerce électronique n'autorise qu'«une extension du niveau de la protection, et non de son champ d'application. [La protection des professionnels non spécialistes entraînerait des] distorsions de concurrence incompatibles avec le Traité»¹³⁹.

Les bénéficiaires potentiels de ces informations préalables étant identifiés, c'est-à-dire les consommateurs, il sied à présent de savoir de quelles informations il s'agit et comment et à quel moment les fournir.

1- Les informations à fournir au consommateur

En droit communautaire comme en droit canadien (droit québécois et droit ontarien notamment), les principales obligations précontractuelles que les lois imposent aux cybervendeurs touchent dans la quasi-totalité de ces systèmes juridiques, l'identité de la personne du cybervendeur (personne physique ou morale), les biens et/ou services objet du contrat, le prix et ses modalités de paiement et enfin le processus de commande.

A cet égard, Th. VERBIEST regroupe ces informations préalables à fournir en quatre catégories, synthétiquement structurées dans un tableau, qu'il établit de manière pédagogique.¹⁴⁰

En premier lieu, le cybermarchand devra fournir au consommateur des informations relatives à lui-même. Cette obligation résulte en particulier de la directive sur le commerce électronique. Il s'agit de ses nom et prénom, raison sociale, activité principale,

dans certaines circonstances, invoquer le bénéfice de la protection des lois de protection du consommateur. Mais nous avons déjà émis notre réserve en ce qui concerne ce débat et nous considérons que «le cyberconsommateur est encore vivant». En effet, au moment où tous les regards des juristes, organisations internationales, organismes de défense des droits des consommateurs, sont tournés vers l'impératif de protection, et en raison du caractère unilatéral du contrat de consommation, il est incompréhensible, selon nous, que l'on nie l'existence du consommateur. De plus, c'est sur le fondement de l'idée même d'existence du consommateur qu'est né le droit de la consommation qui connaît aujourd'hui une évolution spectaculaire notamment avec l'avènement de l'internet.

¹³⁹ Jérôme PASSA, «Commerce électronique et protection du consommateur», (2002) doctrine, *Dalloz* n°6 557.

¹⁴⁰ Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, p.122-126; Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 1, pp.95-99.

adresse géographique, adresse de courrier électronique, numéro de téléphone, numéro de registre du commerce¹⁴¹ etc. Mais le droit canadien est encore plus précis sur ce point. En effet, la L.p.c. du Québec, la loi ontarienne sur la protection du consommateur et son règlement d'application (article 32-1), vont plus loin en exigeant du fournisseur ou du cybervendeur l'indication d'un autre nom sous lequel il exerce ses activités, si ce dernier est différent du nom d'usage. Cette obligation d'identification, dans les messages publicitaires a encore été réitérée de manière plus précise dans le projet de loi n° 48¹⁴². Malheureusement elle exige la fourniture de « l'adresse technologique » sans pour autant fournir moindre définition de ce terme. Cette confusion sur le terme « d'adresse technologique » devrait, à notre avis, être éclairée afin d'éviter des interprétations divergentes compte tenu de la nouveauté de cette législation et de l'absence des précédents jurisprudentiels en la matière au Québec. On peut en déduire néanmoins que le législateur a pensé à toute forme d'adresse pouvant être véhiculée *via* les nouvelles technologies présentes et à venir; un souci certes avéré de prévisibilité contre le développement exponentiel que connaît ce secteur¹⁴³. On peut également entrevoir ici des possibilités de conflits de lois et de juridictions à résoudre selon le système juridique du tribunal compétent.

Le Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique¹⁴⁴, outre qu'il exige les mêmes informations (en insistant sur l'exactitude et la véracité des informations), se montre plus proche des consommateurs. Il en va ainsi de l'obligation du commerçant de donner les coordonnées du service à la clientèle, les heures d'ouverture, le mécanisme de traitement des plaintes, les politiques de protections des renseignements personnels ainsi que les informations relatives aux autorités de certification, d'autorégulation ou aux règlements conventionnels des litiges¹⁴⁵. A notre

¹⁴¹ Voir également les articles L.121-18 et suivants du Code de la consommation.

¹⁴² Article 54.4 a) - c) L.p.c.

¹⁴³ Le lecteur se souviendra que la première loi sur la protection du consommateur de 1971 au Québec n'a connu qu'une légère modification en 1978. Il a fallu attendre 26 ans avant de procéder à une nouvelle modification en décembre 2006 en raison de son dépassement par la nouvelle technologie employée par le commerce par Internet.

¹⁴⁴ Ci-après désigné « le Code ».

¹⁴⁵ Art. 1.3 f) à i) Principe 1 Dispositions relatives à l'information disponible au <http://cmcweb.ca/epic/site/cmc-cmc.nsf/fr/fe00066f.html> (Consultation le 20 décembre 2006).

avis, ces exigences participent, à bien des égards, à rétablir la confiance du cyberconsommateur dans les transactions passés par Internet. De son côté, la LCEN ajoute par ailleurs la fourniture du numéro d'identification à la TVA (taxe sur la Valeur Ajoutée) et ce, pour des fins fiscales. Elle exige également l'identification de l'autorité ayant délivré l'autorisation si le cybermarchand est soumis à un régime d'autorisation¹⁴⁶, les références spécifiques, si celui-ci exerce une profession réglementée et l'État membre dans lequel le cybermarchand exerce son activité professionnelle.

En deuxième lieu, le cybermarchand devra fournir des informations sur le produit ou le service proposé dans l'offre. Il s'agit notamment des caractéristiques du produit ou du service, des frais de livraison, des modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, du droit de rétraction et de ses modalités d'exercice, de la durée de l'offre, de la durée minimale du contrat, de la limitation de la responsabilité, des conditions particulières de la vente¹⁴⁷. Les articles 3 et suivants de la directive relatives aux services financiers à distance viennent compléter cette énumération en ajoutant la langue du contrat, les possibilités de résiliation unilatérale du contrat pour le cyberconsommateur, la compétence juridictionnelle, la loi applicable ainsi que l'existence et les modalités éventuelles de procédures extrajudiciaires. Sur ce dernier point, le projet de loi québécois n°48 interdit clairement toute clause compromissoire dans les contrats de consommation en lignes tout en admettant le compromis.¹⁴⁸ Elle impose également de préciser la monnaie de la transaction si la devise utilisée est « autre que canadienne ».

La troisième catégorie d'informations concerne celle relative au prix du produit ou du service notamment le véritable prix, les taxes, les frais de livraison et s'il y a lieu, tout

¹⁴⁶ Voir également les articles 3 et suivants de la directive relative aux services financiers à distance.

¹⁴⁷ Article L.121-18 et suivants du Code de la consommation; article 54.4 d), e) et f) de la Loi n° 48 (2006, chapitre 56) Loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et la loi sur le recouvrement de certaines créances.

¹⁴⁸ Article 11.1 L.p.c. « Est interdit la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours.

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

autre frais que les lois exigent¹⁴⁹. Le Code canadien donne la possibilité de recourir à d'autres méthodes pour établir ce prix dans l'hypothèse d'une impossibilité actuelle d'en établir un¹⁵⁰.

La dernière catégorie d'informations concerne enfin le processus de commande¹⁵¹. Il convient de noter que le Code de la consommation ne prévoit rien en ce sens; il faut naturellement se tourner vers la LCEN, la L.p.c. et le Code canadien. Ces textes donnent la possibilité au cyberconsommateur de corriger les erreurs, imposent de lui indiquer les démarches à suivre pour conclure le contrat, la langue du contrat¹⁵², etc. La nouvelle L.p.c. du Québec exige que le cybercommerçant donne expressément au cyberconsommateur « la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs ».¹⁵³ Le cybervendeur devra également fournir les précisions relatives à la livraison du produit ou du service : date, lieu, mode de livraison, coordonnées du transporteur, lieu et mode d'exécution du service, le cas échéant¹⁵⁴.

L'intérêt de cette obligation est tout d'abord **d'ordre pratique** : elle facilite la communication rapide, aisée et efficace entre les parties conformément aux recommandations des lignes directrices de l'OCDE. Du point de vue **juridique**, elle permet ensuite de lutter contre certaines pratiques commerciales douteuses et assure aux cyberconsommateurs la garantie de l'exercice de leur recours lorsqu'un litige survient sur le contrat. Enfin, au plan **psychologique**, elle contribue à amenuiser la méfiance du cyberconsommateur face à l'incertitude des transactions passées par Internet dans un monde dématérialisé qu'il maîtrise peu ou presque pas.

¹⁴⁹ Art.19 LCEN, article 54.4 f) et g).

¹⁵⁰ Article 1.5 b) du code.

¹⁵¹ Art.25 LCEN

¹⁵² Article 1369-2 Code civ. inséré par le chapitre VII de la LCEN : « Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier de détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

¹⁵³ Article 54.5 L.p.c. Nous reviendrons sur cet aspect dans le cadre de la protection du consentement.

¹⁵⁴ Article 54.4 i) j) L.p.c.

Ces informations, étant nombreuses et abondamment disponibles sur le site Internet du cybervendeur, peuvent s'avérer encombrantes ou embarrassantes pour le cyberconsommateur et éventuellement lui échapper au moment de la conclusion du contrat en ligne. C'est pourquoi, les lois exigent qu'elles **doivent valablement être mises à la disposition de l'internaute** et suivant une certaine procédure.

2- Comment fournir ces informations?

À cet égard, les lois mentionnent que toutes ces informations notamment le caractère commercial, doivent être «communiquées au consommateur de manière claire [non équivoque] et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée»¹⁵⁵. L'information doit donc être directement, facilement et de façon permanente, accessible sur le site Web du cybervendeur et non sur un autre support¹⁵⁶. Cette obligation exclut de *facto* l'utilisation des hypertextes facultatifs¹⁵⁷ comme l'on peut constater sur la plupart des sites commerciaux, comme dans l'affaire DELL¹⁵⁸ qui nous fournit un exemple éloquent. En effet, dans une annonce sur son site Internet les 4 et 7 avril 2003, Dell computer Corporation offrait en vente deux appareils informatiques aux prix respectifs de 89\$ et 549\$. Quelques jours plus tard, elle s'aperçoit qu'une erreur s'est glissée sur les prix et a tenté d'y remédier en affichant une annonce de correction des prix à la hausse à 379\$ et 549\$. A la même date, un cyberconsommateur, Monsieur Dumoulin, résident au Québec, lance sa commande d'achat d'un appareil à 89\$ comme plusieurs autres cyberconsommateurs. Dell computer refuse de lui livrer l'appareil en se fondant sur l'avis de correction adressé à son client. Le contrat sur Internet contenait une clause d'arbitrage obligatoire de National Arbitration Forum (NAF) basée aux États-Unis et qui renvoyait à un autre site pour la procédure d'arbitrage. Devant cette impasse, l'union des consommateurs saisit la Cour supérieure de Montréal pour qu'elle soit autorisée à exercer un recours collectif en son nom et au nom de nombreux clients de Dell. Dans cette affaire,

¹⁵⁵ Art. L. 121-18 Code de la consommation; Voir également art. 4. 2) dir. 2000; article 54.4 l) L.p.c. Cet article insiste sur le caractère intelligible et évident de l'information devant être portée à la connaissance du cyberconsommateur. (Nous avons souligné).

¹⁵⁶ Th. VERBIEST, *opt.cit.*, note 45, p. 128.

¹⁵⁷ J. PASSA, *loc.cit.*, note 139, p.558.

¹⁵⁸ Union des consommateurs c. Dell Computer Corporation, AZ-50214783, J.E. 2004; Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, 2005 (QCCA) 570.

l'une des questions fondamentales- qui nous intéresse- portait sur la validité de la clause externe par hypertexte. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu à l'inopposabilité d'une telle clause pour la simple raison qu'elle n'était pas portée à la connaissance du cyberconsommateur avant ou au moment de la conclusion du contrat.

Même si la décision de la Cour d'appel a été infirmée par la Cour suprême du Canada le 13 juillet 2007¹⁵⁹, cette affaire est une application effective de la manière dont une information devra être portée à la connaissance de l'internaute ou du consommateur. Ceci revient à dire que la clause serait valide- indépendamment du fait qu'elle concerne l'arbitrage- si elle apparaissait à la face même de la page qui affichait et si elle était écrite en caractère gras.

En outre, aux termes de la L.p.c., les renseignements contenus dans une offre écrite doivent être présentées de « manière évidente et intelligible et le porter expressément à la connaissance du consommateur » de manière à permettre au cyberconsommateur de refuser ou d'accepter et le cas échéant, d'en conserver copie voire l'imprimer¹⁶⁰. L'article 3 de L.p.c. ontarienne précise de plus, que ces renseignements doivent être disponibles et faciles d'accès.

Sachant désormais les différentes manières par lesquelles le cyberconsommateur doit être en possession des informations requises, l'on peut bien se demander à quel moment précis celles-ci doivent être portées à la connaissance du cyberconsommateur.

3- Quand faut-il fournir les informations préalables au consommateur?

En ce qui concerne le moment auquel ces informations devront être communiquées, le Code de consommation, sans en préciser le terme, est plus flexible en indiquant simplement que les informations doivent parvenir au consommateur « au plus tard lors de l'offre » alors que la directive relative aux services financiers à distance et la directive

¹⁵⁹ *Infra.*, note 446.

¹⁶⁰ Article 54.4 *in fine* et article 54.5 L.p.c.

relative aux contrats à distance demandent que celles-ci soient fournies « en temps utile avant la conclusion du contrat »¹⁶¹. Mais la L.p.c. est plus précise puisqu'elle exige la disponibilité de ces renseignements avant même la conclusion du contrat par le cyberconsommateur, soit avant de cliquer sur l'icône « j'accepte ». Mais encore faut-il que cette acceptation soit éclairée, comme nous le verrons ultérieurement. Toute fois, la directive sur le commerce électronique reste muette, quant à elle, sur la question.

Il faut, en outre, noter que le Code de la consommation fait obligation au marchand de confirmer au consommateur un certain nombre d'informations, et ce, au plus tard au moment de la livraison¹⁶² si cela n'a pas été fait préalablement. Mais il n'y aura pas confirmation si la technique de communication utilisée dans le processus a permis de porter ces informations à la connaissance du consommateur. La L.p.c. oblige le cybermarchand de transmettre au cyberconsommateur un exemplaire du contrat conclu et ce, dans un délai de 15 jours, à compter de la date de conclusion de ce contrat. Cette mesure permet au cyberconsommateur de confirmer de la conclusion du contrat.¹⁶³

Somme toute, ces informations, si multiples soient elles, sont indispensables à la prise de décision du cyberconsommateur. C'est de leur véracité, leur crédibilité et leur accessibilité que dépendra la validité du contrat qui en résultera. À cette étape de notre recherche et à l'état actuel des législations sur la protection du consommateur au Canada, nous pouvons affirmer avec le Professeur GAUTRAIS que « le "cyberconsommateur" n'a [donc] pas lieu de se réjouir! »¹⁶⁴. Les lois étendent donc leur protection au bénéfice du consommateur dans toutes étapes du processus de conclusion du contrat : d'une part, au moment de la formation du contrat en protégeant son consentement, sa signature et la possibilité de revenir sur sa décision et d'autre part, après la formation du contrat par l'encadrement de l'exécution de ce contrat.

¹⁶¹ Art.4. 1) C. consom.

¹⁶² Les articles. L.121-18, L. 111-1 et L. 113-3 C. consom.

¹⁶³ Article 54.5. L.p.c.

¹⁶⁴ Vincent GAUTRAIS, «L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois», dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le cyberconsommateur, Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p.264.

Chapitre 2- Mesures de protection du cyberconsommateur au moment et après la conclusion du contrat

Comme nous venons de le souligner, le cyberconsommateur, disposant en temps utile des informations exigées par les lois de sa protection, est confortablement en mesure de prendre la décision de conclure ou non le contrat en manifestant son consentement.

Toutefois, si cette acceptation est aisée dans les contrats papiers, le problème se pose quant à la manifestation du consentement libre et éclairé et à l'acceptation d'un contrat par un « clic » sur internet. Dans quelle mesure le cyberconsommateur pourra-t-il exprimer de façon libre et éclairée son consentement à la conclusion du contrat? (section 1). Le clic vaut-il acceptation et signature du cyberconsommateur? Comment le cybercommerçant pourra-t-il savoir si le message ou la réponse qu'il reçoit du cyberconsommateur "A" émane bien de ce dernier? C'est le problème de l'identification ou de la signature électronique (section 2). Aussi pour étendre la protection du cyberconsommateur, les lois (loi québécoise récemment) accordent au cyberconsommateur un délai raisonnable de réflexion pour confirmer ou non la conclusion du contrat, à défaut de retourner le produit ou le service contre remboursement des sommes payées (section 3). Enfin, examinerons certains problèmes liés à la sécurité du paiement en ligne source d'hésitation chez le cyberconsommateur (Section 4).

Section 1- Protection du consentement : nécessité d'un consentement libre et éclairé

Il est admis dans toutes les législations modernes que la conclusion d'un contrat valide exige, l'existence de quatre conditions : le consentement de la partie qui s'oblige, sa

capacité, l'objet certain et cause licite¹⁶⁵. La plus importante de ces conditions de validité qui intéresse nos propos est bien la première et ce, au regard de la délicatesse de sa protection en matière de contrat conclu par Internet. Pour donc être valide, le consentement du cyberconsommateur doit être exempt de tout vice et s'exprimer de façon libre et éclairée.

Paragraphe 1- Conditions d'un consentement valide

La formation du contrat est subordonnée à la manifestation des volontés comme l'exige par exemple l'article 1385 al.1 C.c.Q. : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter [...] »¹⁶⁶. Le consentement doit être libre et éclairé, c'est-à-dire exempt de vices : l'erreur, la crainte, quelque fois la lésion¹⁶⁷ et dans d'autres systèmes juridiques le dol¹⁶⁸. Si le consentement apparaît comme l'une des conditions *sine qua non* de la formation du contrat, encore faut-il qu'il soit donné expressément et sans équivoque¹⁶⁹. Le vice de consentement le plus fréquemment rencontré dans les transactions passées par Internet est bien l'erreur car, dans ce processus automatisé, il suffit pour l'internaute d'un simple clic pour accomplir un acte voulu ou non. Le risque lié à l'erreur est dans ce contexte, inhérent en raison de la mauvaise compréhension ou de l'ignorance de la portée de l'acte que l'on pose sur Internet ou encore de l'utilisation erronée de la technique.

Toutefois, l'échange de consentement doit s'effectuer de façon expresse, libre et éclairée. En effet, outre le fait que le consentement doit exister et d'une manière intègre, les développements récents du droit commun des contrats prônent que ce consentement soit «

¹⁶⁵ Art. 1108 Code civil français; art. 1385 C.c.Q. et art. 649 du Code civil guinéen; Jean Louis BAUDOUIN et JOBIN, Les Obligations, Cowansville, Yvon Blais, 6^{ème} édition, 2005, pp. 244 suiv.

¹⁶⁶ Article 1101 et suivants Code civil. Français et article 637 du Code civil guinéen.

¹⁶⁷ Le droit québécois n'admet pas la lésion entre majeurs (non protégés).

¹⁶⁸ Art. 1399 C.c.Q. À noter que la notion de dol est absente en droit québécois. Il n'existe pas en tant que vice autonome du consentement - comme en droit français article 1108 Code civil français- mais plutôt comme une erreur provoquée par les manœuvres dolosives d'un tiers et connue par le cocontractant. Pour les détails relatifs à ces questions de vices de consentement, les lecteurs se reporteront aux ouvrages doctrinaux tels que : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, Droit des obligations, Montréal, Thémis, 2006, p.237 suiv.; J-L. BAUDOUIN et JOBIN, op.cit., note 165, pp. 244 suiv.

¹⁶⁹ Vincent GAUTRAIS, «La couleur du consentement électronique», (2003) 16-1 Cahier de la propriété intellectuelle, pp. 68-69.

libre et éclairé ».¹⁷⁰ C'est dans ce contexte que le droit se préoccupe par exemple de la fourniture des renseignements nécessaires permettant au consommateur de prendre sa décision, comme nous l'avons vu antérieurement. Mais force est de constater que la doctrine et la jurisprudence sont inconstantes et rares en cette matière et plus particulièrement en droit québécois. Pour certains comme le professeur Vincent GAUTRAIS, un simple clic ne suffit pas pour le cyberconsommateur à nouer le contrat; encore faut-il qu'il ait compris toutes les conséquences juridiques liées à son acte :

« [...], l'acceptation d'un "clic" et encore plus, le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site Internet, ne répondent pas forcément aux critères requis pour emporter la qualification d'une manifestation de volonté... »¹⁷¹.

Ceci tient aux lacunes que comporte la lisibilité du support électronique par rapport au support papier. Dans une étude réalisée par Monsieur Jakob NIELSEN, l'auteur confirme ces défaillances dans les actes électroniques :

« Writing for the Web is very different from writing for print: 79% of users scan the page instead of reading word-for-word [;] Reading from computer screens is 25% slower than from paper [;] Web content should have 50% of the word count of its paper equivalent »¹⁷².

Ces lacunes sont liées à la longueur des contrats sur l'écran qui a un impact direct sur sa compréhension par l'internaute, souvent pressé d'atteindre la fin de la page et de nouer rapidement le contrat pour enfin passer à autre chose. De plus, des clauses contractuelles importantes sont souvent placées en des endroits différents ou dans des conventions d'utilisation affichées sur le site Web de sorte que l'internaute n'y prête attention en leur accordant une lecture attentive. Il arrive également que des clauses attributives de juridiction se retrouvent non pas dans le contrat au clic (clickwrap) type qui permettrait à

¹⁷⁰ J.-L. BAUDOUIN et JOBIN, *opt. cit.*, note 169, pp. 244 suiv; J. GHESTIN, *Traité de droit de droit civil-La formation du contrat*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 349 suiv.

¹⁷¹ V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 169, p. 78. (Les italiques sont de nous); Olivier ITEAUNU, *Internet et le droit*, Paris, Eyrolle, 1996, p.8; Voir également affaire *Pro CD c. Zeidenberg* (1996) 86F. 3d 1447 (7th Cir. 1996).

¹⁷² Jakob NIELSEN, *Writing for the Web*, <http://www.sun.com/980713/webwriting> (Consultation le 1^{er} février 2007); Vincent GAUTRAIS et Éjan MACKAAY, «Les contrats informatiques», dans Denys-Claude LAMONTAGNE, *Contrats spéciaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 279, 296. Les auteurs y soulignent que les internautes, sans pour autant prêter attention aux clauses spécifiques du contrat électronique, déroulent rapidement et finissent par cliquer sans savoir véritablement ce à quoi ils s'engagent.

l'internaute de cliquer sur un icône « J'accepte » mais plutôt dans les conventions d'utilisation affichées sur le site Web stipulant que la simple utilisation du site Web par l'internaute vaut son acceptation de l'ensemble des clauses qui s'y trouvent¹⁷³. À ceci s'ajoute la complexité du processus d'achat nécessitant une exécution en plusieurs étapes (choix du produit ou service, paiement, détermination du lieu de livraison, etc.) alors même que ni l'objet du contrat ni le cocontractant ne sont en présence physiquement. De plus, le cyberconsommateur n'est pas certain du bon usage des renseignements personnels qu'il fournit à son cocontractant, le professionnel¹⁷⁴.

C'est donc essentiellement sur ces fondements que nous soutenons, avec le Professeur Vincent GAUTRAIS, qu'il serait fondamental d'accorder une meilleure qualité à la présentation sur écran et notamment à la mise en exergue de certaines clauses importantes du contrat (clauses attributives de juridiction, clauses de non responsabilité, protection des renseignements personnels, etc.) ce qui pourrait également participer à restaurer la confiance entre le cyberconsommateur et le cybercommerçant¹⁷⁵. Il serait donc trop superficiel de se limiter à un simple clic pour valider le consentement du cyberconsommateur à cet effet. Le rôle du juge est ici crucial: il devra chercher à savoir comment le consentement de l'internaute a été obtenu avant de décider de sa validité¹⁷⁶.

Paragraphe 2- Manifestations pratiques du consentement libre et éclairé sur Internet

Il convient de noter, au passage, que la validité du consentement par le clic vient de la pratique contractuelle traditionnelle. Dans les contrats classiques, une pratique dénommée « *Shrinkwrap* » constituait une présomption d'acceptation du contrat par le client dès lors

¹⁷³ Michael GEIST, « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, version 1.3, p. 50, disponible au <http://www.chlc.ca/fr/cls/internet-jurisdiction-fr.pdf> (Consultation le 16 janvier 2007). L'auteur est Professeur à la faculté de droit de l'Université d'Ottawa et directeur du droit du commerce électronique.

¹⁷⁴ Cynthia CHASSIGNEUX, *Vie privée et commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2004, pp. 175 et suiv.

¹⁷⁵ V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 169, p. 73.

¹⁷⁶ M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p. 50.

qu'il déchire la pellicule de cellophane entourant un logiciel ou un disque (clauses contractuelles figurant sur la boîte). Cette pratique a été transposée, par analogie, dans les transactions passées par Internet laissant émerger les concepts de « *clickwrap* » (clic d'une icône) ou de (*browsewrap*) (lien hypertexte généralement en bas de page)¹⁷⁷.

Il sied de souligner qu'en matière de consentement sur Internet, la doctrine¹⁷⁸ ainsi que l'état actuel de la jurisprudence canadienne sont balbutiants et non constants. En premier lieu, se situe l'affaire *ProCD c. Zeidenberg*¹⁷⁹ dans laquelle un juge américain a validé le contrat « *Shrinkwrap* », c'est-à-dire des clauses de limitation d'utilisation contenues à l'intérieur de la boîte et dont le fait de déchirer l'emballage constituait acceptation de l'acheteur. Dans cette affaire en effet, la Compagnie ProCD a compilé des informations des clients à partir de plus 3000 annuaires téléphones et elle était autorisée à vendre la version originale de la base de données, appelée SelectPhone (marque déposée), sur des disques de CD-ROM. Ces CD-ROM étaient couverts par un plastique ou une cellophane « *shrinkwrap* » pour être vendus. Les acheteurs devraient installer ce service sur leurs ordinateurs sous réserve du respect des clauses des restrictions de reproduction contenues dans l'enveloppe; l'utilisation du logiciel par l'acheteur équivalant à l'acceptation de toutes les clauses. Monsieur Matthew Zeidenberg achète un paquet de la base de données SelectPhone (marque déposée) en 1994 pour les ventes au détail à Madison, le Wisconsin, mais a décidé d'ignorer le permis d'autorisation. Il forme *Silken Mountain Web Services Inc.*, pour revendre l'information de la base de données de SelectPhone (marque déposée) sur Internet à un prix moins cher que ProCD.

La Cour en s'appuyant sur l'affaire *Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Electronics, Inc*¹⁸⁰, décide que le permis d'utilisation, donc la clause contenue dans la boîte, doit être considérée comme un contrat distinct de celui de la vente. Selon la Cour, un contrat peut être conclu de quelque façon que ce soit afin de prouver l'accord des parties et un offrant peut émettre des limites dans le contrat. Selon elle, à partir du

¹⁷⁷ Sur les notions de «Shrinkwrap», «clickwrap» et «browsewrap», voir les abondants développements du Professeur GAUTRAIS, *Supra.*, note 169. Voir également M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p. 50.

¹⁷⁸ O. ITEANU, *op.cit.*, note 171, p. 86.

¹⁷⁹ (1996) 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996).

¹⁸⁰ 846 F.suppl. 208 (E.D.N.Y. 1994).

moment où l'acheteur a commencé l'utilisation du bien, il est censé avoir accepté les clauses s'y rattachant. Au surplus, elle estime que puisque l'État de Wisconsin n'a pas interdit ce type de contrat, l'acheteur qui a reproduit la base de données sur Internet (liste de numéros de téléphone) devrait être soumis à l'application de la clause contractuelle qui se trouvait à l'intérieur de la boîte. Le juge a donc fait application du concept de «*Shrinkwap* » dans cette affaire.

A notre avis, pour une meilleure appréciation de la cause, le juge aurait dû distinguer entre la connaissance de la clause avant l'utilisation du service et après celle-ci, en démontrant dans ce dernier cas, que le client pourrait connaître cette clause tardivement. En décidant ainsi, nous estimons que sa décision manque véritablement de fondements juridiques puisqu'il s'est fondé sur une simple présomption de possibilité pour le client d'accepter la clause par la déchirure de l'enveloppe, sans tenir compte de certains facteurs notamment l'emplacement de la clause et la possibilité pour le client d'y avoir accès.

De la même façon, en matière de contrats sur Internet, un juge de la Cour Supérieure d'Ontario a décidé de la validité du consentement électronique à l'égard d'une clause attributive de juridiction dans l'affaire *Rudder et al. V. Microsolf Corporation*¹⁸¹. En effet, il s'agissait des étudiants en droit (Michael Rudder et Mark La Rochelle) qui se sont inscrits au service MSN offert par Microsoft. À la suite de l'interruption unilatérale du service par Microsoft, ces étudiants ont intenté un recours collectif au nom et pour le compte des 89 000 clients de Microsoft résidant au Canada et réclamaient également la somme de 75 millions de dollars au titre de dommages intérêt. Sur cette affaire, le juge a estimé malheureusement que la clause exclusive de juridiction apparaissant dans le contrat sous forme de notes *fine print* était valide et que les clics effectués par les cocontractants (étudiants en droit) sur l'icône « I agree » (J'accepte) signifiait leur accord direct du contrat global, y compris cette clause d'attribution de juridiction¹⁸². Même si

¹⁸¹ *Rudder c. Microsoft Corporation* (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont). Mais Microsoft, par un moyen dilatoire, a invoqué la clause d'attribution de juridiction aux tribunaux de Washington; le juge y a fait droit et s'est déclaré incompétent.

¹⁸² Le juge s'est exprimé comme suit : [Traduction] « Il est parfaitement clair que la prétention des demandeurs, selon laquelle toutes les dispositions de la convention d'adhésion équivalaient aux clauses en petits caractères d'un contrat écrit, ne repose sur aucun fondement factuel. Il est tout aussi clair que les

l'on pourrait qualifier de frivole cette demande, il n'en demeure pas moins que le juge a pris en compte la qualité des demandeurs (présumant qu'ils devraient savoir l'existence de cette clause) et qu'il a fait appel à l'esprit de l'affaire *ProCD*.

Ce jugement a été suivi par une décision d'un tribunal américain dans l'affaire *Kilgallen c. Network Solutions, Inc.*¹⁸³ relatif à un litige sur le renouvellement de l'enregistrement d'un nom de domaine. En effet, le demandeur prétendait qu'en transférant son nom de domaine à un tiers, Network Solutions avait commis une faute contractuelle. Mais la défenderesse a soulevé des exceptions d'incompétence du tribunal saisi en faveur de la juridiction du District de l'Est de la Virginie conformément aux stipulations du contrat d'enregistrement. La Cour fédérale de Massachusetts a donc validé la clause attributive de juridiction en soulignant qu'il n'a pas été prouvé que celle-ci soit déraisonnable dans les circonstances¹⁸⁴.

De surcroît, une autre décision nous paraît plus qu'incompréhensible. Il s'agit de l'affaire *Kanitz c. Rogers Cable*¹⁸⁵ dans laquelle la Cour supérieure d'Ontario a validé une clause compromissaire unilatéralement amendée par Rogers Cable et renvoyé les parties à l'arbitrage sur le fondement de la clause contenu dans le contrat standard. En fait, la

demandeurs cherchaient à éviter les conséquences de certaines dispositions de leur entente tout en cherchant à en faire appliquer d'autres. Ni la forme de ce contrat ni son mode de présentation aux membres éventuels ne sont aberrants au point de mener un résultat aussi inconnu. Si le tribunal devrait accueillir l'argument des demandeurs, plutôt que de favoriser l'objectif de la «certitude commerciale», pour reprendre l'expression du juge Huddart dans *Sarabia*, il priverait ce type de transaction économique de toute efficacité et qui minerait l'intégrité de toute entente conclue par le biais de ce média»; Voir paragraphe 16 du jugement.

¹⁸³ *Kilgallen c. Network Solutions*, 99 F. Sup. 2d 125 (D. Mass. 2000).

¹⁸⁴ M. GEIST, *loc.cit.*, p. 50.

¹⁸⁵ *Kanitz c. Rogers Cable* (2002) 58 O. R. 3rd 299, disponible au http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf (consultation le 02 février 2006). En effet dans cette affaire, *Rogers* a introduit une requête aux fins du renvoi de l'affaire à l'arbitrage dont la compétence contenait dans le contrat amendé. La Cour y fait également droit en dépit des arguments des demandeurs notamment la non connaissance de l'amendement, le caractère d'ordre public du *Class Proceeding Act* («CPA») de l'Ontario. Cette situation en l'espèce s'approche du procédé « browswrap » car il fallait cliquer sur un autre lien pour avoir accès à la modification et partant, à la clause compromissaire. Nous pensons que cette cause a été utilisée par l'entreprise pour contrer le recours collectif et donc pour prouver la manifestation du consentement libre et éclairé du consommateur. Pour les détails sur le commentaire sur cette affaire voir Claude MARSEILLE et André DUROCHER, «Recours collectif et arbitrage commercial. L'utilisation d'une clause d'arbitrage pour gérer le risque des recours collectif au Québec», juin 2004, Fasken Martineau Du Moulin s.r.l. disponible au www.fasken.com/WEB/fmdwebsitefrench.nsf/AllDoc/70A92D2DA4F4504985256EB00068A926/ (consultation le 1^{er} février 2007).

compagnie *Rogers Cable* offrait par contrat, des services à sa clientèle et en cours de l'exécution du contrat, elle procéda à la modification de la clause de règlement des litiges qu'elle afficha sur son site Web sans en informer expressément ses clients. Ainsi, un abonné du service Internet Haute vitesse de Rogers cherchait à exercer un recours collectif contre elle au motif qu'elle avait continué à percevoir des frais d'utilisation de service, sans déduction, alors que les usagers auraient subi de sérieux problèmes d'intermittence et de ralentissement du service. Rogers a dès lors présenté une requête pour que la Cour renvoie le litige à l'arbitrage, requête qui fut accueillie¹⁸⁶. Dans cette affaire comme dans bien d'autres cas, il n'a nullement été question de la connaissance réelle de la clause par le consommateur au moment de la conclusion du contrat mais plutôt des présomptions de connaissance de son existence.

Malgré cette tendance jurisprudentielle apparente des tribunaux à valider ces types de clause, le Professeur Michael GEIST soutient que leur présence dans les contrats « devrait seulement servir de point de départ de l'analyse »¹⁸⁷. Ainsi par exemple pour les contrats au clic (clickwrap) type, le juge pourrait probablement estimer que le consentement de l'internaute a été valablement exprimé.

Comme nous pouvons le constater, les précédentes affaires examinées sont contraires à la position qu'adopte la doctrine notamment celle des professeurs Michael GEIST et Vincent GAUTRAIS. Heureusement un revirement jurisprudentiel est intervenu avec une affaire récente *Aspender 1.com Inc. c. Paysystems Corp*¹⁸⁸. Dans cette affaire, un juge québécois a pour la première fois jugé qu'un simple clic de souris, qui ne permet pas de vérifier la manifestation de volonté de son auteur, ne saurait constituer une acceptation

¹⁸⁶ La Cour rejette donc l'argument fondé sur la prétendue « *unconscionability* » de la clause. Selon elle, l'inégalité entre les parties en cause dans leur pouvoir de négociation respectif, ne suffit pas en soi, à démontrer que la simple insertion d'une clause d'arbitrage dans le contrat de consommation a permis à Rogers d'être avantagée au détriment de ses clients. La clause d'arbitrage a pour seul effet de définir le forum où une partie pourra faire valoir ses droits – elle n'affecte pas le mérite de la cause. La Cour rejette aussi l'argument, sans preuve, selon lequel aucun consommateur ne poursuivra le litige devant un arbitre, compte tenu de la valeur minime du montant individuel réclamé par chaque abonné et des coûts associés à un arbitrage.

¹⁸⁷ *Supra*, note 176.

¹⁸⁸ *Aspender 1.com c. Paysystems Corp.*, 2005 IIJCan 6494 (Qc. C.Q.).

valable pouvant donner naissance à un contrat¹⁸⁹. Il résulte de cette affaire que la manifestation de la volonté à l'égard d'une clause sur Internet va au-delà d'un simple clic; il faut donc examiner d'autres circonstances pouvant laisser savoir que l'internaute a effectivement exprimé son consentement¹⁹⁰. Cette affaire a certes subi l'influence de la position du professeur Vincent GAUTRAIS ou, du moins, elle a renforcé celle-ci. En effet, l'auteur pose quatre conditions de validité d'un consentement réfléchi : un accès facile aux clauses avant la conclusion du contrat, une bonne qualité de présentation des clauses (lisibilité), un consentement explicite du cyberconsommateur (la disposition du bouton « J'accepte » à côté de celui « Je refuse ») et une possibilité pour celui-ci de corriger les erreurs.

Ces conditions sont d'ailleurs reprises par la modification de la loi québécoise sur la protection du consommateur de 2006. Ainsi, selon l'article 54.4 L.p.c., le commerçant doit divulguer au consommateur avant la formation du contrat, les informations préalables, que nous avons déjà analysées; il doit les présenter « de manière évidente et intelligible et les porter expressément à [sa] connaissance [...]»; 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 ». En plus, l'article 54.5 L.p.c. dispose : « Avant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs ». Ces conditions permettront au cyberconsommateur de bien examiner le contrat et son contenu, avant de procéder, le cas échéant, à la conclusion du contrat sur Internet.

¹⁸⁹ Se fondant sur la doctrine, le juge s'exprimait comme suit : « Il importe donc que la procédure utilisée par le vendeur de site Internet, ou l'hébergeur, soit telle que l'acceptation de l'acheteur, ou l'hébergé, puisse être clairement donnée, sans équivoque, non par clause négative, ou prévoyant acquiescement tacite au cas d'utilisation du site. »; Cf. V. GAUTRAIS et MACKAAY, *loc.cit.*, note 172, pp. 288-289.

¹⁹⁰ En effet, par contrat de service internet en date du 11 juin 2002, Corporation Paystems, hébergeur, accepte que son site internet soit utilisé par Aspencer.com inc. pour la vente de ses produits. Le 23 octobre 2003, l'hébergeur procède unilatéralement à la révision du contrat initial pour y ajouter une clause d'arbitrage qu'il insère à la page d'entrer du site ce qui suit : « You continued use of Paysystems services is subject to the current version of the My Paysystems Ageement. This agreement was 1st updated December 18, 2003. Please click here to review. » *Aspencer.com inc* soutient qu'il n'a pas remarqué cette modification et mieux, aucune indication ne l'obligeait à accepter un nouveau contrat pour continuer d'utiliser le site alors que l'hébergeur estime que son client, en continuant d'utiliser son site au delà de la date fixée, a tacitement accepté la modification.

Toutefois, la jurisprudence américaine n'est pas constante en la matière. Dans certains cas, les tribunaux américains ont refusé la validité des clauses contractuelles malgré l'absence réelle de manifestation de consentement du cyberconsommateur. Il en va ainsi de l'affaire *Ticketmaster c. Tickets.com*¹⁹¹ dans laquelle le tribunal a estimé que la simple présence d'une clause de choix de juridiction ne suffit pas à justifier qu'elle a été expressément portée à la connaissance de l'Internaute.

Dans d'autres cas, en revanche, les tribunaux valident ces clauses contre toute attente comme dans l'affaire *Register.com, Inc. c. Verio, Inc*¹⁹² dans laquelle un juge a décidé que la clause qui était affichée sur le site de Register.com, et pourrait être modifiée unilatéralement par celle-ci, était valide à l'égard des clients¹⁹³.

Dans une affaire¹⁹⁴, une Cour fédérale de l'État de New York a estimé que seul le *contrat au clic* justifie la manifestation du consommateur puisque celui-ci accomplit un acte positif contrairement au contrat par simple furetage (*browsewrap agreements*) par lequel on informe l'internaute de l'existence d'un contrat par avis¹⁹⁵. Le juge a donc inscrit l'affaire dans la seconde catégorie et jugé que le client de Netscape Communications n'avait pas expressément donné son consentement.

Au regard de cette inconstance de la jurisprudence américaine dans l'appréciation de la manifestation du consentement du cyberconsommateur nous supposons que des difficultés peuvent survenir lorsque le système juridique américain est en conflit avec d'autres systèmes ayant des approches différentes.

¹⁹¹ 2000 WL 525390 (C.D. Cal., 2000), 2000 U.S. Dist. Lexis 4553 (C.D. Cal. 2000). Dans cette affaire, il s'agissait d'un litige concernant le lien entre deux sites Web de billetteries concurrents. Le site de Ticketmaster avait affiché que toute personne qui allait au delà de la page d'accueil acceptait les conditions d'utilisation qui interdisaient l'usage des renseignements y contenant à des fins commerciales. Mais le juge a décidé que " l'on ne saurait prétendre que la seule présentation des conditions de cette façon crée nécessairement un contrat avec quiconque utilise le site Web."

¹⁹² 126 F. Supp. 2d 238 (S.D.Y. 200).

¹⁹³ En fait, Register.com compilait des informations sur les déposants de noms de domaine qu'il rangeait dans un annuaire Internet. Verio Inc. recueillait ces renseignements qu'il utilisait dans ses publicités alors qu'elle n'en était pas autorisée par la clause.

¹⁹⁴ *Specht c. Netscape Communications Corp.*, 2001 WL 755396 (S.D.N.Y. 2001).

¹⁹⁵ M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p. 52.

Par ailleurs il faut savoir comment le consentement du consommateur est exprimé sur Internet par exemple en droit français. En effet, en droit français, le nouvel article 1369-1 alinéa 2 du Code civil français dispose que « 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, [doivent permettre au consommateur] d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger». Ce n'est qu'après avoir exprimé librement son consentement que le cyberconsommateur peut véritablement entrer en relation contractuelle avec le vendeur ou fournisseur de service. Dans la nouvelle loi française LCEN, certaines dispositions exigent que l'acceptation doit intervenir de façon distincte de la commande¹⁹⁶. Mais en l'absence de délai entre ces deux opérations, l'on pourrait déduire donc qu'elles se feront au rythme de la communication *Internet*¹⁹⁷.

De toute évidence, on se rend compte que le procédé de manifestation de la volonté n'est pas prévu par les codes civils donc par le droit commun; il faut alors naturellement se référer aux lois spéciales notamment les lois sur la protection du consommateur, à la doctrine ainsi qu'à la jurisprudence comme nous l'avons constaté dans les systèmes de droit civil et dans celui de la *Common Law*. Il en va de même de l'article 54.5 L.p.c. ci-dessus qui exige que le cyberconsommateur ait la possibilité de manifester son consentement en toute connaissance de cause et de corriger les erreurs, le cas échéant.

En réalité, il sied de noter que ni le droit communautaire ni les lignes directrices de l'OCDE¹⁹⁸ ne réglementent clairement la question de l'acceptation électronique. À cet égard, on relève une mention sur l'accusé de réception à l'article 11 de la directive européenne sur le commerce électronique; mention qui n'est pas une condition de formation du contrat sur internet¹⁹⁹. Dans la loi sur la société de l'information, la proposition d'un "double clic" pour former le contrat n'a pas été retenue et le cybervendeur pourrait donc être confronté à un problème de validité du contrat par le

¹⁹⁶ Article 1369-2 alinéa 1 du Code civil.

¹⁹⁷ Cf. <http://www.cyberconsommation.ca/acceptation.htm> (Consultation le 1er février 2007).

¹⁹⁸ OCDE, «Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique», (1999), <http://www.oecd.org/pdf/M000000000/M00000360.pdf>. (Consultation le 7 février 2007).

¹⁹⁹ Vincent GAUTRAIS, «L'encadrement juridique du "cyberconsommateur" québécois», dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p.277.

cyberconsommateur invoquant l'ignorance de l'acte banal qu'il a posé par un simple clic.²⁰⁰

Il résulte de l'analyse de ces systèmes qu'en matière de formation du contrat de consommation par internet, il peut surgir des questions relatives à des conflits de lois dès lors que ce contrat engage des parties résidant habituellement dans des systèmes juridiques différents. On peut imaginer par exemple le cas d'un consommateur québécois qui navigue sur un site Internet américain hébergé en France et qui achète des matériels informatiques qui y sont offerts par une compagnie américaine. S'il surgit une question de validité des clauses apparentes ou réelles, mais importantes, dont le consommateur québécois n'a pas eu connaissance au moment de la formation du contrat. On devra interroger la loi applicable et notamment les règles de conflits des systèmes juridiques en causes.

Somme toute, il est évident que, pour assurer la meilleure protection au cyberconsommateur, les tribunaux doivent prendre en compte plusieurs critères (subjectifs et objectifs) pour apprécier la mise en connaissance ou non d'une clause. Les critères subjectifs tiennent compte de la qualité de l'internaute, c'est-à-dire sa connaissance personnelle et professionnelle, la disposition des clauses et son accessibilité à tout internaute moyen et raisonnable, etc.²⁰¹ En ce qui concernent les critères objectifs, la doctrine et la jurisprudence ont élaboré plusieurs conditions parmi lesquelles on peut retenir la possibilité d'accès facile à la clause avant la conclusion du contrat, la lisibilité des clauses, l'usage restreint des hypertextes, la bonne qualité des clauses, la disposition des icônes « *J'accepte* » et « *Je refuse* » l'une à côté de l'autre de manière à faciliter le choix, la possibilité de corriger son choix, la possibilité d'enregistrer (conserver) et d'imprimer le contrat qu'il vient de conclure.²⁰²

²⁰⁰ V. GAUTRAIS et E. MACKAAY, *loc.cit.*, note 172, p. 298 et suiv.

²⁰¹ V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 169, p.90.

²⁰² V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 169, p. 93-94; Christina L. KUNZ, Heather THAYER, Maureen F. DEL DUCA, et Jennifer DEBROW, «Click-Through Agreements: strategies for avoiding disputes on validityofassent», (2001) [http://www.steptoe.com/webdoc.nsf/Files/220b/\\$file/220b.pdf](http://www.steptoe.com/webdoc.nsf/Files/220b/$file/220b.pdf). Il faut préciser que toutes ces recommandations de la doctrine et de la jurisprudence ont été incorporées dans les textes législatifs (Article 54.5 à 5408 de la loi n°48 au Québec).

Enfin, outre le fait que le cyberconsommateur puisse connaître la portée de son acte, manifester son consentement de façon libre et éclairée, l'on pourrait se demander comment il manifeste concrètement ce consentement sur Internet. C'est la question de la signature électronique qu'il convient à présent d'examiner.

Section 2- Signature électronique : caractéristique et validité

La signature est un acte de foi à l'égard d'un document permettant à son auteur d'être moralement contraint à honorer ses engagements et à en assumer la responsabilité de son acte. C'est un acte social hautement apprécié par lequel un individu appose un signe particulier sur un papier. En effet, sur un support papier, la signature achève la manifestation du consentement dans certains cas exigés par la loi notamment lorsque celle-ci exige l'écrit pour la validité ou pour la preuve.

Dans un univers informatisé, la signature est assurée par la cryptographie, la biométrie et la protection de la confidentialité dans le mode de transmission²⁰³. Ainsi on peut définir la signature électronique ou numérique comme « une marque personnelle apposée sur un document électronique par l'utilisation d'un procédé technologique »²⁰⁴. Comme la signature manuscrite, la signature électronique joue donc deux fonctions : permettre la certitude de l'identité du signataire et réaliser la manifestation de la volonté de son auteur²⁰⁵.

Dans la pratique, les exigences de la signature électronique sont rares dans les contrats de consommation en ligne. Ainsi par exemple, la chambre des notaires du Québec permet la signature électronique ou numérique d'un notaire pour certifier une copie d'acte sur la base des procédés technologiques de reconnaissance mondiale appelés cryptographie symétrique et asymétrique²⁰⁶. En droit québécois, l'article 1 3) de la Loi concernant le

²⁰³ Art. 40 et suiv. L.R.Q., chapitre C-1.1 Loi concernant le cadre juridique des techniques de l'information.

²⁰⁴ http://www.notarius.com/public/signature_num/signature.html (Consultation le 02 février 2007).

²⁰⁵ V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 169, p. 97.

²⁰⁶ http://www.notarius.com/public/signature_num/signature.html#ques3 (Consultation le 03 février 2007).

cadre juridique des technologies de l'information accorde une équivalence fonctionnelle entre le support électronique et le support papier et dispose notamment que :

« Quel que soit le support du document, la signature d'une personne peut servir à l'établissement d'un lien entre elle et un document. [Elle] peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil »²⁰⁷.

Le problème principal qui se pose est que les normes nationales ont été conçues pour réglementer la signature apposée sur les documents papiers. Mais avec l'émergence du commerce par Internet, la question d'accorder une valeur probatoire à la signature électrique²⁰⁸ est d'une nécessité impérieuse²⁰⁹. Ainsi, par exemple, on pourrait se demander comment imputer à un cyberconsommateur la signature apposée au bas d'un message électronique.

Face à ces problématiques, l'utilisation « de la technologie moderne sur la cryptographie à base algorithme » a été trouvée comme solution acceptable²¹⁰. À cet égard, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) a adopté, le 5 juillet 2001, une loi souple et non contraignante, la *Loi-type*²¹¹ sur les *signatures électroniques* et le guide relatif à son application²¹² qui définit la signature électronique en son article 2 comme « tout système qui, en relation avec un *data message*, employé pour l'identification du signataire/expéditeur et pour l'expression de son

²⁰⁷ Article 39 L.R.Q. c. C-1.1 Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (Nous avons souligné); L'article 2827 C.c.Q. dispose « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement »; Voir également *Aspender1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, 2005 IIJCan 6494 (QC C.Q.) que nous avons déjà analysée.

²⁰⁸ Même si cette valeur juridique a été accordée par les tribunaux français CA Montpellier 9 avril 1987 - Cass. 1ère Civ. Cass. 8 novembre 1989) et refusée par d'autres CA Besançon, Ch Soc. 20 octobre 2000

²⁰⁹ Sur les détails sur cette question voir Frédéric DUPUIS-TOUBOL, « Commerce électronique : comment en apporte la preuve? », (1998) *RDAL*, 329-347. Dans cette étude, l'auteur relève les difficultés liées à l'efficacité probatoire des documents électroniques dans les systèmes de *Common Law* et de droit civil.

²¹⁰ Ugo DRAETTA, « Internet et commerce électronique », (2005) 314 *Recueil Cours La Haye* 120.

²¹¹ Selon la définition de la CNUDCI « Une loi type est un modèle de texte proposé aux législateurs nationaux pour examen en vue de son incorporation éventuelle dans le droit interne » voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts_faq.html (consultation le 03 février 2007) sous la rubrique « quelle différence y a-t-il entre une loi type et une convention? »

²¹² On peut avoir accès à ces deux textes en visitant le site www.uncitral.org. Pour les commentaires sur cette Loi type, voir Tommaso SENNI, « Signatures électroniques : Loi types élaborée par la CNUDCI », (2005), 1 *RDAL* 55-69.

consentement à l'envoi d'un message avec les informations/données contenues dans un *data message* ».

Cette loi vient préciser les deux fonctions précitées et ajoute une obligation de sécurité, donc de confidentialité, tout en acceptant une variété de procédé en fonction des circonstances. Elle est une suite logique de la Loi- type sur le commerce électronique de 1996, en ce sens qu'elle reprend ses principes fondamentaux notamment celui de la «neutralité technologique », c'est-à-dire apprécier la validité de la signature électronique sans tenir compte de la technique informatique employée. Ce nouveau concept de neutralité technologique, inventé après le plaidoyer de Marshall McLuhan vers 1960, selon lequel « le message c'est le médium »²¹³, a donné lieu à diverses interprétations et à des débats houleux en doctrine et l'on s'est rendu compte de l'impact que la technologie peut avoir sur les relations humaines. Les idées forces qui découlent de cette notion est qu'il ne faut pas accorder une priorité à une technologie plutôt qu'à une autre mais reconnaître la même force probante aux documents papiers et aux documents électroniques.

La signature électronique pose des problèmes juridiques liés à la forme et au fond de l'acte. En raison de la diversité d'approche des systèmes juridiques notamment au plan formel²¹⁴, des conflits peuvent surgir et la loi applicable est généralement celle du lieu de la conclusion du contrat. Mais en matière de contrat de consommation, ce lieu est réputé être celui de la résidence habituelle du consommateur, selon le droit québécois²¹⁵; ce qui signifie que la forme de ce contrat est soumise à la loi de la résidence du consommateur. En ce qui concerne les questions de fond, il faut avoir recours à la règle de conflit par exemple des articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q. pour décider de l'application de cette loi du consommateur, selon les critères ou selon la proposition du

²¹³ V.GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 169, p. 99, citant Marshall MCLUHAN, *Understanding Media : The Extensions of Man*, MIT Press, 1994, p. 7.

²¹⁴ Selon article 2826 C.c.Q. par exemple : « L'acte sous seing privé est celui qui constate un acte juridique et qui porte la signature des parties; il n'est soumis à aucune autre formalité ».

²¹⁵ Article 54.2 loi n° 48 : « Le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur ».

Règlement Rome I. La signature électronique pose donc une question de preuve qui relève des règles de fond applicables en vertu par exemple de l'article 3130 C.c.Q.²¹⁶.

Pour encourager le commerce en ligne et faciliter la preuve, la *Loi-type de la CNUDCI sur la signature électronique* a posé le principe fondamental de l'équivalence fonctionnelle qui se retrouve dans la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²¹⁷ ainsi que dans la plupart des textes juridiques. Ainsi, certaines articulations de la Loi-type méritent une attention particulière.

En premier lieu, l'article 3 énonce le principe de neutralité en établissant le critère de l'équivalence entre signatures électroniques et signatures traditionnelles. C'est ce même objectif que s'est fixé la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information²¹⁸ en accordant la même valeur juridique aux documents électroniques et papiers et, partant, à la signature électronique²¹⁹.

En deuxième lieu, l'article 6 (1) précise les conditions de fiabilité de la signature électronique²²⁰. En France, la loi n° 2000-230 portant « adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique » a été adoptée le 13 mars 2000 pour mettre fin au règne du «tout papier» et le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001²²¹ vient accorder une présomption de fiabilité à la signature électronique²²².

²¹⁶ Article 3130 C.c.Q. : « La preuve est régie par la loi qui s'applique au fond du litige, sous réserve des règles du tribunal saisi qui sont plus favorables à son établissement.

²¹⁷ Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information L.R.Q. C-1.1.

²¹⁸ L.R.Q., chapitre C-1.1 Article 1 : « La présente loi a pour objectif d'assurer : [...] 3° l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent».

²¹⁹ Notamment les articles 5 et 39 de la loi.

²²⁰ Article 6 (1) : « Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière »; K., BENYEKHELEF et Fabien GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Romillat, 2003, p.98.

²²¹ Ce décret a été pris pour mettre en application l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique; Voir également Laurence BIRNBAUM-SARCY et Florence DARQUES, « La signature électronique. Comparaison entre les législations française et américaine », (2001) 5 *RDAI*, également disponible au <http://www.signelec.com> (Consultation le 04 février 2007).

²²² Article 2 du décret « La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation

En troisième lieu, l'article 7 de la Loi-type prévoit quant à lui « la possibilité pour chaque État de désigner un organisme spécialement prévu qui puisse déterminer les technologies appropriées aptes à garantir les conditions de fiabilité »²²³. Pour leur part, les articles 8 à 11 de la Loi-type déterminent la responsabilité du signataire, les critères de comportement du *provider* qui s'occupe de la certification et de toute personne dont on attend un certain comportement, sur la base du document signé électroniquement (*relying parties*). En quatrième lieu, il faut souligner que l'article 5 accorde la liberté aux parties d'écarter la *Loi-type*, par stipulation expresse contraire. Cette dérogation n'est possible qu'à la condition que les stipulations soient valides (non abusives) au regard de la loi du lieu de résidence du cyberconsommateur, applicable en matière de contrat de consommation passé sur Internet.

En outre, les articles 7 et 12 recommandent aux États, d'agir de façon diligente non seulement dans la détermination de la loi applicable et désignation des organismes de contrôle et de certification, mais aussi dans la reconnaissance des signatures électroniques par rapport aux signatures électroniques nationales²²⁴.

Enfin, il convient de noter que l'admission de la signature électronique²²⁵ est un événement majeur, fondant de nombreux espoirs pour le développement du commerce électronique. Tous les textes examinés posent donc le « principe général d'admission de la signature comme preuve des obligations passées sous forme électronique »²²⁶. Toutefois, à la différence de la signature manuscrite, les textes européens et français ont introduit une hiérarchie entre la signature électronique dite "qualifiée" et les autres

d'un certificat électronique qualifié »; Voir l'article de Eric Barbry, « Une nouvelle étape pour la signature électronique » disponible sur le site

<http://www.journaldunet.com/juridique/juridique010529.shtml> (Consultation le 04 février 2007).

²²³ U. DRAETTA, *loc.cit.*, note 210, p. 120.

²²⁴ Dans la pratique, cette reconnaissance est laissée à l'appréciation des juges qui décident en fonction de la règle de conflit applicable au litige en cause.

²²⁵ Il est utile de rappeler ici que c'est l'avènement de la LCNE du 21 juin 2004 transposant l'article 9 de la directive 2000/31/CE et complétée par les ordonnances du 6 et du 16 juin 2005 qui donne une place à la signature électronique dans l'ordre juridique français.

²²⁶ Pierre de OLIVEIRA, «La signature électronique qualifiée (1) : la nouvelle arlésienne pour temps moderne?», (2006), *Expertises*, Doctrine, p. 227.

signatures électroniques²²⁷. Il s'en suit dès lors que la présomption de fiabilité de la signature électronique que pose l'article 1316-4 du Code civil français n'est qu'une présomption simple²²⁸ et pour sa bonne administration en justice, elle doit répondre aux critères que posent les articles 2 et 7 du décret de du 20 mars 2001²²⁹. Lorsqu'elle rencontre ces exigences, la signature électronique fait alors « montre de meilleures garanties de preuve que sa consœur manuscrite »²³⁰. Ce degré de sécurité juridique en la signature électronique qualifiée est le gage de la confiance des cyberconsommateurs dans ce mode électronique de contractualisation.

Il résulte de ce qui précède que des difficultés pourraient surgir quant à la détermination de la personnalité du signataire électronique; alors que la démarche serait plutôt aisée pour déterminer qui ne l'est pas²³¹. Aussi, à la différence du droit européen et français, le droit québécois n'établit pas une telle hiérarchie entre les signatures électroniques même s'il impose quasiment les mêmes exigences pour leur validité.²³² Cette différence peut

²²⁷ Il existe plusieurs catégories de signature électronique (signatures sécurisées ou ordinaires, signatures avancées de la directive européenne, signatures issues des conventions de la preuve) et les auteurs les définissent selon leurs conceptions; voir Pierre de OLIVEIRA, «La signature électronique qualifiée (1) : la nouvelle arlésienne pour temps moderne? », (2006), *Expertises, Doctrine*, p. 228, note 13; T. Piette-Coudol, « Classification des signatures électroniques et typologie des emplois », C. Lamy Dr. Inf. et Rés., n° 149 D juillet 2002, n° 152 G novembre 2002; L.J. KHALIL, « Signature électronique : certificats qualifiés "publics" ou certificats qualifiés "privés", Comm. Com. Électr., J-cl, avril 2003, p. 11 et s.

²²⁸ Article 1316-4 code civil «La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État».

²²⁹ Article 2 du décret : « La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de la signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié». Et selon l'article 7 du même décret exige qu'en plus, le prestataire de service certification doive être reconnu comme qualifié par un organisme accrédité par la Cofrac.

²³⁰ P. de OLIVEIRA, *loc.cit.*, note 226, p. 229.

²³¹ Cette difficulté a été relevée par la Commission dans son rapport au Parlement Européen du 15 mars 2006 et attribut les causes de l'infortune de la signature électronique à des difficultés d'ordre technique et stratégiques. A celles-ci s'ajoutent les obstacles psychologiques et sociétaux que sont la peur de la nouveauté, la crainte d'éventuelle fraude, la méfiance ou la méconnaissance.

²³² À cet égard, l'article 5 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information dispose : « La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi ». Et l'article 7 d'ajouter : « Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document

donner lieu à des conflits dans l'interprétation des signatures d'un contrat par internet qui lierait par exemple un consommateur français à un fournisseur québécois et vice versa²³³. Dans cette hypothèse par exemple, le consommateur français pourrait soulever le doute quant à la qualité de la signature que l'on dit émaner de lui alors que le commerçant québécois ou ontarien plaiderait pour l'équivalence technologique des signatures.

Donc, en raison des difficultés liées au commerce par Internet, dont nous avons énuméré quelques unes, et des tentatives délibérées de certains professionnels pour influencer les cyberconsommateurs dans leurs contrats préétablis affichés sur les sites Internet, les législateurs ont envisagé des moyens de protection prolongés permettant au cyberconsommateur de revenir sur sa décision après réception du produit ou du service commandé. C'est la question de droit de rétractation que nous analyserons dans les pages qui suivent.

Section 3- Droit de rétractation ou droit de réflexion

Sous cette section, nous examinerons le droit de rétraction d'existence ancienne en droit européen et français, avant de souligner l'immense progrès législatif réalisé par le Québec, à la fin de décembre 2006, suite à l'importante modification de sa loi sur la protection du consommateur, admettant entre autres le droit de rétraction ou droit de résolution.

Paragraphe 1- Efficacité du droit de rétractation en droit communautaire et en droit français

Si le droit de rétraction est légalement encadré en droit communautaire et français, il a plutôt été le fruit d'une large tolérance de la pratique au Canada et au Québec, qui a

permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'administration du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il a eu atteinte à l'intégrité du document.»

²³³ Nous n'avons pu trouver de la jurisprudence en l'espèce; ce qui n'exclut pas cette possibilité de conflit.

abouti à une réglementation récente par la modification de la L.p.c. au Québec (loi n°48). Mais en quoi consiste ce droit de rétractation en droit communautaire et français ?

1- Contenu du droit de rétractation

Le droit de retour que l'on appelle également droit de rétractation est au cœur du dispositif de protection instauré par la directive n°97-7 CE du 20 mai 1997 en matière de contrats à distance²³⁴. Le fondement de ce droit de rétractation provient de l'idée que le cyberconsommateur, dans un monde immatérialisé, reçoit souvent de multiples publicités en images souvent attrayantes et flatteuses l'incitant à acheter un bien ou à commander un service sans véritablement avoir le temps d'apprécier le produit ou le service et ce, compte tenu également de l'ambiance que lui réserve ce monde virtuel. Inspirée des normes professionnelles,²³⁵ l'intérêt de cette directive pour le cyberconsommateur français est de bénéficier d'une large protection au-delà des frontières, face aux fournisseurs des autres États membres, puisqu'il bénéficie déjà d'une telle protection en droit internet.

Au niveau communautaire, en vertu de l'article 6 (1) de la directive sur le commerce électronique, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables²³⁶ pour revenir sur sa décision sans être soumis au paiement de pénalité et sans motif, sauf dans des cas où il est prévu qu'il supporterait les frais de retour. Au niveau national, le Code de la consommation, en son nouvel article L.121-20 fixe ce délai de rétraction à sept jours francs sans motif ni pénalité sous réserve des frais de retour, le cas échéant. Au cas où le

²³⁴ J. PASSA, *loc.cit.*, note 26, p.555 ; Michel Trochu, « Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997 », Recueil Dalloz 1999, 17^e Chronique, p.181. Mais avant l'intervention de cette directive, ce droit existait déjà dans le droit français en matière de vente. Il faut noter que le champ d'application de la directive est plus vaste que celui du Code de la consommation dans la mesure où il s'applique à la fois aux biens et aux services.

²³⁵ Par exemple la règle « satisfait ou remboursé » qui est la cheville ouvrière du code professionnel du Syndicat des entreprises de vente à distance (SVPCD), Cf. M. TROCHU, *loc.cit.*, note 234, p.181.

²³⁶ Ce délai existait dans le Code français de consommation (Article L.121-26 c. consomm.).

professionnel omettrait de confirmer les informations exigées par la loi, ce délai est porté à 30 jours avec les mêmes points de départ pour la computation²³⁷.

Dans tous les cas, le cyberconsommateur ne supportera que les frais spécifiquement liés au retour du produit ou service. Là encore, les tribunaux devraient aider à préciser les frais devant entrer dans la définition de la loi à l'instar de la Cour de cassation²³⁸ qui, le 23 juin 1993, a décidé que les frais auxquels le consommateur était tenu se limitaient à ceux spécifiques au retour, en l'espèce les frais pour « test et rectification de produit technique en retour »²³⁹ que la société a retenus. L'on peut cependant se demander si les professionnels pourraient stipuler dans les contrats de cyberconsommation les frais en cas de retour. À notre avis, une telle clause tomberait sous le coup des dispositions relatives aux clauses abusives dans la mesure où il appartient au consommateur de s'adresser à un service postal de son choix pour l'envoi de son colis et, mieux, la directive défend une telle conception qui priverait le consommateur de la protection qu'elle tend à lui accorder.

Dans la pratique, il appartient au consommateur de prouver qu'il a bien exercé son droit de rétractation dans le délai imparti. C'est pourquoi, il lui est fortement conseillé d'utiliser de tous les moyens de communication à sa disposition (téléphone, fax, courriel, etc.) pour exercer son droit de rétractation. Les tribunaux ont confirmé que l'exercice de ce droit de rétractation est laissé à la discrétion du cyberconsommateur. Ainsi, dans l'affaire *Père-Noël*²⁴⁰, le TGI de Paris a jugé que « le droit de rétractation est absolu et discrétionnaire et permet au consommateur d'essayer l'objet commandé et d'en faire usage ». Évidemment, il a déclaré nulle la clause du contrat qui privait le consommateur de son droit à rétraction en cas de l'utilisation, même de quelques minutes, du produit livré.

À compter de l'exercice par le cyberconsommateur de son droit de rétractation, le professionnel dispose d'un délai de trente jours pour procéder au remboursement du

²³⁷ Art. L.121-19 C. com.

²³⁸ Cass. 1^{er} civ., 23 juin 1993, Bull. civ. I, n° 232; RTD com. 1994, p. 338, obs. Bouloc; Defrénois, 1994, art. 35746, n° 26, obs. Delebecque; Contrats, conc., consom. 1993, n° 2002, obs. Raymond.

²³⁹ M. TROCHU, *loc.cit.*, note 234, p. 181.

²⁴⁰ TGI Paris, 4 février 2003, *Association familles de France c/ SA Père-Noël.fr* ; on peut y avoir accès au www.legalis.net/jnet (Consultation le 04 février 2007).

montant payé par celui-ci; passé ce délai, ce montant perçu produit des intérêts et son refus est assimilable à un défaut de réponse et puni d'une amende²⁴¹. Cependant le droit de rétractation comporte des limites²⁴² qu'il convient d'évoquer.

2- Les limites du droit de rétractation

Ce droit ne couvre pas les contrats de fourniture de services si l'exécution de la prestation a été commencée avec l'accord du consommateur, et avant l'expiration du délai de sept jours²⁴³. Il est exclu dans les cas de fourniture de biens ou de service dont le prix est fonction des fluctuations économiques, bref des lois du marché, échappant ainsi au contrôle du marchand. Il en va également des biens fabriqués selon les spécificités du client²⁴⁴. L'exclusion de ce droit tient enfin à la nature même des biens tels que les denrées alimentaires, les logiciels que le consommateur a déjà déballés, des journaux, etc. C'est une sorte de protection du professionnel en évitant que des consommateurs de mauvaise foi fassent copier des logiciels qu'ils achètent ou utilisent des services (commandés) à leur satisfaction partielle ou totale pour enfin les retourner au marchand.

Dans son article cité précédemment, le Professeur Jérôme PASSA fait remarquer la faiblesse ou, du moins, la rareté du contentieux du droit de rétractation et ce, en raison de son emploi régulier et efficace par les entreprises qui s'accordent sur le fait que ce droit est inhérent au commerce et surtout au commerce par internet. De par son caractère discrétionnaire, ce droit est exercé par le consommateur, soit lorsqu'il change d'avis, soit lorsque le bien comporte un vice caché ou encore lorsque le bien commandé ne répond pas à ses attentes. Il s'agit donc ici de l'application de l'obligation de la garantie de conformité que fait émerger le droit de la consommation, en marge du droit commun des contrats²⁴⁵.

²⁴¹ Art. L. 121-1 Code consommation.

²⁴² Article 5 de la directive et le nouvel article L. 121-20-1 Code consom.

²⁴³ Art. L.121-20-2 C. com. C'est le cas par exemple du téléchargement des fichiers.

²⁴⁴ J. PASSA, *loc.cit.*, note 26, p.555, M. TROCHU, *loc.cit.*, note 234, p. 182; art.6 point 3 de la directive de 1997.

²⁴⁵ Pauline ROY, « Les garanties légales de qualité : la liberté contractuelle sous haute surveillance? », dans Pauline ROY, Droit de la consommation, Recueil, DRT 3807, Hiver 2006, faculté de droit, Université de Montréal, pp. 371- 400.

Toutefois, le non exercice de son droit de rétraction n'empêche pas le consommateur de conserver la garantie contre les vices cachés conformément au droit commun des obligations, même si le vice caché est découvert dans le délai de sept jours.²⁴⁶

Enfin, si la réglementation du droit de rétraction est ancienne, tant dans la législation français que communautaire, au Québec, les professionnels et les cyberconsommateurs se sont contenté depuis longtemps d'un «droit parallèle» résultant de la pratique commerciale et consistant à accorder au consommateur un délai de réflexion et revenir sur sa décision, le cas échéant. C'est justement l'année 2006 qui a emporté avec elle le cortège de malheurs du cyberconsommateur avec l'avènement de la loi n°48 modifiant la L.p.c. précitée.

Paragraphe 2 : Droit de rétraction : un droit naissant au Québec

Comme nous l'avons souligné, en droit québécois, le droit de rétraction n'existait pas de manière formelle en matière de contrat de consommation à distance, donc de contrat de cyberconsommation. Il n'existait que pour certains contrats (télé-achat, contrats conclus avec un consommateur et un commerçant itinérant, contrats de crédit)²⁴⁷. C'est un droit emprunté aux autres systèmes juridiques et directement transposé dans les pratiques contractuelles en matière de contrat à distance, et partant du droit du commerce électronique. La pratique commerciale offrait aux cyberconsommateurs québécois la lueur d'espoir d'une législation prochaine en la matière²⁴⁸, puisque la majorité des commerçants concédaient déjà, *de facto*, ce droit à leurs clients sous réserve, bien entendu, du paiement des frais de retour dans un certain délai et dans certains cas, si le produit n'est pas encore déballé²⁴⁹. Dans l'hypothèse où ce droit de retour figurait dans un contrat, il serait obligatoire pour les parties conformément au droit commun des contrats notamment le principe de l'autonomie de la volonté.

²⁴⁶ Art. L. 132-7 Code de la consommation.

²⁴⁷ Article 59 L.p.c. « Le contrat conclu entre un commerçant itinérant et un consommateur peut être résolu à la discrétion de ce dernier dans les dix jours qui suivent celui où chacune des parties est en possession d'un double du contrat »; voir également les articles 33, 73 et 209 L.p.c.

²⁴⁸ Vincent GAUTRAIS, « Le cyberconsommateur », Droit du commerce électronique, (dir.), Montréal, Thémis, 2002, p.284.

²⁴⁹ Concept de « Shrinkwap »; Cf. Paragraphe 1 section 1 chap. 1, Partie 1.

Justement, cette lueur d'espoir, ce rêve de fait s'est transformé en une réalité le 14 décembre 2006 par l'adoption et la sanction de la loi n°48 précitée. Il faut souligner que cette loi est intervenue grâce à la volonté des cybercommerçants d'appliquer la pratique de rétraction favorable au cyberconsommateur, gage d'un rétablissement du climat de confiance entre les parties. Ainsi, parmi les nouvelles dispositions de cette loi, les articles 54.8 à 54.13 traitent du droit de rétractation ou de «résolution» et de ses conséquences notamment les articles 54.14 à 54.16 relatifs à la retro-facturation, une nouveauté par rapport au droit européen et français.

En effet, mentionnons tout de suite que le terme «résolution»²⁵⁰ employé par la loi ne correspond pas, à notre avis, du moins en partie, au contenu du droit accordé au cyberconsommateur. D'abord, le droit de rétractation a pour but de permettre au cyberconsommateur de s'assurer que le bien ou le service commandé correspond effectivement à celui qui reçoit, et ce, pendant un délai précis (sept jours ou trente jours selon le cas). Ce n'est donc après l'expiration de ce délai que l'on peut véritablement parler de la fin du processus de formation du contrat. Il s'agit donc du prolongement du mécanisme de protection du consentement du cyberconsommateur en raison de la nature même du contrat en cause²⁵¹. Ensuite, l'article 54.8 énumère les cas d'ouverture à ce droit soit l'inobservation de l'obligation d'information, l'impossibilité pour le cyberconsommateur d'exprimer son consentement libre et éclairé, l'absence de contrat écrit. Il est évident que l'article 54.8 vise les conditions de fond et de forme donc, les vices de consentement comme nous l'avons vu. Dès lors, et avec respect pour le législateur, il serait préférable d'utiliser à l'article 54.8 le terme de rétractation (revenir sur sa décision pour contrat mal formé) ou tout au moins celui de «nullité»²⁵².

²⁵⁰ Selon de dictionnaire de droit québécois et canadien, la résolution signifie «Anéantissement en principe rétroactivement d'un contrat synallagmatique qui s'opère par suite du défaut par une partie, ou de l'impossibilité pour elle, d'exécuter ses obligations».

²⁵¹ V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 199, p. 282. L'auteur souligne que le droit de retour est conçu « afin de pallier [la] distance inhérente à ce type de commerce [en permettant] au consommateur de renier sa parole, d'effacer le passé et son consentement peut-être trop rapidement donné ».

²⁵² Ce même dictionnaire définit la nullité comme « Sanction juridique qui consiste à priver de tout effet un acte juridique auquel il manque une condition de fond ou de forme essentielle à sa formation ». Voir également les articles 1400 à 1408 C.c.Q.; Article 1407 C.c.Q. : « Celui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat; en cas d'erreur provoquée par le dol, de crainte ou de lésion, il peut

En tout état de cause enfin, la nullité ou la rétractation est demandée par la partie dont le consentement est vicié puisqu'il s'agit d'une nullité relative. Nous attendons donc l'apport de la jurisprudence pour en préciser les termes.

Dans la logique des droits européen et français- dont le délai court à compter de la réception ou conclusion du contrat-, la nouvelle L.p.c. fixe le *délai de sept jours* à compter de « l'exécution de l'obligation principale du commerçant lorsque le consommateur constate, à ce moment, que le commerçant n'a pas divulgué tous les renseignements énumérés à l'article 54.4 »²⁵³. Il apparaît clairement qu'il s'agit de la livraison pour les biens et peut être du début d'utilisation pour les services; ce serait l'une des différences avec les droits européen et français. Ce délai est porté à trente jours si le consommateur a omis de transmettre au consommateur la copie du contrat, donc de confirmer la formation du contrat. Mais à la différence du système européen, ce délai commence à courir à compter de la date de la conclusion du contrat²⁵⁴.

Pour ce qui est de l'article 54.9, nous estimons que le terme «résolution» est approprié puisque le commerçant fait défaut d'exécuter son obligation principale²⁵⁵, celle de livrer le bien ou le service, objet du contrat, dans les trente jours suivant la date indiquée au contrat (ou dans tout acte sous-jacent), ou en cas de silence sur cette date de livraison, à compter de la date de conclusion du contrat²⁵⁶.

Cependant, la loi prend soin de protéger le cyberconsommateur contre l'exercice de son droit s'il s'est avéré qu'il a par exemple tenté en vain, de livrer le bien ou le service dans le délai convenu ou à une date raisonnable (nous estimons 30 jours) et pour des raisons

demander, outre la nullité, des dommages-intérêts ou encore, s'il préfère que le contrat soit maintenu, demander une réduction de son obligation équivalente aux dommages-intérêts qu'il eût été justifié de réclamer ».

²⁵³ Article 54.8. d) L.p.c.

²⁵⁴ Dans le cas qui nous préoccupe, le moment de la conclusion du contrat par Internet est fixé par la théorie de la réception c'est-à-dire le moment où le cybermarchand a reçu l'acceptation du cyberconsommateur.

²⁵⁵ Il s'agit bien de l'application des règles de droit commun des obligations; Cf. J-L. BAUDOUIN, *op.cit.*, note 165.

²⁵⁶ Article 54.9 a).

liés à la faute du consommateur (négligence ou agissement). Ce serait le cas où par exemple le consommateur serait absent à son domicile au moment de la livraison alors qu'il en était régulièrement avisé.

Dès réception de l'avis-par tous les moyens de communication-, le commerçant devra rembourser au consommateur, dans les 15 jours, toute somme que celui-ci lui a payé ainsi que les montants payés à un tiers. Dans le même temps le consommateur doit à son tour restituer le bien reçu dans l'état initial; les frais de retour incombant au commerçant.²⁵⁷

Enfin, il convient de souligner que la nouvelle loi québécoise bien que tardive, s'est rapidement accommodée avec les nouvelles réalités. Ainsi, elle introduit la notion de retro-facturation en cas de défaut par le commerçant de rembourser le consommateur et si le consommateur avait effectué son paiement au moyen d'une carte de crédit²⁵⁸. Ainsi l'article 54.14. L.p.c. dispose :

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

Par ce mécanisme, le consommateur peut alors directement s'adresser à son émetteur de la carte de crédit (*Visa, Master Card, etc.*), dans les 60 jours à compter du défaut, pour lui reverser tout montant qu'il a payé dans le cadre de ce contrat, en suivant la procédure élaborée par les articles 54.15.²⁵⁹ et 54.16. L.p.c.²⁶⁰.

²⁵⁷ Article 54.13. Cet article constitue une autre différence fondamentale avec les droits européens et français qui obligent le consommateur à supporter, dans certains cas, les frais de retour, Cf. affaire Père Noël, précitée, note 240.

²⁵⁸ Article 54.14 à 54.16 L.p.c.

²⁵⁹ Article 54.15 L.p.c. : « La demande de rétro-facturation doit être faite par écrit et contenir les renseignements suivants [renseignements sur la cartes et sur son titulaires, montant de la transaction, renseignements sur le bien et sur le contrat, motif de la résolution du contrat, etc.]... ».

²⁶⁰ Article 54.16. « L'émetteur d'une carte de crédit qui reçoit une demande de rétro-facturation doit :

- a) en accuser réception dans les 30 jours;
- b) effectuer la rétro-facturation du montant débité au compte de la carte de crédit et procéder à l'annulation de tous les frais portés au compte de cette carte en relation avec le contrat à distance et tout contrat accessoire à ce contrat soit dans les 90 jours suivant la réception de la demande, soit

Selon nous, ce droit nouveau au Québec est une véritable innovation qui vient combler des lacunes de la législation existante et renforcer la protection du cyberconsommateur et, partant, rétablir la confiance du cyberconsommateur dans les transactions commerciales; car l'une des causes de la réticence du consommateur est bien la crainte de ne pas être remboursé des montants payés au commerçant, comme l'avons évoqué au début de notre recherche. Sur ce dernier point, on peut également imaginer un consommateur québécois exiger une rétro-facturation à une institution bancaire européenne en cas de non remboursement du montant de la transaction par un cybercommerçant européen. Ce droit étant absent de l'arsenal juridique européen, un juge québécois pourra-t-il émettre des injonctions à cette banque de s'exécuter si la loi applicable est la loi québécoise? La réponse à question dépend éventuellement de l'appréciation que fera le juge du *for* d'exécution de la décision étrangère.

Enfin, l'examen du droit de rétractation et surtout de la retro-facturation nous donne l'occasion d'analyser succinctement les modalités d'exécution du contrat de consommation passé par Internet et particulièrement le paiement électronique et voir s'il y a éventuellement des zones de conflits de lois.

Section 4- Exécution du contrat : paiement électronique et livraison

Il apparaît évident que le paiement et la livraison constitue les deux composantes de l'exécution de tout contrat et spécifiquement du contrat par internet²⁶¹. Il convient à présent de les examiner dans le contexte des systèmes juridiques sous étude.

dans un délai représentant au plus deux périodes complètes visées à l'article 67, selon l'échéance du plus court terme. »

²⁶¹ Nous avons pu remarquer au cours de notre recherche que très peu d'auteurs s'attardent sur cette facette du contrat; estimant certainement qu'elle est moins importante. Pourtant, selon nous, une chose est que le contrat de cyberconsommation soit valablement formé, mais une autre chose est qu'il en soit bien exécuté à la satisfaction des parties et plus particulièrement celle la plus faible.

Paragraphe 1- Sécurisation du paiement électronique

Outre la mesure de protection pécuniaire que prévoient les lois en ce qui concerne le remboursement des sommes payées par le consommateur suite à l'exercice du droit de rétractation, le paiement électronique²⁶² vient également s'y ajouter pour compléter cette protection. Ainsi, la question qui vient naturellement à l'esprit est de savoir quel est le moyen de paiement le plus adapté et approprié à Internet. A cet égard, plusieurs moyens de paiement sont disponibles : l'on peut citer, le virement bancaire, le paiement par carte de crédit (la forme la plus employée pour la facilité de son emploi), l'emploi du système de la monnaie électronique. Mais la question cruciale qui se pose est la protection des données personnelles et la confidentialité des noms des parties au contrat²⁶³.

En effet, le paiement par carte de crédit présente des risques évidents : le manque d'opération codé expose le titulaire de la carte à des risques d'interception ou de fraude sur sa carte de crédit; pour le cybervendeur, il court le risque d'insolvabilité du titulaire de la carte et de mauvaise foi du cyberconsommateur qui nierait, par exemple, n'avoir effectué aucune transaction avec lui²⁶⁴. Il est vrai que dans ces circonstances, le cybercommerçant ne dispose pas de moyens pour vérifier si l'internaute qui a commandé le bien ou le service est bien celui dont la carte de crédit a été utilisée. Pour la plupart des auteurs, le paiement par la carte de crédit est un moyen libératoire immédiat²⁶⁵, alors que d'autres pensent le contraire. De toute manière, tout dépend de la loi applicable en l'espèce.

²⁶² Le lecteur pourra enrichir sa connaissance en lisant notamment Étienne WÉRY, Facture, monnaie et paiement électronique, Paris, Litec, 2003.

²⁶³ Pour les détails, le lecteur se référera à Michael ABELS, « Paying on the net means and associated risks » (1998) 3 RDAI 349, 356.

²⁶⁴ Pour palier ces difficultés, des solutions ont adopté en France par les sociétés First Virtual Holding et Cyber Cash en mettant sur place une stratégie qui suppose que les parties ont conclu un contrat avec les deux entreprises. En ce qui concerne First Virtual Holding, le titulaire devra communiquer au vendeur un code que First Virtual Holding lui remet et cette dernière s'occupe de la transaction en s'assurant de l'identité des parties. Un système semblable est mis en place par Cyber Cahs.

²⁶⁵ M., CUMYN et Lina LALANCETTE, « La cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire » (2005 35 R.G.D. 5-60, p.30; Voir l'affaire Re Charge Card Services Ltd [1986] 3 All ER 289 (*Ch. D.*); Affaire Dal c. Royal Bank of Canada, [2003] B.C.J. n° 1291 (*B.C.S.C.*).

Aussi, le développement de la technologie a donné naissance au paiement en « monnaie électronique » qui est de deux sortes : le « software » qui est stockée sur le disque dur du PC de l'utilisateur et le « hardware » qui est chargée sur une puce électronique d'une carte à mémoire. Dans le cas d'espèce, on se demande si ce paiement constitue une exécution provisoire ou totale, donc libératoire. Certains auteurs sont d'avis qu'il s'agit d'une exécution provisoire jusqu'à ce que le créancier-vendeur soit satisfait du paiement.²⁶⁶ En droit québécois, le paiement par la carte de crédit est reconnu par les dispositions de l'article 1564 C.c.Q. et par la section III de la L.p.c. concernant les contrats de crédit variable²⁶⁷. Ce paiement est soumis, pour sa validité, aux conditions requises par l'article 1553 C.c.Q. et suivants combinés aux autres conditions de validité des actes juridiques. Au surplus, la protection que la L.p.c. accorde au consommateur, titulaire d'une carte de crédit, est extrêmement importante : interdiction de l'émission de carte de crédit non sollicitée²⁶⁸, interdiction de l'augmentation des limites de crédit sans autorisation expresse du consommateur²⁶⁹, limitation de responsabilité du consommateur à 50\$ au plus, en cas de vol ou perte de la carte de crédit.²⁷⁰

Cependant, contrairement à la directive européenne et au droit français²⁷¹, l'ancien article 22 de la L.p.c. interdisait le paiement par anticipation²⁷² à moins que le commerçant verse

²⁶⁶ Voir : M. ABELS, *loc.cit.*, note 263, p. 355.

²⁶⁷ Aux termes de l'article 118 de la L.p.c. «Le contrat de crédit variable est le contrat par lequel un crédit est consenti d'avance par un commerçant à un consommateur qui peut s'en prévaloir de temps à autre, en tout ou en partie, selon les modalités du contrat.

Le contrat de crédit variable comprend notamment le contrat conclu pour l'utilisation de ce qui est communément appelé carte de crédit, compte de crédit, compte budgétaire, crédit rotatif, marge de crédit, ouverture de crédit et tout autre contrat de même nature». La carte de crédit est la seule qui correspond au crédit varie selon l'alinéa 2 de cet article. Il faut noter qu'aucune loi ne réglemente au Canada la carte de crédit. Il faudrait, à notre procéder par législation, limiter également la responsabilité du consommateur dans les mêmes cas prévus pour la carte de crédit.

²⁶⁸ Article 120 L.p.c.

²⁶⁹ *Id.*, art. 128.

²⁷⁰ *Id.*, art. 123-124.

²⁷¹ Article 6, (2) : «Le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais». Cette directive n'interdit donc pas le paiement par anticipation. Il en va de même du droit français qui accorde une licéité au paiement anticipé; Cf. Th., VERBIEST, *loc.cit.*, note 45, p.149.

²⁷² Ancien article 22 L.p.c. : « Sous réserve de l'article 309, le commerçant qui sollicite la conclusion d'un contrat à distance ou qui conclut un tel contrat ne peut demander un paiement partiel ou total au consommateur ou lui offrir de percevoir un tel paiement avant d'exécuter son obligation principale ». Cet article est remplacé par les articles 54.8 L.p.c. relatif au droit de rétractation et 54.14. à 54.16 L.p.c. sur la rétro-facturation.

une caution.²⁷³ Dans la pratique, cette loi restait caduque, d'où son remplacement par le droit rétro-facturation après l'exercice du droit de rétractation que nous avons déjà examiné²⁷⁴.

En outre, pour s'assurer du remboursement éventuel par le vendeur en cas de rétractation, la pratique commerciale française a retenu le paiement à une tierce personne physique ou à des labels (tel que Trusted Shop) qui garantit le remboursement au consommateur de tous montants qu'il aura payés et ce, en cas de rétractation.

Enfin, quelle que soit le moyen de paiement utilisé, le consommateur est protégé contre l'utilisation frauduleuse de sa carte notamment en droit français²⁷⁵ alors que le droit québécois privilégie la protection du titulaire de la carte de crédit. En sus de la protection partielle du cyberconsommateur dans le paiement, les lois fixent des balises à l'étape finale de son processus transactionnel : la livraison.

Paragraphe 2- Livraison du contrat de consommation passé par Internet

Après la formation du contrat par Internet, vient la livraison qui, en réalité achève véritablement le processus de formation du contrat et précisément après l'expiration du délai de rétraction ou de "résolution". Cette livraison peut se faire soit en ligne soit hors ligne, selon le contrat ou la nature du bien ou du service en cause.²⁷⁶

²⁷³ Ancien article 309 L.p.c. également remplacé par les articles 54.8 et 54.14 à 54.16. L.p.c.

²⁷⁴ *Supra*. Section 3 paragraphe 2.

²⁷⁵ Article 8 de la directive sur le commerce électronique, article L. 132-4 du Code monétaire et financier de la France.

²⁷⁶ Les logiciels, les musiques, les jeux électroniques, etc. peuvent facilement être livrés électroniquement au contraire des biens corporels. Cependant la livraison électronique peut, comme nous l'avons vu, priver le cyberconsommateur de l'exercice de son droit de rétractation.

Dans la pratique, la livraison des contrats par Internet connaît souvent des difficultés.²⁷⁷ Dans ce sens le Bureau de la consommation et les lignes directrices de l'OCDE²⁷⁸ recommandent que le commerçant informe le consommateur avant la signature (information préalable), de la date de livraison, des conditions, des frais, du mode de livraison, etc. Sous réserve de stipulations contraires, le délai de livraison est identique dans les systèmes juridiques français et québécois, soit trente jours.²⁷⁹ Il n'est point besoin de nous y attarder étant donné qu'il n'y aurait quasiment pas de possibilité de conflit de lois.

Au demeurant, ce chapitre nous aura permis de présenter les particularités de la formation du contrat de consommation par Internet faisant dérogation, à maintes reprises, aux principes fondamentaux gouvernant la formation du contrat en l'occurrence le principe de l'autonomie de la volonté et celui de la liberté contractuelle. Ceci est principalement dû à la nature même du contrat de consommation qui est par excellence un contrat d'adhésion dont les exigences de l'ordre public commande une protection accrue du consommateur.

Par ailleurs, le consentement du consommateur et, partant, du cyberconsommateur est encore protégé contre certaines clauses insérées dans les contrats de consommation affichés sur les sites internet des commerçants qui ne sauraient faire objet de discussion. Il s'agit donc de la protection du cyberconsommateur contre les clauses abusives que nous nous proposons d'examiner dans le chapitre 3.

²⁷⁷ Le Professeur Vincent GAUTRAIS en donne des détails relatifs au respect par les entreprises québécoises des modalités de livraison. L'auteur souligne que selon une étude empirique, seulement 60% des entreprises au Québec font état des modalités de livraison (prix, délai de livraison).

²⁷⁸ Bureau de la consommation (1999),

disponible au site internet <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01185f.html>. (Consultation le 10 février 2007),

²⁷⁹ Nouvel Article L.121-20-3 du Code de la consommation; Article 54.7 de la L.p.c. Ce délai est supplétif en cas de silence du contrat en la matière et court à compter de la date de commande; la L.p.c. du Québec parle de la date de la conclusion du contrat.

Chapitre 3 : Protection juridique du cyberconsommateur contre les clauses abusives

Le contrat de consommation est, en général, un contrat d'adhésion par excellence en ce sens que, dans la plupart du temps, ses éléments essentiels sont fixés par la partie forte, le fournisseur ou le commerçant qui est prémuni d'informations privilégiées sur les éléments du contrat. Cette qualification s'applique effectivement au contrat de consommation sur le site Web dans lequel le cyberconsommateur n'a nullement la possibilité de discuter des clauses importantes du contrat - rédigées dans le seul intérêt de l'offrant- et il n'a donc le choix que d'accepter ou de refuser ce contrat²⁸⁰.

En effet, bien que l'autonomie de volonté soit consacrée par le droit commun des obligations²⁸¹, la situation est particulière dans les contrats d'adhésion. Ainsi l'on constate l'insertion de certaines clauses qui favorisent une seule partie; clauses viciant, dans ces conditions, le consentement du consommateur. Dans les contrats de consommation en ligne, ces clauses préétablies sont soit externes soit illisibles ou encore accessibles que par le biais d'hypertexte ou par le moyen de renvoi à un autre document externe. Face donc à ces kyrielles de clauses abusives, les législateurs français et québécois sont intervenus pour rétablir la justice et l'équilibre social²⁸² dans les contrats d'adhésion dans le but ultime de faire respecter l'ordre public qu'il soit de direction ou de protection²⁸³. Ainsi, une présentation de quelques clauses affectant les contrats de consommation passés par

²⁸⁰ C., BOUCHARD et M. LAOUSSIÈRE, *loc.cit.*, note 28, p.396.

²⁸¹ Art.9 C.c.Q. «Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.» Et l'article 3111 C.c.Q traite du choix par les parties, de la loi applicable à leur relation contractuelle de disposer : «L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte.

Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation.

On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique».

²⁸² Jean-Louis BAUDOUIN, « Justice et équilibre: la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », dans Études offerte à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris, L.G.D.J., 2001, p.29 et suiv.

²⁸³ Pour une distinction nette entre ces deux types d'ordre public, voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Manuel de doctrine sur le régime des obligations*, Tome 1, Montréal, Thémis, 2005, p. 392.

Internet (section 1) nous permettra d'examiner rapidement les sanctions que les lois leur infligent (section 2).

Section 1- Typologie de quelques clauses affectant les contrats de consommation en ligne

En droit québécois, l'une des principales innovations qu'apporte le nouveau Code civil de 1994 est la consécration de l'article 1437 C.c.Q. à la sanction des clauses abusives par annulation ou réduction de l'obligation qui en découle.

Le Professeur Benoît MOORE²⁸⁴ regroupe synthétiquement ces clauses abusives en quatre catégories : 1)- les clauses affectant les droits et les obligations des parties; 2)-les clauses portant sur les conséquences d'un défaut de l'une des parties; 3)- les clauses garantissant un contrôle unilatéral ou plus avantageux au stipulant quant à l'exécution ou à la fin du contrat et enfin 4)- les clauses défavorisant l'adhérent dans l'exercice de ses recours²⁸⁵. Faisant l'économie des détails de cette classification, nous ne traiterons que des clauses abusives fréquemment rencontrées dans les contrats d'adhésion et particulièrement dans les contrats de consommation sur Internet et les sanctions y afférant.

Paragraphe 1 : Conditions d'existence des clauses affectant les contrats de consommation passés par Internet

Il s'agira principalement des clauses pénales, des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, des clauses externes ou par référence, enfin des clauses illisibles et incompréhensibles. Pour une meilleure compréhension de ces clauses, il convient d'examiner les conditions ou critères concourant à la qualification des clauses abusives en

²⁸⁴ L'auteur est Professeur agrégé de la faculté de droit de l'université de Montréal; ses domaines d'intervention sont le droit des obligations, le droit de personnes et de la famille.

²⁸⁵ Benoît MOORE, « Les clauses abusives : dix ans après », (2003) 63 R. du B. 82 et suiv.

Europe, en France et au Québec avant de présenter les principales clauses qui créent un déséquilibre entre les parties dans les contrats de consommation.

En droit Québécois, l'alinéa 2 de l'article 1437 C.c.Q. établit les critères de qualification des clauses abusives:

« Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci »²⁸⁶.

Il résulte donc de cette disposition qu'une clause est qualifiée d'abusives lorsqu'elle est de nature à désavantager le consommateur ou l'adhérent, le désavantage doit être excessif et déraisonnable, être contraire à la bonne foi²⁸⁷. Une clause est également abusive dès lors qu'elle dénature les obligations essentielles ou simplement le contrat.

En droit européen, la directive no 93/13 du 5 avril 1993 n'a traité que de façon insuffisante les clauses abusives²⁸⁸. Son article 3 définit ce terme comme une clause d'un contrat préalablement rédigé par le commerçant et qui n'a subi l'influence du consommateur ni fait l'objet d'une négociation individuelle²⁸⁹. Toutefois son application peut poser des problèmes lorsque la situation comporte un élément d'extranéité²⁹⁰. Il en va ainsi d'un français résidant à Nantes, qui y reçoit une offre mais conclut le contrat aux

²⁸⁶ (Les soulèvements sont de nous).

²⁸⁷ Le nouveau code civil du Québec apporte une innovation en faisant apparaître dans le système juridique une nouvelle moralité contractuelle basée sur les notions de bonne foi et d'équilibre. Les articles 6, 7, 317, 1375, 1407 et 1434 et suiv. C.c.Q. traitent de ces notions; Voir J-L., BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 282, p. 29 suiv.; B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p.72 et suiv. ; L. ROLLAND, « La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier », [1996] *R.D.U.S.* 377; Voir également J., GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Arch. de philo. du droit*, 36; *Traité de droit civil : la formation du contrat*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, no 593 et suiv., p. 576 et suiv.

²⁸⁸ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

²⁸⁹ Article 3 : « 1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat [...] 3. L'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. ».

²⁹⁰ Nous reviendrons sur ces questions dans la deuxième partie de cette recherche en examinant la convention de Bruxelles de 1968, le règlement de Bruxelles I et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

États-Unis ou aux Québec. Lorsqu'il s'y pose un problème relatif au caractère abusif de certaines clauses du contrat, on fera nécessairement recours aux règles de conflits²⁹¹.

En France, les clauses abusives sont règlementées par la loi du 10 janvier 1978 complétée par son décret d'application du 24 mars 1978 qui devait déterminer les clauses abusives. En plus de ces textes, les articles L.132-1 et suivants et R. 132-3 et suivants du Code de la consommation traitent des clauses abusives.

Toutefois, depuis la mise en place de la commission des clauses abusives, le décret n'est plus le seul moyen de sanctionner les clauses abusives et les tribunaux annulent souvent des clauses sans viser spécialement une loi²⁹². Pour faciliter la sanction de ces clauses, la Commission des clauses abusives²⁹³ a dressé une liste de 57 clauses considérées abusives et recommande leur exclusion totale dans les contrats²⁹⁴.

Ainsi, ces clauses créant un déséquilibre entre les parties étant nombreuses et variées, il nous apparaît opportun de ne voir que celles qui se retrouvent dans la plupart des contrats de consommation.

Paragraphe 2 Quelques clauses abusives affectant les contrats de consommation passés par Internet

Les législateurs, en posant ces réglementations, ont voulu protéger la partie vulnérable qui est le consommateur ou l'adhérent contre ces clauses injustes dont les plus fréquemment rencontrées dans les contrats de cyberconsommation ou d'adhésion. Ce sont les clauses pénales, les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité.

²⁹¹ En l'espèce, trois questions pourront être posées : la compétence internationale ; le droit national qui va régir le contrat en tant que contrat ; la clause de juridiction internationale; Voir *Infra*, Partie 2.

²⁹² Cass., civ., 1^{ière} ch., 1 févr. 2005, n° 03-16905; Cass., civ., 1^{ière} ch., 5 mars 2002, n° 00-18202.

²⁹³ Voir : http://www.finances.gouv.fr/clauses_abusives/ (Consultation le 15 février 2007).

²⁹⁴ Les efforts de cette commission sont appuyés par la sensibilisation de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DRCCRF). Voir également les recommandations au <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/SardeUneRubriqueBase?num=31130401> (Consultation le 15 février 2007).

1- Les clauses pénales

La clause pénale est régie par les dispositions des articles 1622 à 1623 du C.c.Q. Elle est définie comme «...celle par laquelle les parties évaluent par anticipation, les dommages intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécute pas son obligation»²⁹⁵. Son but principal est d'assurer l'exécution effective du contrat par la détermination à l'avance, par les parties contractantes, de l'indemnité qui devra être payée par la partie qui se montrera défaillante à cet effet.

Ce type de clause est fréquent dans les contrats de vente, de service, de prêt, de louage, d'entreprise et dans les conventions d'actionnaires²⁹⁶, que ces contrats soit passés par Internet ou non. Ainsi, dans le domaine du contrat de consommation passé par Internet, les pouvoirs de discussions des clauses par le cyberconsommateur sont inexistantes (tel que le prix dans la vente) y compris celles relatives aux pénalités qu'il devra payer en cas d'inexécution ou de défaut de sa part. Ces clauses, pour être valides, doivent être raisonnables ayant pour objectif légitime de prévoir les dommages à payer en cas de violation des clauses contractuelles et de constituer une sorte de garde-fou pour la bonne exécution des engagements contractuels.

En tant qu'obligation accessoire sanctionnant une obligation principale contenue dans un contrat, la validité de la clause pénale est intimement liée à celle de son obligation principale de laquelle elle tient son existence. Ainsi donc, en cas de nullité de l'obligation principale, la clause pénale devient, *ipso facto*, nulle et ce, en vertu du principe selon lequel « *l'accessoire suit* [naturellement] *le principal* »²⁹⁷. Par contre, si la clause pénale venait uniquement à être déclarée nulle parce qu'abusive, l'obligation dont elle assure l'exécution demeurerait valide.²⁹⁸

²⁹⁵ Art. 1622 al.1 C.c.Q.

²⁹⁶ J.- L. BAUDOUIN et P.- G. JOBIN, *op.cit.*, note 165, pp.913-914.

²⁹⁷ Voir les affaires *Bourassa c. Dumais*, AZ-50082629, [2001] R.D.I. 157; *Abadie c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, AZ-0031291, [2000] R.J.D.T. 569.

²⁹⁸ Nous déduisons ce raisonnement du principe de la séparabilité et de l'autonomie de la clause compromissoire en droit de l'arbitrage; Voir en ce sens Antonia DIMOLITSA, « Autonomie et 'Kompetenz Kompetenz' », (1998) 5 *Rev. arb.* 308; voir Xavier BOUCOBZA, « La clause compromissoire

Toutefois, il convient de souligner que la L.p.c. du Québec en ses articles 13 et 14 interdisent expressément l'insertion d'une clause pénale et des clauses de déchéance du terme dans les contrats de consommation, à l'exception des contrats de crédit²⁹⁹. En tout état de cause, l'article 1432 C.c.Q. exige l'interprétation du contrat en faveur du consommateur ou de l'adhérent en cas de doute.

2- Les clauses d'exonération ou de non responsabilité

En principe le Code civil prévoit certains cas d'exonération de responsabilité (par exemple les articles 1470 à 1473 C.c.Q.) en dehors desquels aucune limitation n'est possible. En ce qui concerne les contrats de consommation, l'article 1474 C.c.Q. s'applique en interdisant l'exclusion ou la limitation de responsabilité « pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui » et « pour le préjudice matériel causé à autrui pour une faute intentionnelle ou une faute lourde ».

Ainsi donc, lorsque dans un contrat, le cocontractant affiche ou non un avis stipulant la limitation ou l'exclusion de la responsabilité pour les préjudices résultant du contrat, cette stipulation n'est valide que si le stipulant prouve que l'avis a été porté à la connaissance du client au moment de la conclusion du contrat³⁰⁰. Une telle clause serait assimilée à une clause externe et sanctionnée comme telle si elle n'a pas rencontré les exigences des articles 1475 et 1435 C.c.Q.

Dans la pratique, il est fréquent de constater, dans les contrats de consommation en ligne, l'existence de certaines clauses limitant la responsabilité des vendeurs ou exonérant

par référence en matière d'arbitrage commercial international», (1998) 3 *Rev. arb.* 494; Pierre MAYER, «Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire», (1998) 2 *Rev. arb.* 359.

²⁹⁹ Article 23 L.p.c. : « Est interdite la stipulation qui impose au consommateur, dans le cas d'inexécution de son obligation, le paiement de frais autres que l'intérêt couru. »; Article 14 L.p.c. : « Les articles 105 à 110 s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à une clause résolutoire ou à une autre convention de même effet en faveur du commerçant de même qu'à un contrat qui comporte une clause de déchéance du bénéfice du terme, qu'il s'agisse ou non d'un contrat de crédit ». Mais dans la pratique, les tribunaux ont reconnu la validité des clauses pénales dans les contrats de location d'automobile; Voir affaire *Dubreuil c. D.K. Automobile inc.*, [1996] R.J.Q. 1144 (C.A.).

³⁰⁰ Article 1475 et 1435 C.c.Q. Ce qui signifie que la clause ne sera pas valide si le consommateur en a pris connaissance après la formation du contrat; la clause étant ici assimilable à une clause externe.

purement et simplement leur responsabilité³⁰¹. Il en va ainsi, par exemple, dans les contrats de fourniture d'accès à l'Internet, de la limitation de responsabilité du fournisseur ou de l'exclusion de tout recours³⁰² ou encore des clauses permettant aux fournisseurs de déroger aux règles de compétence territoriale ou de compétence d'attribution³⁰³.

3- Les clauses externes ou par référence

La pratique contractuelle en matière de consommation laisse planer un phénomène de contrat pré-rédigé; le contenu du contrat étant défini à l'avance par une seule partie. Dans la plupart des cas, seuls les principaux droits et obligations des parties sont définis dans le contrat; le reste étant accessible par renvoi au moyen soit des hypertextes, soit d'un clic sur une icône, soit en cliquant dans une fenêtre. Il peut également s'agir d'un renvoi à d'autres sites Internet ou à d'autres pages faisant partie intégrante du contrat³⁰⁴. Ce renvoi concerne souvent des clauses d'arbitrage ou des règlements d'arbitrage ou encore de certaines conditions d'exécution du contrat que l'on qualifie de clauses par référence³⁰⁵.

La question est toutefois de savoir quelle est la validité des clauses externes, ou par référence, dans les contrats de consommation par Internet. En principe, si on excepte les clauses compromissaires dans les contrats de consommations sur internet³⁰⁶, la clause sur

³⁰¹ En voici un exemple de ce type de clause : « Notre garantie limitée n'est pas applicable aux produits qui sont physiquement endommagés ou endommagés suite à des conditions normales d'utilisation, d'usage abusif, de manque d'entretien ou d'installation inconvenante de la part de l'acheteur ou de l'utilisateur » site de Dantech, une compagnie de vente de matériels informatiques qui vend également sur Internet au Québec <http://www.dantech.ca/> (Consultation le 15 février 2007).

³⁰² Voir *Lépine c. Société canadienne des poste*, J.E. 200-366

³⁰³ Voir C. BOUCHARD et M.LACOURSIÈRE, *loc.cit.*, note 28, p. 399.

³⁰⁴ *Id.*, p.397.

³⁰⁵ É.-A., CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, tribunaux compétents, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne*, Paris, Éditions du Juris-classeur, 2002, p. 119. Le Professeur Éric A. Caprioli définit la clause par référence comme étant « une disposition particulière d'un contrat (ou insérée dans le corps du contrat), par laquelle, les parties contractantes se réfèrent à un document extérieur (à consulter) et entendent conférer à ce dernier des effets juridiques identiques à ceux du contrat signé ». Le système anglo-saxon définit ce mécanisme comme : « the method of marking one document of any kind become part of another separate document by referring to the former in the latter, and declaring that the former shall be taken and considered as a part of the latter the same as if it were fully set out therein »

³⁰⁶ L'article 11.1 de la loi n° 48 modifiant la loi québécoise sur la protection du consommateur vient clore le débat qui animait les tribunaux sur la validité des clauses compromissaires dans les contrats de

un support électronique est juridiquement valable en vertu de l'article 4 de la *Loi concernant le cadre juridique des techniques de l'information*³⁰⁷. Mais la validité de la clause par référence est soumise à des conditions que pose l'article 1435 C.c.Q. parmi lesquelles on retient les méthodes utilisées pour porter la clause à la connaissance du cocontractant³⁰⁸ et la technique utilisée³⁰⁹ pour accéder à cette clause. Donc selon cet article, il suffit pour le commerçant de prouver qu'il a porté la clause compromissaire à la connaissance du consommateur au moment de la conclusion du contrat pour que celle-ci soit valide. Cette disposition est d'ordre public de direction et aucune partie ne peut y déroger³¹⁰.

Dès lors, toute clause ne rencontrant pas ces exigences peut être déclarée nulle ou non écrite comme dans l'affaire Dell où la Cour décide qu'une clause qui renvoie à un document externe notamment celui dans lequel on prévoit l'arbitrage «[...] *devait être portée à la connaissance expresse du consommateur, ainsi que le prévoit l'article 1435 C.c.Q., qui est d'ordre public* »³¹¹.

consommation sur internet. L'affaire Dell en est une illustration éloquent. Mais la loi québécoise a pris une longueur d'avance sur les tribunaux en admettant l'arbitrabilité des litiges de consommation et partant l'arbitrage collectif lors seulement que la décision de soumettre le litige est prise d'accord partie (de manière libre et éclairée) donc par compromis. Elle a toutefois particulièrement proscrit l'insertion des clauses compromission d'arbitrage dans les contrats de consommation par internet.

³⁰⁷ Article 4 : «Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques [...] assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition ».

³⁰⁸ Il peut s'agir du « click-wrap » méthode qui consiste à cliquer sur l'icône « j'accepte » avant le début de l'opération; et du « browse-wrap » voir E.A. CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique. Tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne, Paris, Juris-classeur, 2002, p.119. Ainsi par exemple dans l'affaire Dell précitée, la Compagnie n'a prouvé à aucun stade de la procédure qu'elle a porté cette clause à la connaissance de Dumoulin au moment de la conclusion du contrat. La Cour d'appel a donc eu raison d'annuler cette clause par ce qu'elle viole l'article 1435 C.c.Q. et son annulation est de bon droit, même si la cause a par la suite été déferée par la Cour suprême du Canada à l'arbitrage.

³⁰⁹ Il peut s'agir des techniques telles que le « click-wrap », le « browse-wrap », des contrats trop longs, etc. qui peuvent être de nature à inculquer un doute dans l'esprit du cyberconsommateur; Voir : E.A. CAPRIOLI, op.cit., note 308, p. 119 suiv.

³¹⁰ Voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, op.cit., note 283, 392. Les auteurs opèrent la distinction entre l'ordre public de protection (protégeant les intérêts du particulier) et l'ordre public de direction (qui protège l'intérêt général), Cf. Vincent Karim, «La clause pénale et pouvoir de révision des tribunaux», dans *Mélanges Clause MASSE*, p.569.

³¹¹ Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs (C.A) [2005] R.J.Q.1448, précité; Voir également Chassé c. Union canadienne (L') compagnie d'assurances [1999] R.R.A. 165.

En droit français, le Code de la consommation impose que les clauses soient « présentées et rédigées de façon claire et compréhensible »; la commission des clauses abusives quant à elle, recommande l'exclusion d'un certain type de clauses dont la liste est publiée, comme nous l'avons souligné.

Cependant, il faut remarquer que nonobstant le contrôle judiciaire sur les clauses externes et les autres clauses abusives, les cybercommerçants perdurent à insérer ces clauses dans leurs publicités et offres affichées sur leurs sites³¹². Sur ces sites, les conditions essentielles³¹³ de vente par exemple, ne sont accessibles qu'à l'aide d'un numéro, en exposant à l'instar d'une note de bas de page³¹⁴, et pour y accéder, le consommateur devra donc cliquer sur l'exposant³¹⁵.

Comme on le voit, l'article 1435 C.c.Q. est plus protecteur dans les contrats de consommation ou d'adhésion en posant une présomption de nullité, puisque la clause externe est valide dans les autres contrats. Donc pour renverser cette présomption de nullité des clauses externes dans ces contrats, le marchand devra prouver « que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance »³¹⁶.

Il s'ensuit dès lors que les cybermarchands doivent utiliser moins d'hyperliens, exposer explicitement sur le site les conditions et les termes de l'objet du contrat ou encore rendre facile l'accès à ces clauses au moyen de techniques simples pour un consommateur moyen et raisonnable.

Mais en règlementant globalement les clauses abusives dont la sanction dépend de l'appréciation discrétionnaire du juge français, des problèmes de conflits de lois pourraient éventuellement s'élever lorsqu'une transaction commerciale de consommation

³¹² <http://www1.ca.dell.com/content/products/category.aspx/notebooks?c=ca&cs=cadhs1&l=fr&s=dhs#tn1> (Consultation le 12 février 2007).

³¹³ Il s'agit du prix, des frais d'expédition, information sur des possibilités d'erreur sur le prix affiché.

³¹⁴ <http://www1.ca.dell.com/content/products/category.aspx/notebooks?c=ca&cs=cadhs1&l=fr&s=dhs#tn1> (Consultation le 8 février 2007).

³¹⁵ Comme pour corriger en quelque sorte les erreurs survenues dans l'affaire qui oppose Dell à l'Union des consommateurs.

³¹⁶ Article 1435 C.c.Q. *in fine*.

comporte un élément d'extranéité ; c'est donc le droit international privé qui peut nous y aider.

Si les clauses externes sont les plus fréquemment utilisées dans les contrats de consommation passés par internet, il existe des cas où elles sont incompréhensibles et rédigées en des caractères illisibles, mettant le cyberconsommateur dans un état de confusion.

4- Les clauses illisibles ou incompréhensibles

Le contrat en ligne doit apparaître le moins effrayant possible pour le consommateur de telle sorte qu'il puisse le lire aisément et le comprendre. Un contrat affiché sur le site Web de l'offrant doit revêtir certains caractères. Il doit donc être clair, en utilisant un vocabulaire accessible à tous, en évitant des termes trop techniques, du latinisme, du vieux français, en faisant l'emploi de phrases simples et des caractères gras. Le texte du contrat doit également être concis, précis et bien structuré. Il doit être rédigé en français³¹⁷ à moins que les parties conviennent de l'usage d'une autre langue. Mais s'il est rédigé en français et dans une autre langue, l'interprétation devra se faire en faveur du consommateur en cas de conflit. Comme le précisent Serge Allard et Pauline Curien, « *On dit d'un texte qu'il est lisible lorsqu'il remplit trois conditions : on peut le lire rapidement; on le comprend facilement; on le mémorise bien* »³¹⁸. Ces caractères permettent d'éviter que le consentement du consommateur soit vicié et que celui-ci effectue un "clic" sur une icône sans trop savoir ce à quoi il s'oblige.

En effet, il a été démontré que, comme nous l'avons déjà mentionné, la capacité de lecture d'un document papier d'une personne est bien supérieure à celle qu'elle possède

³¹⁷ Art. 26 L.p.c.

³¹⁸ Serge Allard et Pauline CURIEN, « Manuel de rédaction juridique » dans Me Daniel LAFORTUNE, Recueil de textes DRT 6905- Le contrat commercial : élaboration et rédaction, Université de Montréal, automne 2005, p. 21.

sur un écran³¹⁹. Ainsi donc, pour pallier, du moins amoindrir les difficultés que rencontre le consommateur dans la compréhension des contrats sur l'Internet, le Professeur GAUTRAIS dresse une liste non limitative des "vertus" d'un contrat raisonnable que le juriste doit avoir à l'esprit lorsqu'il entreprend la rédaction d'un contrat électronique : il doit être succinct, simple, cohérent, clauses importantes en caractère gras, faire usage limité des hypertextes, etc.³²⁰

En tout état de cause, si les rédacteurs des contrats en ligne suivaient ces recommandations, le consommateur serait dans une position plus ou moins confortable, lucide et réfléchi lui permettant de bien analyser les contrats avant de s'y engager. Ainsi, « avec le développement des contrats d'adhésion, imposés au consommateur sans discussion possible, le risque est devenu réel de voir foisonner des clauses qui privilégient l'intérêt des professionnels au détriment de celui des consommateurs. De telles clauses, dites abusives, en instaurant un déséquilibre dans les relations contractuelles, créent un climat de méfiance entre les parties, nuisent à la sécurité juridique des contractants et, en définitive, au fonctionnement harmonieux de l'économie»³²¹. D'où la nécessité de leur contrôle par les juges de façon discrétionnaire et dont l'étendue des pouvoirs varie selon le système juridique considéré.

³¹⁹ Vincent GAUTRAIS, «La formation des contrats en ligne», dans *Guide juridique du commerce électronique*, D. Poulin, É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE, (dir.), Éd. Thémis, Montréal, 2003, p. 143 suiv. L'auteur précise que ce constat résulte d'une étude réalisée par Jakob Nielsen, spécialiste en communication.

³²⁰ V. GAUTRAIS, *loc.cit.*, note 319, p. 147. Selon l'auteur, « Un texte plus court, limitant le défilement; une utilisation de phrases simples; l'utilisation d'un plan; l'utilisation de puces pour bien distinguer les éléments importants; l'utilisation de caractères gras, voire de majuscules, pour mettre en exergue les points saillants; l'utilisation modérée et contrôlée des hypertextes; le bannissement de pratiques qui pourraient occasionner des doutes ou de l'inconfort auprès de l'adhérent comme le «framing», le blocage de certains sites qui ne peuvent retourner en arrière, etc. ».

³²¹ Voir le site

http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/03_publications/actualitesccrf/contrats_consom176.htm?ru=03
(Consultation le 15 février 2007).

Section 2 : Contrôle judiciaire des clauses abusives dans les contrats de consommation en ligne

Il sied de rappeler que les droits européen et français, à la différence du droit québécois, n'opèrent aucune distinction entre les catégories de clauses abusives. Pourtant cette distinction a ses répercussions sur les pouvoirs de contrôle des juges à l'égard des clauses contenues dans les contrats de consommation. Ainsi, si le juge français dispose d'un pouvoir discrétionnaire très large dans l'appréciation des clauses, son homologue québécois agit en fonction des catégories des clauses abusives.

Paragraphe 1: Pouvoirs d'intervention du juge français

En droit français, l'article 1152 du Code civil accorde au juge le pouvoir de modifier, de diminuer ou d'augmenter le montant convenu par une clause pénale et ce, lorsque celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire. En matière de consommation, l'article L.132-1, alinéa 6 du Code de la consommation stipule que « les clauses abusives sont réputées non écrites » mais le contrat restera valable³²² comme si les clauses abusives n'avaient pas existé ; mais encore faut-il qu'une clause de divisibilité figure dans le contrat.

Dans les modèles de contrat à conclure, la Commission des clauses abusives recommande aux professionnels de supprimer ces clauses abusives dans les contrats types. Mais l'absence de sanction coercitive n'incite pas les entreprises à s'y conformer et elles continuent au contraire de maintenir ces clauses dans leurs conventions. D'où la nécessité de l'intervention du juge pour y imposer l'ordre et atteindre la protection du consommateur et en particulier celle du cyberconsommateur.

Par ailleurs, le juge pourra annuler tout le contrat gravement atteint par une clause et qui viole les principes généraux du droit civil. Il en va ainsi des contrats contenant une

³²² Alinéa 8 du même article.

condition potestative³²³ (lorsque l'exécution du contrat dépend de la survenance d'un événement relevant du pouvoir de la partie forte) ou encore ceux dans lesquels le prix est fixé unilatéralement par l'une des parties³²⁴.

Mais qu'en est-il au Québec relativement au pouvoir de contrôle judiciaire?

Paragraphe 2 : Pouvoirs d'intervention variés du juge québécois sur les clauses abusives

Au Québec, comme indiqué plus haut, le nouveau Civil du Québec de 1994 en introduisant dans le droit positif une « philosophie moderne, basée sur la consécration [...] d'une moralité contractuelle nouvelle, fondée sur l'équité, la bonne foi et la répression des abus », a investi les juges de larges pouvoirs discrétionnaires de contrôle³²⁵ et partant, du contrôle des clauses abusives ou assimilables. Les pouvoirs d'interventions du juge québécois se retrouvent dans le nouveau Code civil ainsi que dans la L.p.c. et varient selon le type de clause mise en cause.

Premièrement, sur les **clauses externes** qui n'ont pas été portées à la connaissance de l'adhérent au moment de la conclusion du contrat³²⁶, le juge a le **pouvoir de les annuler**, à la demande du consommateur ou de l'adhérent. Autrement dit, le cyberconsommateur qui s'aperçoit de l'existence d'une telle clause après la formulation pourrait en demander l'annulation.

Deuxièmement, pour ce qui est des **clauses incompréhensibles ou illisibles**, le juge a le **pouvoir d'annulation** en vertu de l'article 1436 C.c.Q. qui dispose : « *Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre*

³²³ Art. 1174 Code civil français.

³²⁴ Art. 1591 Code civil.

³²⁵ J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 282, p. 32.

³²⁶ Art. 1435 C.c.Q.; L.p.c. art. 27 et 28; Voir également l'affaire Dell Computer Union des consommateurs c. Dell Computer Corporation, AZ-50214783, J.E. 2004; Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, 2005 (QCCA) 570.

préjudice, [...] » L'on comprend dès lors que la condition posée par ces dispositions du Code civil est le préjudice subi par le consommateur du fait de cette clause.

Ensuite, l'article 1437 C.c.Q. en son alinéa 1 investit le juge de **larges pouvoirs d'annulation ou de réduction de toute clause abusive** dans les contrats de consommation ou d'adhésion : *«La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible»*. Il dispose en l'espèce, d'une marge de manœuvre lui permettant, à sa discrétion, d'ajuster le contrat dès lors que la clause s'avère excessive ou tend à dénaturer le contrat.

Enfin, en ce qui concerne les **clauses pénales abusives**, au contraire, le juge n'a aucun pouvoir d'annulation ni de modification si ce n'est que celui de **réduction**³²⁷ des obligations qui en découlent. Dans tous les cas, en vertu de l'autonomie de la convention d'arbitrage, et si nous transposons ce raisonnement aux clauses abusives, cette nullité n'affectera pas le contrat principal : c'est le principe de la séparabilité, de l'autonomie ou l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Dès lors, la convention devient immunisée contre le sort du contrat principal³²⁸. D'une manière générale, les articles 17 L.p.c. et 1432 C.c.Q. favorisent l'interprétation du contrat par le juge, en faveur de l'adhérent.

Au demeurant, convenons que l'encadrement juridique des clauses abusives par les législations que nous venons d'étudier constitue une limite importante à l'autonomie des volontés des parties mal adaptée au contrat de consommation en ligne. Il constitue, parmi d'autres, une mesure de protection, ce qui fait bouillonner les juridictions et donne lieu à

³²⁷ Art. 1622 al.2 C.c.Q. Toutefois, pour la réduction de la peine, il ne suffit pas pour le débiteur (consommateur) de prouver l'exécution partielle du contrat, encore faut-il que le créancier de l'obligation en ait tiré profit. Il sied de souligner que l'article 1623 alinéa 1 dispense le créancier de prouver un préjudice pour bénéficier du montant convenu par la clause pénale. Mais cette clause n'est valable que dans les contrats synallagmatiques, à moins qu'elle soit raisonnable.

³²⁸ Voir Antonia DIMOLITSA, « Autonomie et 'Kompetenz Kompetenz' », (1998) 5 *Rev.arb.* 308; Xavier BOUCOBZA, « la clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », (1998) 3 *Rev. arb.* 494; Pierre MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », (1998) 2 *Rev.arb.* 359.

diverses interprétations. Toutefois, en raison de leur diversité de réglementation, ces clauses peuvent constituer des sources potentielles de conflits en droit international privé.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

En somme, l'objectif de cette première partie, loin d'être une analyse spécifique du droit comparé, aura été de permettre la compréhension de certains mécanismes de protection du cyberconsommateur établis par les systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois, afin d'identifier des zones de conflits de juridiction et de conflits de lois.

À cette fin, nous avons relevé qu'au niveau de la formation du contrat en ligne, le point de départ du processus contractuel qu'est la publicité, pose déjà des problèmes liés au défaut de définition précise, à la diversité de forme de publicité et à la difficulté de son identification. Ainsi par exemple, il est difficile de prouver l'intention malveillante ou la mauvaise foi de l'annonceur pour soutenir qu'une publicité est mensongère. Aussi, si la publicité comparative est admise en France, les législateurs canadiens et québécois ont observé un silence à son égard, ce qui ne signifie pas son interdiction, au contraire. Il faut néanmoins souligner que contrairement à certaines idées reçues, les sites Internet offerts gratuitement aux internautes sont financés par la publicité qui constitue une source de revenu importante pour les annonceurs. La publicité présente des avantages certains pour les cyberconsommateurs notamment, en facilitant l'accès rapide à une multitude de produits et services, ainsi que pour l'annonceur en éliminant la concurrence entre les compagnies, en permettant d'atteindre un grand nombre d'internautes, etc. Mais il arrive très souvent que la publicité soit envahissante pour l'internaute. D'où l'importance de son encadrement.

L'obligation d'informations préalables est un autre mécanisme de protection des consommateurs en amont du contrat. Son inobservation donne droit à rétractation au consommateur dans les délais de 7 ou 30 jours selon le cas ou à l'annulation du contrat, contre remboursement de toutes sommes perçues par le commerçant dans le cadre de cette transaction. Pour faciliter ce remboursement, le droit québécois a récemment

introduit un système innovant par rapport au droit français appelé ‘la retro facturation’ en remplacement du dépôt de caution³²⁹.

Aussi, au moment de la formation du contrat, d’autres problèmes peuvent se poser. Il en va ainsi de la manifestation de la volonté par un simple clic. À ce sujet, même si la jurisprudence américaine y est inconstante, nous pouvons retenir qu’un simple clic ne saurait valoir consentement; il faut donc aller au-delà de cet acte en examinant les circonstances entourant la conclusion du contrat³³⁰. De même, si des clauses unilatéralement introduites par le cybervendeur, ont substantiellement affecté et dénaturé, le contrat, les juges disposent des pouvoirs discrétionnaires et divers, selon les systèmes juridiques, pour les contrôler. Mais l’absence de sanctions coercitives entraîne souvent l’insertion répétée de ces clauses dans la plupart des contrats. Ces clauses doivent donc être lisibles, compréhensibles, faciles d’accès, portées à la connaissance du consommateur au moment de la conclusion du contrat pour lui permettre de prendre une décision libre et éclairée de conclure ou non le contrat qui lui est proposé³³¹. Quant à la signature électronique dont l’admission a fait évoluer le droit de la preuve, on note qu’à la différence du droit québécois, la législation française établit une hiérarchie entre les signatures en introduisant la notion de signature électronique qualifiée.

Cependant, les systèmes étudiés n’offrent pas les mêmes mesures de protection, ce qui pourrait laisser des zones de conflits de lois et de juridiction que les règles de conflits sont appelées à résoudre. Tel sera l’objet de la deuxième partie de notre recherche.

³²⁹ Art. 54.14 à 54.16 L.p.c. Supra., paragraphe 2, section 3, chap. partie 1.

³³⁰ Supra., Paragraphe 1 section1, chapitre2; Voir également les affaires Rudder c. Microsoft Corporation (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont); Kanitz c. Rogers Cable (2002) 58 O. R. 3rd 299; Aspender1.com. c. Paysystems Corp., 2005 IIJCan 6494 (Qc C.Q).

³³¹ Voir également les développements que nous avons faits de l’affaire Dell Computer Union des consommateurs c. Dell Computer Corporation, AZ-50214783, J.E. 2004; Dell Computer Coproration c. Union des consommateurs, 2005 (QCCA) 570.

Deuxième partie : Problématique de la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable en matière de contrats de consommation passés par Internet

« S'il faut protéger le consommateur, en général, combien plus dans les relations internationales »³³².

L'Internet apparaît comme un terrain propice au droit international privé en raison de l'internationalisation des relations commerciales qu'il favorise. Ainsi « un courrier électronique arrive immédiatement à l'autre bout de la planète et permet [aux internautes et aux cybercommerçants] de sceller rapidement un contrat...»³³³. De ces rapports peuvent surgir des conflits à l'échelle internationale et spécifiquement entre les cyberconsommateurs et les cybercommerçants.

Pour trancher ces conflits, il suffit de mettre en œuvre les règles classiques de droit international privé qui « fournissent un cadre de référence éprouvé et, pour une large part, des solutions satisfaisantes »³³⁴. C'est ainsi qu'il est apparu primordial d'élaborer des règles de conflit à vocation nationale, communautaire et internationale tendant à assurer aux cyberconsommateurs le même niveau de protection dont ils bénéficient dans le commerce traditionnel. Il en va ainsi, en Europe, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968³³⁵, du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, dit règlement «

³³² Claude LOMBOIS, Rapport français, droit international privé de la protection juridique du consommateur, Journées Henri Capitant, 1973, cité par Victor NABHAN et J.-A., TALPIS, « Le droit international privé québécois de la protection juridique du consommateur », (1973) 33, R. du B., à la page 330.

³³³ Jérôme HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », dans George CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 71.

³³⁴ Id., p.72.

³³⁵ Il s'agit de la Convention concernant la compétence judiciaires et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale disponible au <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes/brux.htm> (Consultation le 10 mars 2007).

Bruxelles I »³³⁶, de la Convention de Rome du 19 juin 1980³³⁷ et la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000³³⁸. À ces règles de conflit communautaire il faut ajouter les dispositions nationales relatives aux règles de conflits comme le Code de la consommation en France. Au Québec, les conflits de lois et de juridictions sont résolus par de nombreuses dispositions législatives notamment les articles 3117, 3148, 3149 et 3164 C.c.Q. ainsi que celles de la L.p.c.

Dans cette démarche, la détermination du tribunal compétent en matière de contrat de consommation passé par Internet pose moins de problème que celle de la loi applicable et ce, qu'il s'agisse du droit communautaire européen, du droit français que des droits canadien et québécois. Spécifiquement, le problème se pose de savoir comment mettre en œuvre les lois et conventions relatives au contrat de consommation sur Internet, étant entendu qu'elles ont été adoptées avant l'émergence du commerce par Internet. Pour ce faire, nous examinerons successivement comment déterminer, en premier lieu, le tribunal compétent à connaître du litige résultant des contrats de consommation en ligne (Chapitre 1) et en deuxième lieu, la question de la détermination de la loi applicable à ces contrats (Chapitre 2).

³³⁶ Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2003 et a remplacé la Convention de Bruxelles sans pourtant l'abroger. Cette dernière survit grâce au refus du Danemark de ratifier le règlement « Bruxelles I »; elle continue donc de s'appliquer aux parties qui résident dans ce pays.

³³⁷ Cette convention sera éventuellement remplacée aussi par la proposition de la Convention Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

³³⁸ Cette directive ne constitue véritablement pas une règle de droit international privé et ne veut pas désigner la loi applicable aux obligations contractuelles comme l'indique d'ailleurs son article 1.4 « la présente n'établit pas des règles additionnelle de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions ». Elle renvoie plutôt aux deux instruments de base que sont la Convention de Bruxelles à laquelle s'ajoute le « Règlement Bruxelles I » et à la Convention de Rome de 1980 (article 5 paragraphe 2) en voulant simplement souligner qu'elle est sans influence sur la Convention de Rome. Ainsi par exemple, on peut lire sur le considérant 55 que la directive « ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs » et que, « en conséquence », elle « ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procure les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle; pour un commentaire détaillé sur la directive sur le commerce électronique, Voir Jérôme PASSA, « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions », (2005), Comm. Com. Électr. N°5, Étude 17; disponible au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?fileSize> (Consultation le 10 mars 2007). Le droit international privé européen est donc principalement fondé sur la Convention de Bruxelles, le règlement « Bruxelles I », la Convention de Rome et le traité signé entre les États membres de l'Union européenne et les États-membres de l'AELE. Conclu à Lugano en 1988, ce traité a été singé par tous les États membres de l'Union européenne à l'exclusion de la Grèce.

Chapitre 1- Compétence internationale des tribunaux dans les contrats de consommation passés par Internet

« Internet n'a pas de frontières territoriales. Pour paraphraser Gertrude Stein, en ce qui concerne Internet, non seulement n'y a-t-il peut-être "aucun 'là' là", mais le "là" est partout où il y a un accès Internet. »³³⁹

Comme nous l'avons souligné précédemment, en droit européen, la compétence des tribunaux est déterminée par la Convention de Bruxelles et le règlement « Bruxelles I³⁴⁰ » et en droit québécois, par le livre dixième du C.c.Q. intitulé "du droit international privé". Cependant, une analyse soutenue des règles de conflits du Code civil du Québec laisse comprendre sa forte inspiration des instruments européens de droit international privé ci-dessus; ce qui du reste, aura un impact sur l'examen de ses dispositions.

Les articles 2 de la Convention de Bruxelles et 2 du Règlement Bruxelles I déterminent le critère général de compétence de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le défendeur quelle que soit sa nationalité³⁴¹. Mais sur les personnes qui sont domiciliées en dehors des États membres, la compétence est déterminée par l'article 4 du Règlement qui dispose :

- « 1. Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23.
2. Toute personne, quelle que soit sa nationalité, domiciliée sur le territoire d'un État membre, peut, comme les nationaux, y invoquer contre ce défendeur les

³³⁹ Juge Nancy GERTNER, dans l'affaire Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997), cité par M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p.1, disponible également en anglais au <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf> (Consultation le 20 mai 2007).

³⁴⁰ Ce règlement vient suppléer l'inadaptation de la Convention de Bruxelles au nouveau commerce en ligne. Ces deux textes consacrent une liberté contractuelle mais fortement limitée en ce qui concerne les contrats de consommation en ligne.

³⁴¹ Les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.

règles de compétence qui y sont en vigueur et notamment celles prévues à l'annexe I ».

En raison du fait que dans la plupart de ces États, le tribunal du domicile du défendeur est une compétence admise en droit commun, il s'en suit que cet article s'applique à ces personnes qui ont leur résidence habituelle en dehors de la communauté.

Aussi des compétences spécifiques sont prévues par les articles 5 à 7 du Règlement de Bruxelles I sur la possibilité pour une personne de comparaître devant un tribunal d'un État membre si elle est domiciliée dans un autre État membre³⁴² et en ce qui concerne la limitation de la responsabilité résultant de l'exploitation d'un navire³⁴³.

En ce qui concerne spécifiquement les contrats de consommation, les articles 15 à 17 du Règlement de Bruxelles I et les articles 3148 et 3149 C.c.Q. nous aident principalement dans la détermination du tribunal compétent. Malgré ces dispositions, la pratique a cependant donné lieu à diverses interprétations engendrant ainsi de multiples approches qu'il conviendra d'examiner.

Section 1 : Compétence spécifique des tribunaux dans les litiges de cyberconsommation en droit européen et approches française et américaine de compétence

En matière contractuelle, les articles 5, alinéa 1 de la Convention de Bruxelles et 5 al. 1 du Règlement fixent les compétences spécifiques des tribunaux par rapport au lieu où l'obligation qui sert de base a été ou doit être exécutée.

La Convention de Bruxelles s'applique en matière civile et commerciale excluant ainsi les litiges d'ordre fiscal, administratif et pénal³⁴⁴. En principe, la Convention de Bruxelles

³⁴² En matière contractuelle par exemple, ce sera devant le « tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à l'action a été ou aurait dû être exécutée »; Cf. Art. 5 et 6 du Règlement de Bruxelles.

³⁴³ Art. 7 du Règlement.

³⁴⁴ Article 1^{er} de la Convention de Bruxelles repris par l'article 1^{er} du règlement Bruxelles I. Il faut noter que cet article est également exclu du champ de compétence de ces deux instruments : la Convention de

n'est applicable que si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre sauf en cas de compétence exclusive d'une juridiction³⁴⁵ et en cas de choix des parties d'un tribunal compétent³⁴⁶. C'est justement dans ce dernier cas où la Convention a prévu une dérogation notamment en ce qui concerne la protection spécifique du consommateur : il est permis aux parties de déroger à ces principes par clause attributive de juridiction.³⁴⁷

Mais la question est de savoir si cette dérogation pourrait s'appliquer dans les rapports entre un cyberconsommateur et un cybervendeur.

Pour ce faire, il convient d'examiner le contenu des articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles combinés aux articles 15 à 17 du règlement Bruxelles I. Toutefois dans la pratique, la mise en œuvre de ces dispositions a donné lieu à diverses approches, tant en France qu'aux États-Unis, qu'il conviendra également d'examiner.

Paragraphe 1 : Contenu des règles de conflits posées par la Convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I

Adoptée depuis 1968, la Convention de Bruxelles est très tôt devenue inadaptée à l'évolution du commerce international et particulièrement à l'émergence du commerce *via* Internet vers les années 1990. Devant l'impasse, les États membres de la Communauté européenne ont récemment convenu de la remplacer par voie de règlement pour être directement applicable dans les systèmes juridiques internes : il s'agit du Règlement Bruxelles I. À côté de ces Conventions, il existe la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales (la « Convention de New York ») et de la Convention européenne sur l'arbitrage international du 21 avril 1961 conclue à Genève (la « Convention de Genève »).

³⁴⁵ Article 16 de la Convention de Bruxelles.

³⁴⁶ Article 17. Lorsqu'il y a choix des parties du tribunal compétent, l'application de la Convention est assurée dès lors que l'une des parties est domiciliée dans un État contractant et que le tribunal choisi soit dans l'un de ces pays.

³⁴⁷ Article 17 de la Convention de Bruxelles.

1- La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968

Dans le souci de protéger le cyberconsommateur au même titre que le consommateur "classique" et pour éviter que cette partie faible soit confrontée aux règles de compétence de principe³⁴⁸ aboutissant souvent à la désignation du tribunal du pays dans lequel est établi le professionnel, l'article 13 de la Convention de Bruxelles- calqué sur l'article 5 de la Convention de Rome- vient poser la base de la détermination du tribunal compétent dans les contrats impliquant les cyberconsommateurs.

Ainsi, cet article envisage non seulement la situation dans laquelle le consommateur et son cocontractant résident dans des pays membres de la Communauté mais également celle dans laquelle le consommateur réside dans un État membre alors que son cocontractant n'a qu'une succursale (non son établissement principal) dans un État membre. Dans ce dernier cas, le cocontractant du consommateur est présumé résider dans un État membre de la Communauté, et donc sujet à l'application de la Convention.

La méthode de détermination de la compétence juridiction dépend, en l'espèce, de la qualité de demandeur ou de défendeur du consommateur devant le tribunal tel qu'il appert à l'article 14 de la Convention de Bruxelles. En premier lieu, lorsque le consommateur est *en demande*, la Convention lui offre une large liberté de choix de porter son action soit devant le tribunal situé dans l'État membre de son domicile soit devant celui de l'État membre dans lequel se trouve le domicile du défendeur (le cybercommerçant)³⁴⁹. En deuxième lieu *a contrario*, lorsque le commerçant *veut intenter une action contre le*

³⁴⁸ Selon l'article 2 de la Convention de Bruxelles, le tribunal compétent est en principe, celui du domicile du défendeur. Article 2 «Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.

Les personnes qui ne possèdent pas de nationalité de l'État dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux.».

³⁴⁹ Article 14 alinéa 1 de la Convention de Bruxelles.

consommateur, il ne dispose d'autre choix que de saisir les tribunaux de l'État où ce dernier a son domicile³⁵⁰.

Dans tous les cas, et pour la mise en œuvre de ces solutions, certaines conditions devront être rencontrées :

- la conclusion du contrat devra être précédée, dans l'État du domicile du consommateur, d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que,
- le consommateur accomplisse dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat³⁵¹.

Ces conditions ne sont, en réalité, pas favorables à la protection du consommateur classique³⁵² notamment la première condition. Néanmoins, on peut admettre que dans l'hypothèse où le consommateur est en mesure de les remplir, ces conditions peuvent concourir à faire échec aux clauses attributives de juridiction souvent imposées dans les contrats de consommation puisque c'est le tribunal du domicile du consommateur qui en serait compétent. En outre, ces conditions pourraient exempter le consommateur de déboursier des frais faramineux pour la poursuite d'un défendeur à l'étranger et pour des montants litigieux très souvent faibles; ce qui constitue dans la plupart des cas, des motifs d'abandon ou de renonciation par le consommateur à son droit de poursuite³⁵³.

Cependant, dans le contexte des contrats de consommation passés par Internet, des difficultés surgissent quant à la mise en œuvre de ces hypothèses ou de ces conditions. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la première hypothèse, comment démontrer qu'un

³⁵⁰ Article 14.2 Convention de Bruxelles « L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

Ces dispositions ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section ».

³⁵¹ Art. 13. 3) de la Convention de Bruxelles (Nous avons souligné).

³⁵² Pour une analyse détaillée des articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles; Voir Hélène GAUDMET-TALLON, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, Paris, Montchrestien, 1996, p. 179-192.

³⁵³ Articles 14 et 15 Convention Bruxelles et articles 16 et 17 Règlement Bruxelles I.

annonceur, en publiant ses produits ou services sur Internet ou en les y présentant simplement, a voulu faire une proposition spéciale à des cyberconsommateurs d'un pays déterminé ou de plusieurs pays à la fois. Pour répondre à cette question, nous proposons de renvoyer les lecteurs à l'analyse que nous effectuerons sur la Convention de Rome et sur la proposition Rome I (sur la loi application aux contrats de cyberconsommation)³⁵⁴ qui reprennent pratiquement les mêmes critères et ce, pour la clarté de l'exposé. Aussi, la substitution par le Règlement d'une nouvelle condition rend moins pertinente, selon nous, une telle analyse de façon autonome et détaillée.

En ce qui concerne la seconde hypothèse relative à l'accomplissement par le consommateur, des actes nécessaires à la conclusion du contrat, comme nous le verrons plus loin, il nous semble qu'il est très difficile de déterminer sur Internet le lieu précis de l'accomplissement de ces actes; si nous faisons abstraction de la généralisation de la notion "d'actes nécessaires à la conclusion du contrat" qu'introduit la disposition³⁵⁵.

Enfin, au regard de ces difficultés de mise en œuvre des critères posés par les articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles, il est apparu impératif qu'une adaptation soit faite par l'intervention du Règlement Bruxelles I.

2- La transformation de la Convention de Bruxelles de 1968 en Règlement Bruxelles I de 2000

L'évolution de l'Internet et partant, du commerce passé par Internet combinée au besoin de plus en plus grandissant de protection du consommateur dans cette nouvelle façon de commercer rendaient désuète ou complexe l'application de la Convention de Bruxelles plus spécifiquement les conditions des articles 13 à 15.

Ainsi l'inadaptation des deux critères de la Convention de Bruxelles dans la détermination du tribunal compétent aux contrats de consommation passés par Internet a obligé la Communauté européenne à adopter des normes plus conformes aux exigences

³⁵⁴ Infra Chapitre 2 Partie 2.

³⁵⁵ Infra. Chapitre 2 Partie 2.

de l'heure par le biais du règlement Bruxelles I. Ce règlement qui reprend pour l'essentiel la Convention de Bruxelles, annonce dans son préambule son objectif d'unification des règles de conflits communautaires en matière civile et commerciale (compétence des tribunaux et reconnaissance des jugements étrangers)³⁵⁶. Le considérant n°11 du préambule³⁵⁷ et particulièrement le n°13 rappellent qu'il est opportun de protéger la partie faible, le consommateur, l'assuré ou l'adhérent « au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales ».

Outre d'intéressantes modifications de fond que relèvent certains auteurs³⁵⁸, les *modifications substantielles* qu'apporte ce règlement et qui intéressent notre recherche, concernent la simplification des critères de rattachement juridictionnel dans les contrats impliquant un cyberconsommateur. En effet, ce fût la plus grande difficulté éprouvée par les rédacteurs du règlement de se pencher sur les contrats de consommation passés par Internet. Cette difficulté de rédaction est par exemple remarquable à l'article 15,1 c) qui diffère sensiblement de l'article 13,3 de la Convention de Bruxelles.

Ainsi, le règlement envisage à l'article 15, 1 c), tous les contrats sans exception et remplace les deux conditions de l'article 13, 3 de la Convention de Bruxelles par une nouvelle condition "UNIQUE". Cette dernière tient évidemment compte de l'émergence

³⁵⁶ Le Considérant n°2 du préambule estime alors « indispensable » que des dispositions soient adoptées « permettant d'unifier les règles de conflit de juridictions en matière civile et commerciale ainsi que de simplifier les formalités en vue de la reconnaissance et de l'exécution rapide et simple des décisions ». De plus le considérant n°6 du même préambule « reconnaît que pour atteindre l'objectif de libre circulation des décisions en matière civile et commerciale qui semble être le but ultime, il est nécessaire et approprié que les règles relatives à la compétence judiciaire, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions, soient déterminées par un instrument communautaire ». Cf. Georges A. L. DROZ et Hélène GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », (2001) *Rev. crit. dip.*, p. 608.

³⁵⁷ Considérant n°11: « Les règles de compétence doivent présenter un haut degré de prévisibilité et s'articuler autour de la compétence de principe du domicile du défendeur et cette compétence doit toujours être disponible, sauf dans quelque cas bien déterminés où la matière en litige ou l'autonomie des parties justifie un autre critère de rattachement [...] ».

³⁵⁸ G. A-L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, *loc.cit.*, note 356, p. 630 suiv. On peut noter la condamnation du *forum non conveniens* par le considérant n°11 du préambule du règlement qui n'a malheureusement pas consacré un article spécifique à son exclusion.

de l'Internet en droit international privé et plus spécifiquement dans les contrats de consommation en ligne sans toutefois ignorer les contrats traditionnels³⁵⁹.

Mais en quoi consiste cette nouvelle condition résultant du règlement Bruxelles I?

Cette condition a pour ultime finalité, la protection du cyberconsommateur qui n'a été sollicité *via* Internet que dans l'État de sa résidence en vue de conclure un contrat. Ainsi donc le cyberconsommateur bénéficie de la nouvelle protection dès lors qu'il a contracté « avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel [il] a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ses activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités »³⁶⁰.

Il résulte de cette condition qu'il importe peu le comportement du consommateur de même que les actes nécessaires qu'il a accomplis en un lieu dans le but de conclure un contrat, pour y rattacher un facteur fondant la compétence du tribunal de ce lieu. Dans cette nouvelle condition, il n'est pris en compte, de façon souple, que de l'activité générale du cybercommerçant ou du prestataire. Elle privilégie plutôt les lieux ou les pays vers lesquels cette activité est dirigée. Il faut donc souligner qu'il s'agit d'une extension du champ d'application du règlement et de la prise en compte de cette nouvelle façon de faire le commerce que le législateur communautaire a voulu privilégier.

Comme le soutenait le Professeur Jérôme PASSA, il semble que la condition unique règle en grande partie, les difficultés que l'on éprouvait à déterminer le lieu d'accomplissement, par le cyberconsommateur, d'actes nécessaires à la conclusion du contrat. Il faut également noter que le nouveau texte abandonne volontiers la tâche infernale de recherche du lieu de publicité ou d'offre faite en ligne avant la conclusion du contrat.

³⁵⁹ J. PASSA, *loc.cit.*, note 338, disponible au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/PrintDoc.do?> (Consultation le 22 mars 2007).

³⁶⁰ Article 15 .1 c) du règlement Bruxelles I.

En définitive, la condition retenue pour déterminer si le commerçant a eu l'intention de viser des consommateurs résidant dans un État membre ou dans plusieurs États membres est celle « d'activités dirigées »³⁶¹ utilisée par le Règlement Bruxelles I (article 15). Dès lors, il convient de retenir que le tribunal compétent pour connaître des litiges de consommation en ligne est celui de la résidence du consommateur nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridiction et ce, à la condition que le cybercommerçant dirige ses activités vers cet État³⁶². Cependant, il est permis aux parties de déroger, par convention, à cette compétence spécifique dès lors que ces conventions sont postérieures à la survenance du litige, qui permettent au consommateur de saisir les tribunaux autres que ceux visés par le règlement. Ces conventions sont dans ces conditions valides. Elles sont également valides si elles ont été conclues par le consommateur et le commerçant, qui sont domiciliés dans un même État membre et qui ont choisi les tribunaux de cet État qui n'interdit pas ce type de clause³⁶³. C'est d'ailleurs dans la même logique que s'inscrit l'article 11.1 de la nouvelle loi québécoise modifiant la L.p.c. qui permet le compromis tout en interdisant clairement l'introduction des clauses compromissoires dans les contrats de consommation sur Internet³⁶⁴. Ainsi donc, une clause compromissoire pourrait être valide dès lors que le consommateur le confirme dans un compromis.

Mais il faut distinguer selon que le consommateur est en demande et lorsqu'il est en défense comme l'indiquent les articles 16 al 1 et 2 du Règlement Bruxelles I et 14 al. 1 et 2 de la Convention de Bruxelles, comme nous l'avons précisé plus haut.

Le problème qui se pose dans cette nouvelle condition est de savoir dans quelle mesure le cybercommerçant est considéré comme ayant dirigé ses activités vers un État ou plusieurs États déterminés. Ainsi, par exemple, peut-on déduire que le simple fait pour ce dernier d'ouvrir un site Internet accessible dans tel pays- et souvent accessible par tout dans le monde- suffit-il à rencontrer cette condition.

³⁶¹ Ces activités doivent être dirigées vers l'État membre du consommateur ou vers plusieurs pays, dont cet État est membre (article 15 du Règlement Bruxelles I).

³⁶² Art.11.1 L.p.c. précité, note 148.

³⁶³ Art. 17 du Règlement.

³⁶⁴ Art.11.1 L.p.c. précité, note 148.

À notre avis, il faut répondre par la négative comme l'ont déjà confirmé la Commission et le Conseil en précisant que «le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15; encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément pertinent»³⁶⁵. Comme on peut le constater, il faut alors une invitation à contracter qui pourrait aboutir ou non à la conclusion d'un contrat par toute forme de technologie³⁶⁶; étant entendu qu'il est possible que des effets juridiques s'attachent à certains actes même en l'absence de conclusion de contrat.

On peut enfin noter au passage qu'en permettant au consommateur (en demande) de saisir le tribunal du lieu de son domicile, l'article 16.1 du règlement crée une nouvelle compétence spéciale³⁶⁷. Cette nouvelle compétence participe de la protection du consommateur et vient assouplir les difficultés que l'on rencontrait sous les anciens critères.

Enfin, au-delà de ces deux instruments communautaires que nous venons d'analyser, il existe d'autres instruments juridiques qui participent également de la protection du consommateur qu'il convient d'évoquer brièvement.

3- L'existence d'autres conventions européennes en marge de la Convention de Bruxelles et du Règlement Bruxelles I

Parallèlement à la Convention de Bruxelles et plus tard au Règlement Bruxelles I, il existe un instrument juridique européen: la Convention de Lugano du 16 septembre 1988³⁶⁸ qui a été créée pour palier certains déséquilibres dans les échanges entre ses

³⁶⁵ G. A.-L. DROZ et H. GAUDEMET- TALLON, *loc.cit.*, note 356, p.638. (Nous avons souligné).

³⁶⁶ C'est la preuve de la prise en compte et de la consécration de la neutralité technologique.

³⁶⁷ À préciser que la nuance est que l'article 14.1 de la Convention de Bruxelles permettait au consommateur d'intenter son action devant les tribunaux de l'État et non devant celui du lieu où il avait son domicile. La compétence du tribunal est plus précise dans le règlement que dans la Convention de Bruxelles.

³⁶⁸ En marge de la CEE, était créée une Association européenne de libre-échange (AELE). Par la suite certains membres fondateurs tels le Royaume-Uni, le Danemark, le Portugal ont adhéré à la Communauté européenne. Ce qui, du coup rendait déséquilibrées les relations commerciales entre les membres de

membres et ceux de la Communauté européenne³⁶⁹. On peut également signaler l'existence d'un autre instrument intéressant à vocation internationale, dépassant les limites du droit communautaire : il s'agit de l'avant-projet de la Convention de La Haye sur la compétence et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.

En premier lieu, la Convention de Lugano reprend pour l'essentiel, les principes et valeurs dégagés par la Convention de Bruxelles et par le Règlement Bruxelles I: *protection du consommateur, son libre choix de saisir le tribunal de l'État de résidence de son cocontractant ou celui de sa propre résidence, etc.*³⁷⁰. En principe, aux termes de son article 54 ter a. 1^{er}, la Convention de Lugano « n'affecte pas l'application par les États membres de la CEE de la Convention communautaire »³⁷¹ y compris le Règlement Bruxelles I.

Par ailleurs, en utilisant l'expression « en tout état de cause », l'article 54 ter, el. 2 de la Convention de Lugano exprime sa suprématie sur la Convention communautaire et sur le

l'AELE et défavorisait les personnes résidant à l'extérieur de la Communauté qui ne pouvaient plus saisir ses tribunaux. D'où l'intérêt de créer cet espace juridique commun applicable aux membres des deux entités.

³⁶⁹ Pour une analyse détaillée de cette convention, Bernard AUDIT, Droit international privé, Paris, Économica, 2006, pp. 402 suiv.

³⁷⁰ Supra, paragraphe 1. 1) et 2).

³⁷¹ B. AUDIT, op.cit., note 369, p. 403. Le Professeur Bernard AUDIT nous en fournit une illustration de l'articulation entre le règlement et la Convention Lugano en ces termes: « Un défendeur domicilié dans un État de la Communauté relève du règlement, même s'il est ressortissant de l'AELE et même si le demandeur est domicilié dans un État membre de l'AELE. Ainsi un Suisse domicilié en Italie doit-il être assigné dans ce pays, ou peut aussi l'être dans un autre État membre de la CEE en vertu des dispositions dérogeant à la compétence des tribunaux de l'État du domicile du défendeur; le fait que, par exemple, le demandeur soit un Suisse établi en Suisse n'affecte en rien le fonctionnement du règlement communautaire. Le jugement rendu à la suite de cette procédure a effet selon le règlement dans tous les États de la Communauté ». Cependant, la coexistence entre la Convention de Lugano et le règlement de Bruxelles soulève certaines questions importantes. Comment par exemple la compétence judiciaire internationale est fixée si un État membre de l'Union européenne et un État tiers qui n'est pas signataire de la Convention de Lugano sont impliqués dans un litige? À cet égard, il faut préciser qu'au cas où le défendeur est domicilié dans un État membre de la Communauté, alors que le demandeur est domicilié en dehors de la Communauté et de l'espace de la Convention de Lugano, les juridictions des États membres fixent leur compétence judiciaire internationale sur la base des dispositions du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. En revanche, lorsque le défendeur est domicilié sur un territoire situé en dehors du champ d'application du règlement et de la Convention de Lugano, la détermination de la compétence des tribunaux est laissée à l'apanage du droit procédural interne de chaque État membre.

Règlement. Elle emporte également sur ces textes communautaires en matière de litispendance et de connexité dans l'hypothèse où des demandes sont pendantes à la fois devant les tribunaux d'un État membre de la CE et ceux d'un État de l'AELE.

Toutefois, avec l'adoption du règlement Bruxelles I remplaçant la Convention de Bruxelles, une modification de la Convention de Lugano s'impose pour tenir compte de l'évolution du commerce en ligne comme ce fût le cas de la Convention de Bruxelles.

En second lieu, au regard de ces difficultés, la Conférence de La Haye de droit international privé avait mis sur pied l'avant-projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale³⁷² pour encourager les négociations d'une Convention mondiale en la matière. Cet avant-projet de Convention de La Haye³⁷³ proposait également en son article 7 comme tribunal compétent, celui de la résidence du consommateur mais sous l'exigence de deux conditions cumulatives :

- a) la conclusion du contrat de consommation est liée aux activités du professionnel dans l'État de la résidence du consommateur ou dirigée vers cet État en particulier en sollicitant des affaires par des moyens de publicité;
- b) le consommateur a accompli des démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans l'État de sa résidence.

Comme on peut le constater, si cette disposition était au même effet que le nouveau règlement Bruxelles I quant à la première sous-condition relative à l'activité « dirigée vers », elle pourrait cependant poser le problème de la sollicitation par la publicité en empruntant les conditions de l'article 13.3 de la Convention de Bruxelles. Ce qui engendre la question d'identification d'une telle publicité aux fins de vérification de cette

³⁷² Cet intéressant texte proposé depuis dix, est toujours dans les tiroirs en raison du manque d'entente entre les États. Ce qui nous laisse perplexe sur sa faisabilité.

³⁷³ Les travaux de ce projet sont toujours en cours : le groupe de travail en charge de l'examen du premier document a rédigé un texte sur l'élection de for dont l'approbation par les États signataires fera de ce texte la base de travail. Voir pour les détails http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd10f.pdf (Consultation le 6 avril 2007).

condition³⁷⁴. En ce qui concerne l'accomplissement par le consommateur, des démarches nécessaires à la conclusion du contrat, il est bien possible que grâce à l'Internet un cyberconsommateur puisse conclure un contrat en des lieux autres que l'État de sa résidence habituelle tels qu'en haute mer ou dans l'espace. Dans ces hypothèses, dans quelle mesure pourrait-on prouver que celui-ci a accompli ces démarches dans l'État de sa résidence, si le consommateur soutient avoir conclu le contrat en ce lieu? Ces difficultés de mise en œuvre de cette condition rejoignent celles de l'article 13, 3.b) de la Convention de Bruxelles et de l'article 3117 al.1 C.c.Q.³⁷⁵.

Cependant si l'on peut se réjouir de la prise en compte de la notion « d'activité dirigé » ou de « ciblage » par cette solution, il faut regretter que celle-ci ne règle pas le problème de la détermination du degré de ciblage, comme nous le verrons ultérieurement.

Enfin, il convient de noter que si cette condition UNIQUE posée par le Règlement Bruxelles est jugée réaliste par ce qu'elle tient compte de l'évolution des contrats de consommation en ligne, elle a cependant connue différentes interprétations notamment par les tribunaux français adoptant une approche dite "Universaliste"³⁷⁶ ainsi que par les tribunaux américains.

Paragraphe 2- L'approche universaliste de compétences des tribunaux français

Dans la pratique, la détermination de la compétence des tribunaux français n'obéit pas toujours aux critères énoncés par la Convention de Bruxelles et par le Règlement Bruxelles I. Dans certains cas, ces derniers ont reconnu leurs compétences du seul fait de

³⁷⁴ Rosario DUASO CALÉS, «La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation», (2002) *Lex Electronica*, 15 disponible au <http://www.lex-electronica.org> (Consultation le 25 mars 2007).

³⁷⁵ R. DUASO CALÉS, *loc.cit.*, note 374.

³⁷⁶ Daniel Arthur LAPRES, « Affaires Yahoo! (I et II) et Al Manar : l'approche universaliste confirmée deux fois », dans *Juriscom.net*, 17 mai 2005, disponible au <http://www.juriscom.net> (Consultation le 25 mars 2007). Voir également Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHATILLON, *Le droit international de l'internet* (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 59. Cette approche tient sa désignation de l'interprétation large des compétences qu'effectuent les tribunaux français sur tout site Web accessible sur le sol français.

l'accessibilité des sites Internet à partir des ordinateurs situés dans le territoire français³⁷⁷ dès lors qu'ils diffusent des informations à caractère délictuel et ce, compte non tenu du lieu de commission de l'infraction et du lieu de la faute. C'est cette façon d'interpréter la compétence que Maître Daniel Arthur LAPRES³⁷⁸ et Madame Bénédicte FAUVARQUE-COSSON³⁷⁹ désignent approche "universaliste".

Bien que la plupart des décisions examinées ne concernent pas exclusivement la matière contractuelle, elles participent néanmoins de la protection des cyberconsommateurs dans la mesure où en leur permettant de saisir un tribunal d'une situation qui porte atteinte à leurs droits sur Internet, les lois leur assurent ainsi un éventail de protection. Et mieux, dans les cas qui nous préoccupent, elles permettent d'illustrer l'attitude des tribunaux dans l'appréciation de leur compétence à l'égard des litiges touchant Internet et constituent ainsi un point de départ à la réflexion.

Dans les affaires *Yahoo* et *Al Manar*³⁸⁰ par exemple, la détermination de la compétence juridictionnelle a été fonction du domicile du défendeur et du lieu du fait dommageable. Les tribunaux français se sont montrés universalistes pour reconnaître leur compétence quand bien même il n'y avait aucun facteur de rattachement pertinent entre la cause considérée et le tribunal saisi.

Ainsi dans l'affaire *Yahoo*, deux décisions (que certains auteurs qualifient de deux épisodes)³⁸¹ ont été successivement rendues (Yahoo! I et Yahoo! II). Dans l'affaire Yahoo! I, le TGI de Paris a rendu une ordonnance en référé (civile) en faveur des associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme³⁸² enjoignant Yahoo! Inc., une compagnie de droit américain située en Californie et son serveur également situé en ces

³⁷⁷ Cette solution est d'ailleurs envisagée par certains auteurs; Voir : B. FAUVARQUE-COSSON, *loc.cit.*, note 376, p. 59; D.-A. LAPRES, *loc.cit.*, note 376.

³⁷⁸ Maître Daniel Arthur LAPRES est avocat à la Cour d'appel de Paris, avocat et notaire en Nouvelle-Écosse, Canada.

³⁷⁹ Elle est Professeur à l'Université René DESCARTES, Paris V.

³⁸⁰ Affaires présentées par D. A. LAPRES, *loc.cit.*, note 376.

³⁸¹ D.-A. LAPRES, *loc.cit.*, note 376.

³⁸² Les demandeurs au procès, engagé en 2000, étaient spécifiquement la Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme (la LICRA) et l'Union des Étudiants Juifs de France (l'UEJF).

lieux, « d'empêcher l'accès par les internautes en France à ses pages de vente aux enchères où étaient offerts des *memorabilia nazis* ». Mais les tribunaux californiens ont refusé³⁸³ l'exécution de l'ordonnance française sur le sol américain au motif qu'elle heurtait l'ordre public américain notamment la liberté d'expression; un droit garanti par sa Constitution. Cette affaire marque une véritable contradiction entre les ordres juridiques français et américains et laisse entiers les conflits de juridiction en l'espèce. Dans l'affaire Yahoo! II, initiée par d'autres associations de même objectif³⁸⁴, le juge a reconnu sa compétence et rendu un non-lieu pour extinction de l'action publique et inexistence d'infractions : délit d'apologie de crimes de guerre contre l'humanité et autres infractions à l'encontre des prévenus, la compagnie Yahoo! Inc. et son Président Monsieur Timothy Koogle. En effet, selon le juge, la simple possibilité pour des internautes de se connecter sur le site Web des prévenus en France, est considérée comme une attitude active du marchand et fonde la compétence des tribunaux français à l'égard des faits à eux reprochés.

Au demeurant, comme le soutient Thibault VERBIEST, l'affaire Yahoo soulève la question fondamentale « de la contradiction et de la confrontation par réseau mondial interposé des valeurs jugées fondamentales par les ordres juridiques concernés »³⁸⁵. La défense des questions relevant des principes fondamentaux de l'ordre public d'un État amène souvent ses tribunaux à reconnaître leur compétence alors qu'ils s'en réserveraient face à certaines questions ordinaires.

Mais que faut-il faire pour éviter ces confrontations entre des ordres juridiques ? À cette question, certains auteurs comme Thibault VERBIEST pensent que l'une des solutions à ces difficultés pourrait se trouver dans l'acceptation par tous les États de partager les « mêmes valeurs fondamentales notamment la liberté d'expression »³⁸⁶ voire la protection du consommateur. Cependant, avec respect, il nous semble que cette solution est de loin

³⁸³ Par un "summary judgement", il faut entendre les circonstances permettant à un juge de rendre un jugement dès lors que la demande est manifestement fondée en droit et dont les faits sont incontestables.

³⁸⁴ Il s'agissait cette fois de l'Association Amicale des Déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie et du Mouvement contre le Racisme et pour l'amitié entre les Peuples (MRAP). À ceux-ci s'est joint le Consistoire Israélite de France en qualité de partie civile.

³⁸⁵ Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, p.185.

³⁸⁶ Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, n°304, p. 185.

irréaliste dans la mesure où la défense des valeurs nationales et celle de la souveraineté commande le respect par chaque État, des valeurs des autres États. Dans ces conditions, il serait très difficile, voire illusoire, de prétendre que tous les États partagent les mêmes valeurs et principes qui seraient universels. Nous soutenons alors qu'on devrait plutôt exploiter la piste d'une coopération juridique internationale renforcée ou celle d'une convention internationale en matière de protection des consommateurs.

Dans une autre affaire *Al Manar*³⁸⁷, le Conseil d'État a reconnu sa compétence et suspendu la diffusion de la chaîne de télévision Al Manar dont certains de ses programmes étaient constitutifs du racisme et de l'antisémitisme et ce, en violation de l'article 43-4 de la loi du 30 septembre 1980³⁸⁸.

Comme on peut donc le constater, il y a bien une tendance des tribunaux français à universaliser leur compétence. Cette tendance se heurte toutefois à certains obstacles ou limites qu'il sied d'évoquer. Premièrement, l'universalisation de la compétence risque de considérer tout lieu de réception d'une publicité ou « tout lieu d'où il est possible d'accéder à un site litigieux » comme une « *loci delicti* », facteur de rattachement suffisant à fonder la compétence des tribunaux français³⁸⁹. Deuxièmement, elle favoriserait l'établissement de certains annonceurs dans des « paradis informationnels », plus permissifs échappant ainsi à des lois plus sévères pour atteindre leurs buts inavoués : on encouragerait donc la fraude à la loi³⁹⁰. Enfin, troisièmement, en reprochant aux annonceurs comme dans l'affaire Yahoo, de n'avoir pas contrôlé l'accès à leur site Web en France et si nous faisons abstraction de l'affaire Yahoo !, l'universalisation des compétences risque fort de freiner l'épanouissement du commerce en ligne : les

³⁸⁷ Par son ordonnance des référés en date du 13 décembre 2004 prise sur le fondement de la loi du 30 septembre 1986. À noter au passage que la requête a été introduite par le Président du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA).

³⁸⁸ Selon le Conseil d'État, Al Manar avait violé « les principes de [la République française]; que le monde politique et les autorités religieuses ont fait part de leur émotion; que la sensibilité de la communauté juive était heurtée par le contenu des programmes d'Al Manar; que l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'exclut pas l'interdiction d'images pouvant être vécues comme une profanation par des croyants; qu'il y a, dans ces conditions, un risque d'exacerbation des tensions, notamment chez les jeunes ».

³⁸⁹ D. A. LAPRES, *loc.cit.*, note 376, p. 6.

³⁹⁰ D. A. LAPRES, *loc.cit.*, note 376, p. 7.

annonceurs vont hésiter d'afficher leurs biens ou service sur Internet au risque d'être soumis à la compétence des tribunaux de tous les États du monde où leur site Web sera accessible.

Dès lors, compte tenu des critiques objectives à cette approche française et en raison des conséquences pouvant en résulter, la question s'est ultimement posée de savoir s'il fallait envisager d'autres facteurs de rattachement plus pertinents : par exemple la « destination du message » en privilégiant plutôt les effets d'un site Internet par rapport à sa simple accessibilité dans une localité, pour reconnaître la compétence du tribunal des lieux. C'est justement dans cet ordre d'idée qu'il convient de rappeler la précision que la Cour de cassation a bien voulu donner au sens de "l'activité dirigée vers" : le simple accès à un site Internet dans un État ne suffit pas à fonder la compétence de ses tribunaux, il faut une invitation au consommateur à conclure un contrat³⁹¹. Certaines juridictions françaises ont d'ailleurs perçu ce changement de cap et ont refusé de reconnaître leur compétence contrairement à la jurisprudence dominante³⁹².

De même, à l'instar du règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000³⁹³, les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé sur les questions de compétence juridictionnelle et de loi applicable en matière de commerce électronique se sont orientés vers de nouveaux facteurs de rattachement comme nous l'avons vu. Ainsi de l'avant-projet de la Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, dans sa nouvelle version, privilégie le critère de « prévisibilité du dommage », donc celui de l'intention du professionnel³⁹⁴, critère proche de celui de

³⁹¹ Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 2003, Roeder: bull. civ. 2003.

³⁹² Dans une affaire jugée le 11 mars 2003 en matière de contrefaçon, le tribunal de grande instance de Paris a décidé qu'on ne peut conclure à la commission du délit de contrefaçon en France que si l'on prouve que l'activité du site internet mise en cause était « dirigée » vers la France.

³⁹³ Avec l'article 15.1 du Règlement, les deux conditions ont été remplacées par une seule: le consommateur bénéficie donc de la protection de son pays de résidence lorsqu'il a contracté « avec une personne (...) qui, par tout moyen, dirige ses activités vers l'État membre de résidence du consommateur ou vers plusieurs États dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ses activités. ».

³⁹⁴ Selon son article 10, le tribunal du lieu de survenance du dommage ne sera pas compétent si le débiteur établit que « la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet État ».

« destination » préconisé par le règlement Bruxelles I ainsi que par certaines organisations internationales³⁹⁵.

Avec cette nouvelle vision des choses, dans la détermination du tribunal compétence en matière de contrats de consommation en ligne, il s'agira désormais de rechercher *l'intention* du professionnel à vouloir entrer en relation commerciale avec les consommateurs de tel ou tel pays³⁹⁶ pour enfin décider si la résidence du consommateur a été « ciblée ». On évitera de se pencher sur la question de savoir si une proposition spéciale a été faite au consommateur ou non en ce lieu.

Enfin, si la tendance minoritaire est le renversement de l'approche universaliste de la compétence des tribunaux français, il est à noter que la majorité des tribunaux se montrent de plus en plus réticents à ce changement, se retranchent derrière l'argument de défense de l'ordre public pour reconnaître leur compétence sur certaines matières. De leur côté, les tribunaux américains ont rapidement dépassé cette approche "d'accessibilité" de compétence pour adopter une approche dite critère *Zippo*, plus adaptée aux réalités du commerce en ligne, même si celle-ci est actuellement en phase d'abandon.

Paragraphe 3- Approche américaine de compétence : une évolution jurisprudentielle accélérée

Les tribunaux américains furent parmi les précurseurs à se pencher sur les questions touchant la compétence en matière de transactions passées par Internet³⁹⁷; ce qui peut avoir une influence sur les décisions des tribunaux d'autres systèmes juridiques. L'approche américaine de compétence a donc subi une évolution que l'on peut résumer en trois étapes alimentées par deux tendances quant à l'interprétation du niveau

³⁹⁵ Cf. Document de réflexion de l'OMPI de novembre 1999; Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45.

³⁹⁶ Dans cette démarche, l'on prendra évidemment en compte certains faits tels la langue, la limitation de la publicité à des zones déterminées, etc.

³⁹⁷ S. LAKSHMINARAYAN, « Juridictions compétentes et internet », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruyant, 2002, p. 534.

d'interactivité du site internet³⁹⁸ : une tendance minoritaire³⁹⁹ s'appuyant sur les critères énoncés dans l'affaire *Inset* et une tendance majoritaire fondée sur le test *Zippo*. De nos jours, la jurisprudence est dans une phase d'adoption d'une nouvelle approche fondée sur l'effet des sites.

1- Première étape : la compétence fondée sur la simple accessibilité d'un site Internet dans un pays

Cette approche est identique au modèle français de compétence universaliste soutenue par une tendance minoritaire de compétence. En effet, la doctrine minoritaire fondée sur la simple accessibilité d'un site Web est illustrée par l'affaire *Inset System, Inc. V. Instruction Set, Inc*⁴⁰⁰ décidée un an avant *Zippo*. Elle s'appuie sur le critère de contact minimum⁴⁰¹ qu'un site Internet doit avoir avec un tribunal pour permettre la revendication de sa compétence. Dans cette affaire la Cour de Connecticut conclut que la publicité par *Instruction Set Inc.* «ISI», par l'intermédiaire de l'internet constitue une sollicitation à caractère réitéré et elle est suffisante pour satisfaire au critère de la compétence de *Long-arm* de la juridiction du Connecticut⁴⁰². De plus, elle estime que le critère de «minimum contact» est rempli dès lors que ISI pourrait prévoir raisonnablement la possibilité que sa publicité soit consultée par les cyberconsommateurs de Connecticut (donc en dehors de son siège) et que ISI n'a pas démontré que les principes de «*franc jeu et de justice substantielle*» rendaient peu raisonnable la compétence du tribunal. Cette affaire a été suivie par les tribunaux dans plusieurs autres cas⁴⁰³.

³⁹⁸ Natascha BETTELHEIM, « Peronal jurisdiction and the Internet: Cyber differences shed new light on existing conflits» (2006) *Journal of Internet Law*, 22.

³⁹⁹ Voir les affaires *Inset Systems, Inc. V. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161.

⁴⁰⁰ *Inset Systems, Inc. V. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp.161.

⁴⁰¹ Ce critère a été établi par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *World-Wide Volkswagen Corp. C. Woodson*, 444 US. 286 (1980), cité par M. GEIST, loc.cit., note 173, p.19. Ce critère signifie qu'un tribunal devient compétent dès l'instant que le site Web incriminé est accessible dans sa circonscription. L'annonceur est censé savoir que son annonce serait accessible en ce lieu par le biais de l'Internet.

⁴⁰² Pour le tribunal, le simple fait pour ISI d'annoncer ses marchandises et services sur Internet Massachusetts (sa place d'affaires) et dont le site Internet est accessible à travers le monde y compris Connecticut permet de rencontrer le critère de compétence *long-arm*.

⁴⁰³ Par exemple, l'affaire *TELCO Communications v. An Apple a Day*, 977 F. Supp. 404. Dans cette affaire, TELCO Communication, une compagnie basée en Virginie spécialisée dans la vente de services téléphoniques en Virginie et Missouri a poursuivi pour diffamation, la Compagnie An Apple a Day, basée à Missouri spécialisée elle la vente de l'électronique au grand public. Cette action est fondée sur le caractère diffamatoire des communiqués de presse publiés à Missouri par les dirigeants du défendeur à l'attention de

Dans une autre affaire dite *Plaboy*⁴⁰⁴ relative à la détermination de *locus delicti*, il était question d'une contrefaçon touchant les systèmes juridiques américain et italien. En l'espèce, la création d'un site Internet en Italie et qui était accessible par les consommateurs américains a été jugée susceptible de créer une confusion de marques de commerce. Selon la Cour suprême des États-Unis, une personne (physique ou morale) peut être soumise à la compétence *long-arm*⁴⁰⁵ d'un tribunal dès lors qu'il est établi qu'elle a « des contacts minimum avec [ce tribunal] de telle manière que la tenue du procès ne porte pas atteinte aux notions classiques de *fair-play* et de justice fondamentale »⁴⁰⁶. Par « *minimum contact* », il faut donc entendre la « présence »⁴⁰⁷ ou l'accessibilité d'un site Web dans la juridiction ou encore l'existence de situations qui permettent la constatation d'un contact si minime soit-il du site Internet avec le tribunal. Ici encore s'appliquent les critiques que nous avons formulées à l'encontre de l'approche française de compétence⁴⁰⁸.

Cette façon d'apprécier la compétence des tribunaux américains en matière de commerce en ligne a été très vite dépassée avec l'apparition de la notion de « site passif » dans la

leurs clients. Le tribunal estime que le défendeur savait que ses communiqués auraient des répercussions en dehors de Missouri; le tribunal de Virginie est donc compétent pour connaître de l'action et ce, en vertu du principe de la compétence *Long-arm*.

⁴⁰⁴ *Playboy Entreprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc.*, (1996 WL 396128, SDNY, 1996). Dans cette affaire, Playboye Entreprise, qui était demanderesse, est une société de droit américain qui publiait la célèbre revue Plaboy propriétaire de la marque homonyme. En 1981, elle a obtenu d'un juge américain une injonction contre l'entreprise italienne Tattilo et contre l'éditeur américain de cette dernière, Chuckleberry Publishing interdisant la publication aux États-Unis l'édition anglaise de la revue italienne de Tattilo, *Playmen*. Pour le demandeur, il y aurait risque et possible confusion chez les consommateurs entre les noms commerciaux « Playboy » et « Playmen ». Par la suite, en 1995, l'entreprise Tattilo a mis sur place son site Internet www.playmen.it et mis à la disposition des consommateurs de tout le monde entier ; ceux-ci pouvant y faire des transactions commerciales notamment en commandant la revue Playmen. Playboy demanda à nouveau au juge américain de déclarer contraire à l'injonction de 1981, la création du site Internet de Playmen; et le juge y accéda en se limitant à interdire la publication aux USA et non en Italie. Pour Playmen, une création d'un site n'est pas constitutive d'acte de commerce.

⁴⁰⁵ Cette expression signifie la compétence d'un tribunal à l'égard d'un non résident.

⁴⁰⁶ S. LAKSHMINARAYAN, *loc.cit.*, note 397, p. 535.

⁴⁰⁷ Cette notion de présence a reçu une large interprétation. La Cour suprême des États-Unis estimait qu'un site internet situé à l'étranger mais entretenu et accessible aux États-Unis suffisait à revendiquer la compétence des tribunaux américains. C'est dire qu'il suffit que les internautes aient accès à un site Web dans un État et qu'il y ait minimum d'entretien de ce site même si le serveur est hébergé à l'étranger pour que les tribunaux de ce pays soient compétents. Cette façon de raisonner est qualifiée de « test du lieu de téléchargement ».

⁴⁰⁸ *Supra*, paragraphe 2 de la présente section.

jurisprudence américaine impliquant ainsi une nouvelle approche qui préconise des critères plus stricts : c'est la tendance majoritaire de l'approche *Zippo*.

2- Deuxième étape : l'émergence de la notion de « site passif » dans la jurisprudence américaine

La notion de « site passif » signifie que « le seul contact avec l'État du tribunal soit constitué par la simple accessibilité du site lui-même, liée avec la possibilité de connaître le contenu, sans toute fois qu'il y ait une quelconque interaction de l'utilisateur avec le provider, par exemple à travers l'offre concrète de produits ou de service »⁴⁰⁹. Ainsi, le critère de site passif ou actif va constituer le fondement de la compétence des tribunaux avec le revirement jurisprudence enclenché depuis l'affaire *Bensusan* jusqu'à l'affaire *Zippo*, même si l'approche préconisée dans cette dernière affaire finira par céder le pas à une nouvelle approche.

a)- Fondement et apogée de l'approche Zippo

Au critère de simple accessibilité s'est substituée une approche fondée sur la distinction entre un « site actif » et « un site passif » ou inactif que l'on qualifie de critère *Zippo* qui tient son nom de cette célèbre affaire *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*⁴¹⁰.

L'approche *Zippo* trouve son origine dans l'affaire *Bensusan Restaurant Corporation*⁴¹¹ qui a été confirmé en 1997. Dans cette affaire fondée sur une action en contrefaçon de marque de commerce et de dilution, Monsieur Bensusan exploitant d'une boîte de nuit appelée « The Blue Note », située à New York poursuit Monsieur Richard King, exploitant d'une boîte de nuit également appelée « The Blue Note » située à Columbia, au Missouri. Son action était fondée sur la mise en place par Monsieur King, d'un site Web qui faisait la promotion de sa boîte de nuit en présentant les programmes des événements

⁴⁰⁹ U. DRAETTA, *loc.cit.*, note 210, p. 212.

⁴¹⁰ *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

⁴¹¹ *Bensusan Restaurant Corporation c. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), confirmé par 126 F. 3d. 25 (2nd Cir. 1997).

ainsi que des renseignements concernant les billets d'entrée. Il faut noter que les deux exploitants connaissaient l'existence des deux boîtes de nuit⁴¹².

Le tribunal était donc saisi d'une question de compétence personnelle à l'égard d'une infraction de contrefaçon d'une marque de commerce commise sur Internet. Mais à la différence de l'approche préconisée par les juges depuis l'affaire *Inset*, le juge a plutôt décidé que le site Web de Monsieur king était passif car aucun consommateur ne pouvait commander des billets en ligne; sauf à se déplacer ou à commander son billet par téléphone. Ainsi, en raison du degré de passivité du site Web, le tribunal fédéral de New York conclut en l'absence du délit de contrefaçon à l'encontre du prévenu en s'exprimant comme suit : [Traduction]

*« Le simple fait qu'une personne puisse obtenir de l'information au sujet du produit prétendument contrefait ne saurait être assimilé à une personne qui fait de la publicité, de la promotion, de la vente ou quelque autre effort pour diriger son produit sur l'État de New York. »*⁴¹³

Cette affaire marque un tournant décisif dans l'analyse juridique des activités sur internet : les juges se fondent plutôt sur le caractère passif ou actif du site Web pour décider de leur compétence. L'affaire *Bensusan* pose les bases d'un nouveau courant, qui sera effectivement consacré par l'affaire *Zippo* à partir de laquelle les tribunaux vont s'apercevoir de la variété des activités sur Internet pour enfin abonner des raisonnements fondés sur l'analogie.

Les faits de l'affaire *Zippo* sont les suivants. *Zippo Manufacturing*, une société basée en Pennsylvanie, était fabricant de la marque bien connue de briquets « *Zippo* ». *Zippo Dot Com* est une société basée en Californie, exploitant une entreprise d'information sur Internet, utilisait le nom de domaine « *Zippo.com* » pour ses abonnés et proposait trois catégories d'abonnements : gratuit, « original » et « super ». Les abonnés qui optaient pour les deux dernières catégories devaient remplir un formulaire de demande en ligne et

⁴¹² Ceci est confirmé par la note qu'affichait par exemple Monsieur sur son site : [Traduction] « le site Web du Blue Note ne devrait pas être confondu avec une des meilleures boîtes de jazz au monde, le Blue Note, situé au cœur de Greenwich Village à New York. Si jamais vous passez par là, rendez leur visite ». Cf. M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p.23.

⁴¹³ *Inset System*, précité, note 400.

fournir leur numéro de carte de crédit par Internet ou par téléphone. Le seul lien que Dot Com avait avec la Pennsylvanie était presque exclusivement par l'Internet : la société n'avait ni bureau ni employé ou représentant dans l'État de Pennsylvanie.

Sur cette action, le tribunal, en se fondant sur l'affaire *Bensusan*, a conclu que : [Traduction] « la probabilité que la compétence personnelle puisse être exercée en conformité avec la constitution est *directement proportionnelle à la nature et à la qualité des activités commerciales qu'une entité mène sur Internet*. [...], la compétence dépend [donc] de l'examen du degré d'interactivité et de la nature commerciale de l'échange d'information réalisé sur le site Web. »⁴¹⁴

Concrètement, l'affaire *Zippo* établit un principe conducteur devant guider la détermination de la compétence sur internet « *The likelihood that personal jurisdiction can be constitutionally exercised is directly proportionate to the nature and quality of commercial activity that an entity conducts over the internet* »⁴¹⁵. Selon donc cette approche élaborée en 1997, pour réclamer sa compétence, le tribunal doit examiner objectivement le caractère actif ou passif du site Internet en tenant compte de la grande variété des activités qui y sont exercées.

L'examen de cette approche se situe sur une sorte « d'échelle ». À une extrémité se situent des sites Internet « passifs » qui n'ont qu'un caractère informationnel et n'ont que peu ou pas de possibilités d'interaction. À l'égard de ces sites Web, les tribunaux estiment ne pas exercer leur compétence personnelle car les annonceurs publicitaires n'ont pas prévu de se soumettre raisonnablement à la compétence des tribunaux sur le territoire duquel ils n'ont dirigé ou accompli aucune activité⁴¹⁶. Au sommet de l'échelle ou du spectre, se trouvent des sites actifs ou interactifs avec « fonctions intégrales de commerce électronique » de telle enseigne que l'on peut facilement les assimiler à de véritables

⁴¹⁴ 952 F. Supp., p. 1124; Voir également M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p.26.

⁴¹⁵ (Les italiques sont de nous). L'exercice constitutionnel de la compétence personnelle est fonction de la qualité et de la nature commerciale ou non de l'activité dirigée vers cet État via internet.

⁴¹⁶ Cf. Affaire *Cybersell v. Cybersell*, 130 F.3d 414.

magasins dans le monde réel⁴¹⁷. Lorsque l'ensemble des circonstances permet d'établir une intention avouée de l'annonceur ou l'offrant de faire affaire ou encore d'établir qu'il pourrait raisonnablement prévoir les conséquences de son acte dans un ou plusieurs pays, les tribunaux pourraient conclure que l'annonceur s'attendait à se soumettre à la compétence des tribunaux de ces États. Autrement dit, le tribunal démontrera que le professionnel a dirigé ses activités vers un ou plusieurs État (ciblage)⁴¹⁸ et qu'il y a fait affaire. Entre les deux pôles extrêmes, se trouvent des sites Web interactifs qui permettent aux internautes d'échanger de l'information avec l'ordinateur hôte. En ces espèces, « la compétence dépend de l'examen du degré d'interactivité et de la nature commerciale de l'échange d'information réalisé sur le site Web »⁴¹⁹.

Cette approche américaine est bien résumée par un auteur en trois points : 1) il est quasiment certain que la compétence s'exerce lorsque le défendeur est engagé dans des affaires actives sur Internet ; 2) la compétence est possible lorsqu'il y a échange d'informations entre ordinateurs, et lorsque le site Web est interactif et enfin 3) il est peu probable que la compétence s'exerce lorsque le site Web est passif et se limite essentiellement à la fourniture de l'information⁴²⁰.

Il résulte de cette formulation que la compétence du tribunal dépend de la qualification du site Internet d'actif ou de passif que fera le juge en tenant compte de plusieurs facteurs. Cette qualification est cependant loin d'être évidente au regard de la complexité du système de l'internet et la rapidité avec laquelle cette technologie évolue. Conscient de cette complexité, l'American Bar Association⁴²¹ a initié un ambitieux projet tendant à saisir les expériences des différents systèmes juridiques en vue de constituer une base de donnée de l'état de droit actuel, de créer un lieu de collaboration entre juristes du

⁴¹⁷ Michael GEIST, « Compétence et Internet : changement d'approche juridictionnelle », (Printemps 2002) 3. 1, disponible au http://www.isuma.net/v03n01/geist/geist_f.shtml (Consultation le 2 août 2007).

⁴¹⁸ Il faut noter qu'à la différence de la proposition de disposition d'uniformisation au Canada, il n'existe pas de présomption de « ciblage ».

⁴¹⁹ *Supra*, note 417.

⁴²⁰ Richard GARNETT, « Are Foreign Internet Infringers Beyond the Reach of the Law? ». (Les délinquants sur l'Internet sont-ils hors de portée de la loi?), *University of NSW Law Journal* 23 (1), 2000 105-126; cité par S. LAKSHMINARAYAN, *loc.cit.*, note 397, p. 535.

⁴²¹ <http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives> (Consultation le 20 avril 2007).

commerce en ligne et de proposer des éléments pertinents pour des législations à vocation nationale et internationale.

L'affaire *Zippo* a donc atteint son apogée au cours des années qui l'ont suivie en raison du fait qu'elle ait été approuvée par de nombreuses décisions américaines⁴²². Aussi, en se fondant sur les principes qui y ont été dégagés, un juge a refusé de connaître sa compétence en estimant que le défendeur n'avait pas de contact suffisant (pas de rattachement étroit) avec ce tribunal pour permettre la réclamation de sa compétence⁴²³.

Cependant, bien que l'approche *Zippo* n'ait pas été retenue par le règlement 44/2001/CE sur la compétence juridictionnelle, comme on peut le déduire de son article 5. 3, elle permet néanmoins de sanctionner certains comportements jugés illégaux sur Internet dès lors que son test (test *Zippo*) établit un contact entre l'acte et le tribunal⁴²⁴.

Le test *Zippo* a rarement été suivi par les tribunaux canadiens. On peut citer notamment l'affaire *Braintech Inc. v. Kostiuk*⁴²⁵ dans laquelle, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, pour la première fois, refusé de reconnaître un jugement rendu par un tribunal de Texas au motif que ce dernier n'était pas compétent pour connaître de l'infraction de diffamation contre le site de bavardage qui n'était que passif au Texas.

Malgré sa percée aux États-Unis, l'approche *Zippo* a montré ses limites par son inaptitude à être mise en œuvre, ce qui obligera les tribunaux à se tourner vers une autre approche.

⁴²² On peut citer entre autres *Cybersell, Inc. c. Cybersell, Inc.*, 130 F. 3d. 414 (9th Cir. 1997); *Mink c. AAAA Development LLC*, 190 F.3d 333 (5th Cir. (Tex.), 1999); *GTE New Media Services Incorporated c. Ameritech Corporation, et al.* 44 F.Supp.2d 313 (D.D.C., 1999); *Desktop Technologies, Inc. c. Colorworks Reproduction & Design, Inc.* 1999 WL 98572 (E.D. Pa., 1999).

⁴²³ *Cybersell v. Cybersell*, 130 F.3d 414. Le tribunal a ainsi conclu que puis que Cybersell AZ n'a pas fait de vente, n'a effectué aucun appel téléphonique, ni réalisé de revenu, elle n'a non plus envoyé de message dans le territoire de Cybersell AZ ni elle, il n'y a pas de compétence personnelle du tribunal à l'égard de cette affaire.

⁴²⁴ U. DRAETTA, *loc.cit.*, note 210, p 213.

⁴²⁵ *Braintech, Inc. v. Kostiuk*, 1999 ACWSJ LEXIS 1924 (Cour d'appel de la C.-B., 1999).

b)- Limites de l'approche Zippo

Si l'approche *Zippo* a eu le mérite d'être plus ou moins suivie⁴²⁶ par certains systèmes juridiques, elle a toutefois montré ses limites par ses lacunes en fin 1999. À cet égard, le Professeur Michael GEIST souligne qu'une analyse approfondie de la jurisprudence atteste l'abandon du test de *Zippo* par la plupart des tribunaux en 2001 qui ont préféré se tourner vers d'autres critères⁴²⁷. Les raisons de ce revirement jurisprudentiel sont dues aux différentes critiques formulées par la doctrine à l'encontre de cette théorie d'une part, et aux difficultés de sa mise en œuvre par les tribunaux, d'autre part. Le Professeur GEIST appelle à la barre le critère *Zippo* et le confond à ses propres lacunes par d'importantes critiques. Selon lui le test *Zippo* est d'abord « tout simplement inapproprié » dans certaines situations telles qu'en matière de diffamation ou de harcèlement verbal dans lesquelles, il est difficile de déterminer le lieu ou l'emplacement de l'auteur des paroles affichées (qui ne sont que passives) et l'État des destinataires visés. L'application stricte de ce test serait donc selon lui, de nature à encourager des paroles diffamatoires sur Internet. Avec le test *Zippo*, on reconnaît la compétence des tribunaux sur la base de la qualification des sites Internet d'actif ou de passif sans distinguer un potentiel de vente, des ventes réelles d'un site Web. Cette méthode est de nature à décourager la création de sites interactifs et, partant, empêcher l'émergence du commerce en ligne ; contrariant ainsi les politiques d'encouragement de ce type de commerce, prônées par les États⁴²⁸ et par certaines organisations internationales⁴²⁹. Son deuxième reproche est que le critère *Zippo* laisse certains sites Internet dans une "zone grise" parce qu'ils sont dénués de tout caractère passif ou actif; ce qui pourrait mettre les experts dans l'incapacité d'éclairer la religion du juge dans l'établissement de leurs conclusions sur la qualification des sites Web. Il soutient également que la distinction site

⁴²⁶ On peut également consulter l'affaire *Cybersell v. Cybersell*, 130 F.3d 414.

⁴²⁷ M. GEIST, *loc.cit.*, note 417, p.3.

⁴²⁸ Le commerce électronique au Canada-Politiques en commerce électronique, Industrie Canada-Groupe de travail sur le commerce électronique disponible au <http://www.ecom.ic.gc.ca/francais/strat/index.html> (Consultation le 30 avril 2007).

⁴²⁹ Une déclaration de l'OMC en date du 20 mai 1998 a été adoptée donnant mandat à un groupe de travail ayant pour mission de se pencher sur les questions essentielles touchant le commerce passé par Internet; Voir http://www.wto.int/french/thewto_f/minist_f/min03_f/brief_f/brief15_f.htm (Consultation le 30 avril 2007).

passif-actif est largement dépassée par le temps : le critère ayant été fixé en 1997 subit nécessairement l'évolution des qualifications.

Toutefois, selon nous, avec respect, nous estimons que les tribunaux (avec les règles de conflit notamment) et les experts, sont mieux outillés pour s'adapter à l'évolution de la technologie; le droit suivant l'évolution de la société, dit-on. La détermination du critère de compétence ne serait donc pas l'apanage des seuls acteurs de l'Internet à l'exclusion des tribunaux au risque que Internet devienne effectivement "un monde du non droit" comme l'affirment certaines idées reçues.

3- Troisième étape : Vers une nouvelle approche de compétence

En raison de ces lacunes, les tribunaux américains se sont alors tournés vers une nouvelle approche de compétence fondée plutôt sur *les effets réels du site Internet* dans un État et non sur son caractère commercial ou non. C'est ce que la Cour suprême des États-Unis a établi, en tout cas, dans l'affaire *Calder c. Jones* en matière quasi-délictuelle⁴³⁰. Selon la Haute juridiction américaine, les critères qui fondent la compétence personnelle d'un prévenu sont rencontrés dès lors que : a) les actes délictuels intentionnels du prévenu b) visant expressément l'État de juridiction compétente c) causent du tort au demandeur dans l'État de juridiction compétent, alors que le prévenu n'ignore pas qu'il risque de le subir.⁴³¹. La nouvelle théorie des effets du site Internet a été suivie par plusieurs autres décisions⁴³² mais refusée dans d'autres⁴³³. Il faut noter que l'évocation de ces affaires (qui relèvent de la matière quasi-délictuelle) a pour objectif de démontrer l'utilité de cette approche pour servir comme base de réflexion dans l'analyse de la compétence en matière de contrat de consommation en ligne.

⁴³⁰ 465 N.J. 38 (N.J.2000). Dans cette affaire, une action pour atteinte à la réputation a été intentée par une artiste californienne contre un éditeur de la Floride devant le tribunal de district californien. Le tribunal a jugé que les effets de l'acte du prévenu, bien que commis en Floride ont été ressentis par la victime en Californie où il réside, travaille, exerce son activité professionnelle et où sa réputation a été atteinte. Dès lors le prévenu a expressément visé cette résidente de la Californie.

⁴³¹ M. GEIST, *loc.cit.*, note 417. (Nous avons souligné).

⁴³² *Blakey c. Contiental Airlines, Inc.* 164 N.J. 38 (N.J. 2000).

⁴³³ *People Solutions, Inc. C. People Solutions, Inc.* 2000 WL 1030619 (N.D.Tex., 2000).

En somme, qu'il s'agisse de l'approche *Zippo* ou de celle de l'effet des sites Internet, il existe toujours des lacunes dans leur mise en œuvre. Le Professeur GOLDSTEIN a perçu, 13 ans plus tôt, le danger de telles approches avant d'être suivi plus tard par le Professeur GEIST, lesquels proposent une nouvelle approche fondée sur le « ciblage ». Selon ces auteurs, il s'agira de « déterminer les intentions des parties et d'évaluer les mesures prises pour pénétrer dans une zone de compétence donnée ou, au contraire, l'éviter »⁴³⁴. Monsieur GEIST précise que ce nouveau test se ferait en deux temps : le choix du ciblage et la détermination des critères d'évaluation du ciblage. Les critères doivent être neutres du point de vue technologique et par rapport aux individus (sans parti pris); ils doivent être prévisibles. Cette prévisibilité dépendant de trois facteurs : les contrats, la technologie et le savoir réel ou implicite⁴³⁵.

Mais dans le domaine de conflit de juridiction comme dans celui de conflit de lois, le Professeur Gérald GOLDSTEIN nous enseigne que « la *prévisibilité* est en perte de vitesse », car il faut comparer, à l'occasion d'un litige, les clauses du contrat et la protection offerte par les règles de conflits, pour savoir la meilleure protection du consommateur⁴³⁶. Selon l'auteur, la prévisibilité et la certitude n'ont pas la même signification pour le commerçant et pour le consommateur. Pour le premier, en insérant dans le contrat, des clauses de choix de la loi applicable, des clauses de juridiction et d'autres clauses avantageuses, il s'assure d'une *sécurité juridique*, en toute bonne foi. Il sait donc d'avance la loi applicable et le tribunal compétent dans leur relation contractuelle. Au-delà de cette sécurité, le commerçant ne sera pas surpris de l'application de la loi plus protectrice du consommateur par le jeu de rattachement objectif pour le maintien d'un juste équilibre contractuel⁴³⁷. Pour le consommateur, la prévisibilité se

⁴³⁴ Gérald GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le code civil du Québec », dans *Développement récents en droit de la consommation. Service de la formation permanente Barreau du Québec*, (1994), Cowansville, Yvon Blais, 1994, 143-229; M. GEIST, *loc.cit.*, note 417.

⁴³⁵ Il s'agit des clauses de choix de juridiction compétente contenues dans « les conditions d'utilisation des sites Web ou dans les contrats au clic », des technologies utilisées pour identifier un lieu géographique et l'ensemble des facteurs qui concourent à la connaissance du ciblage du lieu géographique des victimes des délits, l'exécution des commandes hors-ligne, etc. Cf. M. GEIST, *loc.cit.*, note 417.

⁴³⁶ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 218; Gérald GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé, T. II. Règles spécifiques*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p.621-622.

⁴³⁷ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.622.

traduirait par sa croyance en l'application de sa loi de résidence habituelle, à condition qu'il rencontre certaines conditions.

Enfin, l'examen de ces différentes conceptions de la compétence nous aide à comprendre pourquoi l'approche canadienne et québécoise de compétence juridictionnelle sur Internet a subi autant d'évolution et notamment en matière de contrat de consommation.

Section 2- Règles de conflits de compétence en droits canadien et québécois en matière de contrat de consommation

En droit québécois, la détermination de la compétence internationale des tribunaux est réglée par les articles 3148 et 3149 C.c.Q. En pratique, les tribunaux canadiens et québécois ont, à l'occasion, fait appel à l'approche *Zippo* mais l'on a surtout constaté une évolution jurisprudentielle considérable dans la détermination de leur compétence, à l'instar des tribunaux américains en adoptant également l'approche fondée sur l'effet réel d'un site Internet.

Paragraphe 1- Évolution jurisprudentielle en droit canadien

Comme nous l'avons souligné précédemment, l'approche de la compétence des tribunaux américains a exercé une influence sur les autres systèmes juridiques mais de façon partielle au Canada. Ainsi, les tribunaux canadiens ont d'abord commencé par reconnaître leur compétence sur des activités exercées en dehors de leur territoire suivant le principe américain de compétence *long-arm* ainsi qu'il ressort de l'affaire *Earth Future Lottery*⁴³⁸. Dans cette affaire, la Cour se déclare compétente pour se prononcer sur la validité ou non des activités accomplies en dehors des lieux de localisation de l'organisme et soutient

⁴³⁸ [2002] P.E.I.J. No. 34. La Lieutenant Gouverneur avait autorisé The Earth Fund/ Fond Pour La Terre, un organisme canadien à but non lucratif, à organiser, par Internet et par tout moyen de communication, de la loterie sur le territoire de son lieu d'établissement, la province Prince Édouard. Mais l'organisme a plutôt organisé toutes les activités liées à l'organisation de cette loterie et vendu par son site Internet plusieurs tickets à travers le monde, donc en dehors de la limite de son lieu d'établissement.

que, « organiser dans le territoire » est différent de, « organiser à partir du territoire »⁴³⁹. Ainsi la Cour suprême de l'Île du Prince Édouard a conclu que l'organisme n'était pas autorisé à exercer ses activités en dehors de la province par le biais de l'internet conformément à l'article 207 du Code criminel et a reconnu sa compétence pour se prononcer sur ces activités. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada⁴⁴⁰.

Bien avant cette affaire, les tribunaux canadiens ont à l'occasion, fait appel au critère *Zippo*. Il en est ainsi de l'affaire *Braintech Inc. v. Kostiuk*⁴⁴¹ dans laquelle, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été saisie pour la première fois au Canada en matière de compétence sur Internet. Cette affaire concernait une action en diffamation portant sur des messages publiés par un résident de la Colombie-Britannique sur un site Web de discussion. La Cour a refusé d'autoriser l'exécution, en Colombie-Britannique, du jugement rendu par un tribunal de Texas en faveur de la compagnie *Braintech*, une société de droit de la Colombie-Britannique (pour environ 400 000 \$ de dommages-intérêts). En vérifiant les motifs qui auraient justifié la compétence du tribunal de Texas, la Cour d'appel, s'appuyant sur le critère *Zippo*, a estimé que le tribunal de Texas n'était pas compétent puisque les messages affichés sur le site Web incriminé n'étaient que passifs. Cette décision a ensuite été entérinée par la Cour suprême du Canada en rejetant l'autorisation d'interjeter appel déposée par *Braintech*⁴⁴².

Finalement, l'approche *Zippo* a été délaissée au profit d'une approche fondée sur le ciblage⁴⁴³.

⁴³⁹ Elle a donc estimé que l'activité était contraire aux dispositions du Code criminel du Canada notamment l'article 207 (1) (b) en s'exprimant comme suit :

« In my view the above stated plan to "conduct" the lottery in the global market would render the scheme ineligible for licensing under s-s. 207 (1) (b). It is obvious from the foregoing references that the intention is to conduct a lottery in the worldwide market from headquarters and through infrastructure based in Prince Edward Island. However, conducting a lottery "from" Prince Edward Island is not the same as conducting it "in" Prince Edward Island. »

⁴⁴⁰ Renvoi relatif à la *Earth Future Lottery*, [2003] 1 R.C.S. 123, 2003 CSC 10.

⁴⁴¹ *Braintech Inc. v. Kostiuk*, précité, note 425.

⁴⁴² W.W.R. 133 (C.A. de C.-B.) [Rejet, non motivé de la demande d'autorisation de pourvoi en Cour suprême du Canada]; <http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1e5> (Consultation le 10 août 2007).

⁴⁴³ M.GEIST, *loc.cit.*, note 417.

Au Québec, l'approche de compétence est essentiellement fondée sur les critères posés par les règles de conflits notamment les articles 3148 et 3149 C.c.Q., inspirés des règles de conflits de la Communauté européenne. Ainsi, dans l'affaire Dell⁴⁴⁴ que nous avons déjà évoquée précédemment, au nombre des questions soulevées, figurent la compétence du tribunal du lieu de conclusion du contrat (Québec) ou de l'arbitre et la validité de la clause compromissoire dans le contrat de consommation en ligne. Dans cette affaire, la Cour supérieure a reconnu sa compétence à connaître de la requête en autorisation du recours collectif des clients de Dell au seul motif que l'arbitrage se tiendrait à l'extérieur du Québec. Pourtant la compagnie Dell ne contestait pas avoir conclu un contrat de consommation au Québec avec un consommateur en vertu de la L.p.c. ; ce qui justifiait, selon la Cour, l'application de l'article 3149 C.c.Q. Dell a pourtant soulevé l'incompétence de la Cour supérieure au motif que le consommateur Dumoulin a valablement accepté la clause d'arbitrage de façon libre et éclairée⁴⁴⁵. Cet argument introduisait les questions de *l'arbitrabilité des litiges de la consommation au Québec et de la validité ou de l'effet de la clause compromissoire sur la compétence des tribunaux québécois*. Mais en défense et au soutien de sa requête, l'Union des consommateurs a soutenu au contraire que, «*la clause d'arbitrage contreviendrait aux dispositions de la Loi [L.p.c.] et du Code civil du Québec et ne [pouvait] lui être opposée*». La Cour d'appel a déclaré inopposable la clause compromissoire de Dell parce qu'elle est externe et n'est accessible que par référence et que cette clause n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur au moment de la conclusion du contrat selon les exigences de l'article 1435 C.c.Q.

Cependant, le 13 juillet 2007, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt⁴⁴⁶ d'importance capitale sur cette affaire, en rejetant la requête en autorisation du recours collectif, infirmant la décision de la Cour d'appel et renvoyant ainsi la cause de Dell à l'arbitrage. C'est un véritable revirement jurisprudentielle dans la mesure où la Cour d'appel invalidait cette clause compromissoire parce qu'abusive. Ainsi, la Haute

⁴⁴⁴ Union des consommateurs c. Dell Computer Corporation, AZ-50214783, J.E. 2004; Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, 2005 (QCCA) 570.

⁴⁴⁵ Cf. n° 23 du jugement de première instance.

⁴⁴⁶ Dell Computer Corp. C. Union des consommateurs, 2007 CSC 34.

juridiction, en s'appuyant sur certaines décisions et notamment l'affaire *Bisaillon c. Université Concordia*⁴⁴⁷ réaffirme certains principes fondamentaux du droit notamment ceux du droit civil: la non-rétroactivité de la loi, la primauté de l'autonomie des parties et le principe de compétence-compétence⁴⁴⁸. Selon la Cour :

« Comme les faits entraînant la mise en œuvre de la clause d'arbitrage se sont produits avant la date d'entrée en vigueur de l'article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, qui interdit une stipulation ayant pour effet d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, cette disposition ne s'applique pas aux faits de l'espèce ».

Elle a également soutenu que « la juge de première instance a eu raison de décliner sa compétence au profit de l'arbitre » dans la mesure où l'examen de la validité d'une clause est à la fois une question de fait et de droit⁴⁴⁹ et demande une analyse sérieuse qui relève normalement de la compétence de l'arbitre et non du juge conformément à l'article 940.1 du Code de procédure civile. C'est donc l'arbitre qui devra statuer sur sa propre compétence en vertu de l'article 943 C.p.c. Le juge devra donc renvoyer systématiquement l'affaire devant l'arbitre, en présence d'une convention d'arbitrage à moins que la contestation porte exclusivement sur une question de droit telle que la nullité de la convention d'arbitrage⁴⁵⁰. En décidant ainsi, on peut penser que la Cour suprême valide implicitement cette clause d'arbitrage inclus dans le contrat de consommation de Dell mais seulement pour les clauses acceptées avant la loi 48 L.p.c.

Par ailleurs, la Cour suprême pose le critère d'application de l'article 3149 C.c.Q. : la situation en litige doit comporter un élément d'extranéité pertinent. En l'espèce, il s'agit d'un arbitrage interne car la stipulation ou le choix d'un arbitrage institutionnel américain devant appliquer la loi américaine ainsi que l'usage de l'anglais comme langue de la procédure sont insuffisants pour l'application du droit international privé québécois. Elle

⁴⁴⁷ *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.R.S. 666, 2006 CSC 19.

⁴⁴⁸ Selon ce principe, il appartient à l'arbitre (et non au juge) d'apprécier sa propre compétence; Voir Antonias DIMOLITSA, « Autonomie et 'Kompetenz Kompetenz' », (1998) *Rev. Arb.* 305.

⁴⁴⁹ En l'espèce, plusieurs questions de droit ont été soulevées par les parties et pour la solution desquelles une analyse des faits s'impose : recherche de l'élément d'extranéité, caractère externe de la clause.

⁴⁵⁰ Mais la Cour nous enseigne que les tribunaux qui ont l'expertise dans l'examen au fond des affaires, devront faire preuve de prudence en examinant si la demande de renvoi à l'arbitrage n'est un simple moyen dilatoire.

admet également que les parties sont libres de choisir l'arbitrage sous réserve des dispositions impératives qui les lient.

Suivant le même raisonnement, dans l'affaire *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*⁴⁵¹, rendue le même jour, la Cour suprême du Canada a également décidé qu'en raison du fait que Muroff veut démontrer le caractère abusif de la clause compromissoire, la Cour supérieure devrait se déclarer incompétente et renvoyer l'affaire à l'arbitrage selon les principes dégagés dans l'affaire Dell. Dans cette affaire, *Rogers Sans-fil inc.*, œuvrant dans le secteur de la téléphonie mobile, fournissait ses services d'itinérance Canada/États-Unis à ses abonnés pour 0,95\$ la minute. Mais il se trouvait que dans certaines zones dites "exclues", le même service coûtait 4\$ la minute au consommateur. Le contrat conclu entre *Rogers* et *Muroff*, un résident du Québec, contenait une clause d'arbitrage et une clause d'interdiction au recours collectif. Le consommateur a donc saisi la Cour supérieure, non seulement pour l'autoriser à exercer un recours collectif en son nom et au nom des clients qui supportaient les frais de 4\$ la minute, mais aussi pour déclarer abusive la clause compromissoire. La Cour suprême a donc donné raison à la Cour supérieure, en infirmant la décision de la Cour d'appel et en renvoyant l'affaire devant l'arbitre.

Comme nous pouvons le constater, ces affaires ne concernent que les litiges nés avant l'article 11.1 loi 48 L.p.c., en tout cas, en ce qui concerne la validité des clauses compromissoires dans les contrats de consommation. Elles ont toutefois le mérite d'affirmer l'arbitrabilité des litiges de consommation au Québec et, partant, au Canada⁴⁵². Dans ces affaires, les tribunaux inférieurs ont appuyé leur raisonnement sur la connaissance effective par le consommateur, de la clause compromissoire ou clause de juridiction au moment de la conclusion du contrat. Ce qui rejoint en quelque sorte le

⁴⁵¹ *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, 2007 CSC 35.

⁴⁵² Elle s'est appuyée sur de multiples décisions rendues dans des systèmes juridiques reconnaissant l'arbitrabilité des matières jadis intéressant l'ordre public. On peut citer entre autres : *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19, *Desputeaux c. Éditions Chouette Inc.* [2001] J.Q. No. 1510 (C.A.); *Banque nationale du Canada Inc. c. Premdev Inc.* [1997] A.Q. No 689 (C.A.); *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1997] A.Q. No. 3923; [1998] R.J.Q. 321 (C.A.), etc.

critère de l'effet réel du site Web ou de la clause sur la personne du consommateur avant de cliquer sur l'icône « J'accepte ».

Cependant, il convient de souligner au passage qu'en raison des divergences dans l'interprétation des compétences des tribunaux des provinces canadiennes en matière de contrats de consommation, une proposition de Règles uniformes concernant la compétence juridictionnelle et le choix de la loi applicable en matière de contrat de consommation⁴⁵³ a été élaborée par le gouvernement du Canada à cet effet. Son objectif est, entre autres, de permettre au consommateur de bénéficier à l'étranger, de la même protection locale, de favoriser la neutralité technologique, d'assurer aux opérateurs du commerce international la prévisibilité, la certitude juridique et de promouvoir le commerce en ligne par l'amélioration du mécanisme de résolution des règles de conflits de lois et de juridictions.

L'article 3 de la proposition, qui pose les règles fondamentales de compétence uniformisée en matière de contrat de consommation, est conçu comme suit :

- « 3. Un tribunal a compétence dans une action relative à un contrat de consommation qui est instituée contre une personne si :
- a) cette personne réside habituellement en [nom de l'État] au moment où l'action relative au contrat de consommation est instituée,
 - b) il y a un lien réel et substantiel entre [nom de l'État] et les faits sur lesquels repose l'action relative au contrat de consommation,
 - c) il y a une entente écrite entre le demandeur et cette personne que le tribunal a compétence dans l'action relative à un contrat de consommation,
 - d) cette personne s'en remet à la compétence du tribunal pour le litige relatif au contrat de consommation, [ou]
 - e) l'action relative au contrat de consommation est une demande reconventionnelle à une autre action devant le tribunal. »⁴⁵⁴.

Cet article de la proposition de Règles uniformes est essentiellement similaire aux différentes circonstances prévues à l'article 3148 C.c.Q.⁴⁵⁵. Il résulte donc de l'article 3 de la proposition de Règles qu'un tribunal n'est compétent pour connaître d'une action

⁴⁵³ Règles uniformes concernant la compétence juridictionnelle et le choix de la loi applicable en matière de contrat de consommation disponible au http://www.ulcc.ca/fr/us/Unif_Jur_Choice_Law_Consumer_Contracts_Fr.pdf (Consultation le 10 mars 2007).

⁴⁵⁴ (Nous avons souligné).

⁴⁵⁵ Infra. Paragraphe 2, section 2 du chap. 1.

intentée contre une personne que si celle-ci réside sur le territoire de son État et que le litige présente d'autres liens avec ce tribunal⁴⁵⁶. Il est également compétent à l'égard d'un défendeur résidant en dehors de son territoire dès lors qu'il existe un lien réel et substantiel entre ce tribunal et le litige⁴⁵⁷. En outre, à la différence de la nouvelle loi québécoise sur la protection du consommateur⁴⁵⁸ qui interdit la clause compromissoire, cette proposition admet la validité de la clause attributive de juridiction «par écrit» (y compris les documents électroniques)⁴⁵⁹. Le défendeur peut enfin accepter la compétence du tribunal soit en s'y soumettant par comparution par exemple soit en invoquant sa compétence par une demande reconventionnelle⁴⁶⁰.

En outre, la proposition dispense le demandeur du fardeau de la preuve du lien réel et substantiel en admettant une présomption de lien entre l'État de sa résidence et le litige, à condition que, le demandeur soit un consommateur qui réside habituellement dans cet État et qu'il engage son action devant son tribunal, contre un professionnel résidant en dehors de ce territoire. En plus de ces conditions, on doit être en présence de l'une des trois situations suivantes: 1) le contrat de consommation devra être conclu suite à une sollicitation faite par le vendeur dans l'État du consommateur; le vendeur pouvant prouver qu'il a voulu éviter la conclusion de ce contrat⁴⁶¹, 2) le vendeur a reçu la commande du consommateur dans cet État et 3) le consommateur s'est déplacé à l'étranger sur incitation du vendeur et avec sa participation au voyage du consommateur en vue de conclure ce contrat.

À la différence de la Convention de la Haye, de la Convention de Bruxelles de même du Règlement Bruxelles I, la proposition de règles uniformes accorde un moyen de défense au cybercommerçant, en lui permettant de soutenir par exemple qu'il n'avait pas l'intention de viser un internaute et qu'il a tout mis en œuvre pour éviter de conclure un

⁴⁵⁶ Article 3.a) de la proposition de disposition d'uniformisation.

⁴⁵⁷ Article 3.b).

⁴⁵⁸ Art.11.1 L.p.c. précité, note 148.

⁴⁵⁹ Article 3. c). En l'absence de précision, on déduit que cette entente couvre à la fois la clause compromissoire et le compromis c'est-à-dire le choix du tribunal peut se faire avant ou après la naissance du litige.

⁴⁶⁰ Article 3. d) et e); article 3139 C.c.Q.

⁴⁶¹ Article 4 (2).

contrat avec celui-ci. Cette présomption entre en contradiction avec l'article 54.2 L.p.c. qui présume que le contrat est conclu au lieu de résidence du consommateur mais adopte le critère préconisé par l'article 5.2 de la proposition de Règlement Rome I. Nous relevons que cette deuxième condition de la proposition de règles uniformes, bien que mieux équilibrée par rapport à la solution du Code civil du Québec, est plus complexe pour le consommateur et pourrait éventuellement l'empêcher ou le décourager d'exercer son droit que la proposition a voulu lui accorder. Cette proposition introduit également la notion de « ciblage » dont l'objectif est d'« éviter des situations d'incertitude juridique associées au fait que le vendeur peut être assujéti à toutes les juridictions à partir desquelles son site Internet est accessible »⁴⁶².

Par ailleurs, comme à l'article 3135 C.c.Q., l'article 5 de la proposition de Règles uniformes consacre le *forum non conveniens* aux tribunaux canadiens qui, bien que compétents, peuvent déclarer un autre forum plus approprié si l'intérêt des parties, celui du public et l'ensemble des circonstances le commandent.

Enfin, l'examen de la compétence des tribunaux canadiens nous amène à nous pencher sur la méthode de détermination de la compétence internationale des tribunaux québécois en matière de contrat de consommation en ligne, similaire à celle du droit communautaire.

Paragraphe 2 : Examen des critères de compétence internationale des tribunaux québécois dans les contrats de cyberconsommation selon les articles 3148 et 3149 C.c.Q.

En droit québécois, la compétence internationale des tribunaux québécois dans les contrats de consommation est déterminée par les articles 3148 et 3149 C.c.Q., dans les circonstances⁴⁶³ qui sont semblables à celles de la Convention de Bruxelles:

1° le consommateur, défendeur ou demandeur, est domicilié ou résident au Québec; ou

⁴⁶² Commentaire sur l'article 4 de la proposition de dispositions uniformes – Canada, juillet 2006.

⁴⁶³ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 309.

2° le cocontractant du consommateur, défendeur, a son domicile ou sa résidence au Québec ou, s'il s'agit d'une personne morale, y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec; ou

3° une faute (contractuelle ou non) a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant du contrat de consommation devait y être exécutée; ou

4° les parties au contrat de consommation ont signé une clause attributive de juridiction aux tribunaux québécois, soumettant leur litige né ou éventuel; ou

5° le défendeur (consommateur ou cocontractant) a reconnu leur compétence.

L'article 3149 C.c.Q. qui est le complément des critères prévus à l'article 3148 C.c.Q., tire sa source des articles 85 al.3 du C.C.B.C. et 114 de la Loi fédérale sur le droit international privé suisse de 1987⁴⁶⁴. En effet, l'article 3149 C.c.Q. dispose:

« Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'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 ».

Il faut tout de suite souligner que la cinquième circonstance des articles 3148-5° et 3168-6°⁴⁶⁵ C.c.Q. ne présente pas de difficulté, même dans les litiges de consommation lorsque l'une des parties se soumet volontairement à la compétence d'un tribunal soit en ne soulevant pas son incompétence soit en lui soumettant des conclusions au fond bien qu'ayant préalablement soulevé cette incompétence. En ce qui concerne la troisième circonstance (responsabilité civile), en raison du fait qu'elle ne nous concerne pas au premier chef, nous choisissons ici d'en faire l'économie des détails.

En procédant donc à l'analyse des autres circonstances (1,2 et 4) de l'article 3148 C.c.Q. précité, nous constatons que dans les deux premières circonstances, le domicile⁴⁶⁶ ou la

⁴⁶⁴ Commentaire du ministre de la Justice, Tome II. Le Code civil du Québec, les Publications de Québec, 2003, p. 2010-2011.

⁴⁶⁵ Cet article concerne la situation inverse, c'est-à-dire la compétence des autorités étrangères.

⁴⁶⁶ Voir art. 75 et suiv. C.c.Q.

résidence⁴⁶⁷ (pour le consommateur) et l'établissement⁴⁶⁸ (pour la personne morale) constituent des facteurs de rattachement privilégiés choisis par le législateur. Celui-ci a voulu accorder des compétences exorbitantes aux tribunaux québécois en faveur du consommateur⁴⁶⁹. Dans la première circonstance, pour que la condition soit rencontrée, les parties devront être toutes domiciliées au Québec alors que dans la deuxième, il est possible qu'une défenderesse personne morale, domiciliée à l'extérieur du Québec, soit soumise à la règle dès lors que son établissement est au Québec et que son activité litigieuse est exercée au Québec (un lien étroit entre le litige et le Québec).

En ce qui concerne la quatrième circonstance (clause attributive de juridiction), l'article 3149 C.c.Q. valide la renonciation du consommateur à cette compétence mais cette renonciation ne lui est pas opposable⁴⁷⁰. À cet égard, il y a une controverse autour de la question de savoir si cette renonciation est d'ordre public de direction empêchant le consommateur. En effet, si certains estiment que le consommateur ne saurait y renoncer au motif que la protection qui lui est accordée relève de l'ordre public de direction, d'autres par contre y sont favorables. Pour ces derniers, le consommateur peut valablement y renoncer si c'est dans son intérêt⁴⁷¹.

Toutefois, dans les contrats de consommation en ligne, l'article 11.1 de la nouvelle L.p.c. que nous avons déjà évoqué vient mettre un bémol à la validité de cette renonciation en interdisant des clauses contraignant les consommateurs à renoncer à leur protection avant la naissance du litige (interdiction d'interdire aux consommateurs le recours collectif ou d'imposer l'arbitrage).

Mais le cybercommerçant peut valablement stipuler de telles clauses à un non-québécois et à un québécois comme il résulte des articles 3168-5° et 3149 C.c.Q.

⁴⁶⁷ Art. 77 C.c.Q.

⁴⁶⁸ Art. 307 C.c.Q.

⁴⁶⁹ Claude EMMANUELLI, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 72, n° 159; G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p.210.

⁴⁷⁰ Mais l'article 11.1 L.p.c. interdit une clause qui empêcherait les consommateurs de procéder collectivement au règlement des litiges devant les tribunaux ou les arbitres.

⁴⁷¹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, n°412, p. 639.

L'article 11.1 L.p.c. qui découle de l'article 3117 C.c.Q. s'applique dès lors que les conditions de celui-ci sont réunies, c'est-à-dire que la situation ait un élément d'extranéité pertinent, auquel cas, il constituerait une limite au choix du tribunal étatique (article 3149 C.c.Q.). Il s'applique également à la convention d'arbitrage et vient régler l'épineuse question relative à l'arbitrabilité des litiges de consommation en droit québécois⁴⁷². Ainsi il est désormais admis que le droit de la consommation est arbitral bien que le choix du consommateur ne soit effectué que dans un compromis, c'est-à-dire une transaction qui n'est probablement pas un contrat de consommation⁴⁷³ comme dans l'affaire *LVH Corp. (Las Vegas Hilton) c. Lalonde*⁴⁷⁴. Dans cette affaire, la Cour supérieure du Québec a reconnu un jugement rendu par un tribunal du Nevada (États-Unis), « District Court Clark County » ayant homologué une confession de jugement fondée sur un contrat de crédit. La Cour a reconnu la compétence de ce tribunal étranger sur le litige et a rejeté la qualification de contrat de consommation que soutenait le consommateur québécois en vue de réclamer la compétence des tribunaux québécois. En effet, l'intimé, un résident du Québec, se rendait aux États-Unis sur invitation de l'Hôtel Hilton et bénéficiait du remboursement de ses frais de voyage. Une fois sur place, il procédait à des demandes de prêt d'argent pour y jouer au casino jusqu'à atteindre un montant de 545 500 \$US et sans que l'Hôtel l'incite à participer au jeu ni à s'engager dans le prêt d'argent.

La Cour s'exprimait comme suit :

« Même s'il y était invité, l'invité se rendait à Las Vegas de son plein gré, sans aucune obligation de jouer et sans aucune obligation d'emprunter de l'argent à Hilton, [...La transaction étant signée au Nevada, est] régie par les lois de cet État.

⁴⁷² Pour cette question; Voir *Union des consommateurs c. Dell Computer Corporation*, AZ-50214783, J.E. 2004; *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 (QCCA) 570; Bernard HANOTIAU, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », (1994) 4 *Rev. arb.*, p. 966 et 901; René DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982, p. 9; Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.P., pp. 109-127; S.-E. DARANKOUM, Recueil de textes DRT 6828 Arbitrage commercial international Hiver 2006, p. 589; On peut également lire les affaires *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler Plymouth, Inc.*, (1985) 473 U.S. 614 (U.S.S.C.); *Zodiak International Productions Inc. c. The Polish People's Republic*, [1983] 1 R.C.S. 529; *Desputeaux c. Éditions Chouette Inc.* [2001] J.Q. No. 1510 (C.A.); *Sport Maska Inc. c. Zittre*, [1985] C.A. 386; [1988] 1 R.C.S. 564; *Eclipse Optical Inc. c. Bada U.S.A. Inc.*, [1997] A.Q. No. 3892; [1998] R.J.Q. 289; *Banque nationale du Canada Inc. c. Premdev Inc.* [1997] A.Q. No. 689 (C.A.); *Dominion Bridge Corp. c. Knai*, [1997] A.Q. No. 3923; [1998] R.J.Q. 321 (C.A.).

⁴⁷³ Il faut préciser au passage que cette transaction n'est pas véritablement un contrat de consommation.

⁴⁷⁴ *LVH Corp. (Las Vegas Hilton) c. Lalonde* (2003-04-03) QCCS 500-05-072961-020 disponible au <http://www.canlii.org/qc/jug/qccs/2003/2003qccs11599.html> (Consultation le 5 juillet 2007).

De toutes [les] façons, le tribunal du Nevada aurait été compétent en présence d'un contrat de consommation. À cet égard, l'article 3149 C.c.Q. n'est d'aucune utilité pour l'intimé puisque cette disposition ne confère pas compétence exclusive à l'autorité québécoise. Cet article crée un for exceptionnel au bénéfice du consommateur en sa qualité de demandeur. Ce for s'ajoute aux autres fors de droit commun. Rien n'empêche le commerçant de poursuivre le consommateur devant un tribunal étranger dans la mesure où ce dernier est compétent. »

En outre, dans les cas où l'introduction d'une action est impossible à l'étranger, la compétence des tribunaux québécois est étendue lorsque le juge estime qu'il y a un lien suffisant entre le litige et le Québec: c'est la théorie du *forum conveniens* ou du for de nécessité (article 3136 C.c.Q.)⁴⁷⁵. L'extension de la compétence est également possible soit par la prise des mesures provisoires ou conservatoires si un tribunal étranger est compétent sur le fond⁴⁷⁶ soit encore par des mesures définitives ayant pour objectif la protection du consommateur québécois ou de ses biens⁴⁷⁷.

Il est également possible que le juge restreigne l'exercice de sa compétence en refusant d'exercer sa propre compétence (*forum non conveniens* article 3135 C.c.Q.) ou encore lorsqu'il est en face d'un cas de litispendance (article 3137 C.c.Q.). Cependant, il convient d'admettre avec le Professeur GOLDSTEIN qu'il n'est pas certain qu'un tribunal québécois refuse d'exercer sa propre compétence puisque la politique actuelle est la protection du consommateur et que de toute façon le juge appliquerait la loi étrangère applicable, le cas échéant⁴⁷⁸.

En analysant cet article, le Professeur GOLDSTEIN aboutit à un résultat qui résume les trois situations énumérées plus haut. En premier lieu, le consommateur est domicilié ou il réside au Québec et conclut avec un marchand qui a son établissement à l'extérieur du Québec. Dans cette situation le tribunal québécois est compétent nonobstant l'existence d'une clause attributive de juridiction et celui-ci appliquera sa propre loi en vertu de l'article 3117 C.c.Q. En deuxième lieu, lorsque le consommateur est non résident du Québec mais conclut un contrat avec un professionnel établi au Québec ; la clause

⁴⁷⁵ G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 434, p. 214.

⁴⁷⁶ Art. 3138 C.c.Q.

⁴⁷⁷ Art. 3140 C.c.Q.

⁴⁷⁸ G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 434, p. 214.

attributive de juridiction sera valide si elle favorise le consommateur étranger. Enfin, la troisième situation concerne un québécois de passage à l'étranger qui y conclut un contrat. Il ne peut en l'espèce, invoquer l'application du droit québécois, à moins «de posséder une forte dose d'ethnocentrisme ou plutôt 'd'ethnojuridisme'», selon l'expression du Professeur Goldstein⁴⁷⁹. Ainsi dans ces situations, le législateur a voulu étendre la compétence internationale des tribunaux québécois dans le souci d'une meilleure protection du consommateur.

On pourrait se demander si les tribunaux québécois ont adopté les critères préconisés par l'approche *Zippo*. À cet égard, nos recherches ne nous ont pas permis d'affirmer cette approbation en droit québécois. Ainsi, dans l'affaire *Convectair N.M.T. c. Ouellet Canada*⁴⁸⁰, intervenue après l'affaire *Investor Group c. Hudson*⁴⁸¹, la Cour supérieure a refusé de reconnaître sa compétence en précisant que la cause d'action a pris naissance au lieu de la commission de l'acte qui crée la confusion (Montmagny) et non au lieu où l'effet de l'acte a été constaté (Montréal où l'affaire est entendue). La Cour renvoie donc l'affaire devant le tribunal du district de Montmagny, lieu du siège social de la Compagnie défenderesse Ouellet Canada au motif que «la confusion résulte d'un ensemble de faits et il faut voir quels sont ceux qui sont à la base de cette confusion et constituent la cause de l'action»⁴⁸². En effet, dans cette affaire, il s'agissait de deux compagnies œuvrant dans le domaine des calorifères. La défenderesse Ouellet a encodé sur son site Internet, la marque de commerce de la demanderesse, Convectair NMT Inc., de manière à augmenter les visites à son site Web. Convectair allègue que ces actes ont créé de la confusion chez les acheteurs potentiels et seraient constitutifs d'infractions à l'article 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce* (L.m.c.), ainsi que de la concurrence déloyale. Ouellet a admis sa responsabilité et cessé l'utilisation de la marque de

⁴⁷⁹ *Id.*, p. 223.

⁴⁸⁰ [1999] R.J.Q. 1430 (C.S.).

⁴⁸¹ [1999] R.J.Q. 599 (C.S.). Cette affaire fut la première au Québec touchant la compétence sur internet. Comme on pourrait s'y attendre, la Cour supérieure assimilé l'internet à un média traditionnel et largement accessible. En fait, un ancien employé d'une société, résident du Québec, a publié un message sur un site Web, hébergé sur un serveur situé à l'extérieur du Québec, afin de manifester son mécontentement à l'égard de son ex-employeur. Cette déclaration a été considéré comme diffamatoire et le la Cour supérieure du Québec en était saisie. Elle a ainsi assimilé site Web à un journal à distribution simultanée et s'est appuyée sur l'article 68 (2) C.p.c. pour reconnaître sa compétence sur le litige.

⁴⁸² Voir http://www.marquedor.com/telemarque/archives/00-06-01_fr.htm (Consultation le 25 juillet 2007).

commerce de la demanderesse, mais elle présente sa requête tendant à soulever l'incompétence du tribunal de Montréal.

Dans cette affaire, la Cour supérieure n'a pas démontré expressément faire application du test *Zippo* en refusant sa compétence alors même que la défenderesse a reconnu sa responsabilité et cessé ses actes incriminés. Il est donc évident que la défenderesse visait les clients québécois, mais ces facteurs n'ont nullement attiré l'attention de la Cour, contrairement à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui adopté le test *Zippo* pour remédier certainement au danger que présentait l'approche *Inset*⁴⁸³.

En conséquence, on pourrait déduire que pour le Québec, l'approche *Zippo* n'est pas à même d'assurer aux acteurs de l'Internet une prévisibilité et une certitude juridique en matière de compétence juridictionnelle notamment en raison des zones d'ombres qu'elle laisse.

En définitive, l'analyse des compétences en matière de contrat de consommation en ligne dans les systèmes juridiques sous étude, révèle une disparité d'approches. Ainsi l'on a pu constater la tendance universaliste de compétence des tribunaux français, une évolution constante de l'approche américaine de compétence : de la compétence fondée sur la simple accessibilité d'un site Internet à celle de "l'effet réel du site" en passant évidemment par le critère *Zippo*. Au Canada, les tribunaux ont partiellement suivi la jurisprudence américaine de compétence à l'exception de ceux du Québec qui préfèrent appliquer les critères préconisés par les règles de conflit du droit québécois et du droit communautaire européen.

Dans ce dernier chapitre qui suit, nous allons analyser les méthodes de détermination de la loi applicable au contrat de consommation en ligne en comparant, le cas échéant, certains systèmes juridiques.

⁴⁸³ M. GEIST, *loc.cit.*, note 173, p. 30.

Chapitre 2 : Question de la détermination de la loi applicable dans les contrats de consommation passés par Internet

Après avoir déterminé le tribunal qui aura la charge de juger le litige, il reste à savoir quelle loi celui-ci appliquera pour y trouver une solution adéquate. Cette question est complexe en raison de la multitude des lois et Conventions internationales qui ont souvent vocation à s'appliquer à une même situation ou au même domaine.

En effet, la détermination de la loi applicable en matière de contrat de consommation subit l'influence d'une part, du principe de loi d'autonomie et d'autre part, de celle des lois spéciales de protection des consommateurs. Ainsi, d'un côté l'article 3.1 de la Convention de Rome dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Et de l'autre côté, les lois sur la protection du consommateur limitent substantiellement cette liberté de choix des parties en accordant la priorité à la loi de la résidence du consommateur. Mais comment concilier l'application de tous ces instruments juridiques et comment déterminer les lois devant régir les relations contractuelles entre le cybercommerçant et le cyberconsommateur? Tel est l'objet du présent chapitre.

Pour ce faire, nous examinerons d'abord, la détermination de la loi applicable au litige de contrat de consommation en ligne selon les critères énumérés par la convention de Rome et l'article 3117 C.c.Q., abstraction faite du domaine de la loi applicable (Section1). Ensuite, en raison du fait qu'il est difficile de savoir, comment ces règles de conflits s'appliquent à l'Internet, les cybercommerçants ont initié des techniques visant à contourner l'application de la loi de résidence habituelle du cyberconsommateur (Section2). En outre, compte tenu du fait que ces critères sont défavorables au cyberconsommateur, nous verrons si celui-ci pourrait néanmoins invoquer certaines

protections supplémentaires par le truchement des dispositions impératives (lois de police) nationales et/ou internationales (Section 3). Enfin, en raison de l'inadaptation des règles classiques de protection du consommateur, il apparaît d'une nécessité impérieuse que les efforts de modernisation législative, déjà amorcés en droit communautaire, se poursuivent dans les systèmes juridiques sous études (Section 4).

Section 1- Détermination de la loi applicable au contrat de consommation en ligne selon les critères de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q.

A la question de savoir quelle loi devra s'appliquer au litige de consommation sur Internet, les positions divergent, comme le confirme le rapport Lorentz sur le développement du commerce électronique dans le cadre de l'Internet :

« Un consensus européen s'articule autour d'une double réponse, qui résulte pour partie de l'interprétation jurisprudentielle de la Convention de Rome. Pour les transactions entre les pays de l'Union européenne et les autres États, la loi applicable devrait être celle du pays de l'acheteur, car on ne peut demander à des personnes privées de connaître de l'ensemble des législations dans tous les pays du monde. Mais les États-Unis défendent une position inverse, considérant que la priorité devrait être de faciliter la tâche des vendeurs, les réglementations locales paraissant des barrières au commerce »⁴⁸⁴.

Des deux tendances, il nous semble que la plupart des systèmes juridiques opte pour l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Ainsi, en raison du fait qu'il est plus facile qu'un contrat de consommation sur Internet soit conclu avec une partie étrangère, il est apparu important d'accorder une protection accrue à la partie faible, le consommateur afin d'éviter l'application des dispositions favorisant la loi du professionnel notamment les articles 3 et 4 de la Convention de Rome⁴⁸⁵. La nouvelle loi

⁴⁸⁴ Claude RETORNAZ, « Le commerce électronique international. Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur », Expertises no 215- commerce électronique, 1998, disponible au <http://www.celog.fr/expertises/1998/som0598/commerce0598.htm> (Consultation le 28 juillet 2006).

⁴⁸⁵ Le contrat de consommation étant un contrat d'adhésion, le consommateur n'a pratiquement pas la possibilité de choisir la loi du contrat comme le permet l'article 3 de la Convention de Rome. Aussi lorsqu'il y a silence des parties en ce qui concerne le choix de la loi, l'article 4 de la convention prévoit que c'est la loi du pays qui présente les plus étroits avec le contrat qui devra s'appliquer; ce pays étant supposé

française sur la « confiance dans l'économie numérique »⁴⁸⁶ est également au même effet puisqu'elle accorde une protection au consommateur même si elle ne relève pas du droit de la consommation.

En droit européen, trois instruments juridiques concourent efficacement à la protection du consommateur : la Convention de Rome, la directive « commerce électronique » et la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Mais il nous semble opportun de n'examiner que certaines articulations du premier instrument juridique. De même, au Québec, l'article 3117 C.c.Q. fortement inspiré de l'article 5 de la Convention de Rome a adopté les mêmes critères dont l'application est difficile sur Internet.

Paragraphe 1- Application du régime dérogatoire de l'article 5 de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q.

Pour mieux appréhender du régime dérogatoire de ces deux articles, il importe d'examiner successivement leur champ d'application et les rattachements qu'ils préconisent pour enfin analyser les circonstances qui permettent l'application de cette dérogation c'est-à-dire cette exception à la liberté contractuelle, dans le contexte des contrats de consommation sur Internet.

1- Le champ d'application *rationae materiae* et *rationae personae*

Il convient de noter que l'article 5.1 de la Convention de Rome détermine son domaine d'application *rationae materiae* et *rationae personae*. Quant à l'article 3117 C.c.Q., s'il précise son domaine d'application *rationae personae*, il reste silencieux pour ce qui est de son domaine d'application *rationae materiae*.

être celui de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique au moment de la conclusion du contrat. En l'espèce, il s'agira toujours du pays du vendeur donc celui du professionnel.

⁴⁸⁶LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O n° 143 du 22 juin 2004 page 11168, texte n° 2, disponible au

[http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0200175L\(Consultation](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0200175L(Consultation)
(Consultation le 17 juillet 2007).

En premier lieu, le domaine d'application *rationae materiae*. L'article 5 de la Convention de Rome s'applique aux contrats de fourniture de biens mobiliers corporels ou de services et aux contrats relatifs au financement de cette fourniture en autant que ces contrats soient conclus avec un consommateur, personne physique et que ces biens ou services soient destinés à un usage étranger à son activité professionnelle. Il exclut toutefois les contrats de transport⁴⁸⁷ et les contrats de fourniture de services exclusivement exécutés en dehors du pays de résidence habituelle du consommateur⁴⁸⁸.

Au contraire, la règle de conflit de l'article 3117 C.c.Q. ne définit pas à quels types de contrats la catégorie de rattachement (le contrat de consommation) s'applique⁴⁸⁹ mais se contente d'énoncer son application au contrat de consommation d'une manière générale⁴⁹⁰. Il nous semble que cette précision soit nécessaire pour éviter d'engendrer d'autres problèmes d'interprétation des règles de conflits existantes déjà complexes. Mais la question s'est posée en doctrine québécoise de savoir en vertu de quelle loi faut-il définir la notion de contrat de consommation : faut-il se fonder sur les contrats couverts par la L.p.c. ou sur la définition fournie par l'article 1384 C.c.Q.?⁴⁹¹ À noter que cet article fait référence aux contrats régis par les lois relatives à la protection du consommateur (la L.p.c. en l'espèce) c'est-à-dire la vente, le louage, le prêt, des contrats qui impliquent des parties dont l'une est un consommateur, personne physique et qui s'engage pour les besoins personnels ou domestiques alors que l'autre partie agit dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise⁴⁹².

⁴⁸⁷ Il s'applique néanmoins aux prestations combinées de transport et de logement vendues pour un prix global; voir Camille FROMENT, « Loi applicable aux contrats du commerce électronique », mémoire de DESS de droit du Multimédia et de l'informatique, sous la direction du professeur J. Huet, 2001, Université de Droit, d'Économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon –Assas p. 31.

⁴⁸⁸ Les articles 5.4 et 5.5.

⁴⁸⁹ Voir : G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p.154.

⁴⁹⁰ L'article 3149 C.c.Q. se prête au même exercice : « Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation [...]; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée ».

⁴⁹¹ Art. 1384 : « Le contrat de consommation est le contrat dont le champ d'application est délimité par les lois relatives à la protection du consommateur, par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite ».

⁴⁹² La notion d'entreprise n'as pas la même conception au Québec. C'est l'article 1525 al. 3 C.c.Q. qui nous y aide : « Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de service. »

À cet égard, les Professeurs GOLDSTEIN et GROFFIER recommandent « *une qualification à but international, fondée sur l'article 1384 C.c.Q., mais en l'interprétant largement à la lumière de la jurisprudence des pays appliquant l'article 5 de la Convention de Rome* »⁴⁹³. Selon ces auteurs, on ne saurait se fonder uniquement sur la conception de l'article 1384 C.c.Q. si l'on se place sur le terrain du droit international privé, auquel cas, on risquerait d'élargir la définition d'une loi étrangère dont l'application pourrait éventuellement être plaidée par un consommateur. Aussi, en raison de l'interprétation diverse de la qualification du cocontractant du consommateur⁴⁹⁴, l'article 1384 C.c.Q. ne devrait pas s'appliquer au droit international au risque d'élargir également la portée de la notion de contrat de consommation étant donné que l'idée de la justice du droit international privé en cette matière est de favoriser la protection du consommateur dans tous les rapports de consommation⁴⁹⁵.

Ainsi, en droit québécois, pour déterminer la loi applicable au contrat de consommation à l'international, ces auteurs proposent au juge, une démarche en deux temps⁴⁹⁶. Premièrement, il s'agira de déterminer si le contrat a été conclu dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise (au sens du droit québécois du terme) avec un consommateur, personne physique. Deuxièmement, en cas de réponse positive, on utilisera la règle de conflit de l'article 3117 C.c.Q. pour la détermination de la loi applicable à la situation litigieuse. Si l'on en vient à la conclusion de l'application du droit québécois (en décidant par exemple que le contrat respecte les critères de l'article 3117 C.c.Q. ou par d'autres considérations) on ferait recours aux lois de protection du consommateur, telle la L.p.c., pour assurer la protection de la partie faible. En revanche,

⁴⁹³ Voir G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.620 (Les italiques sont de nous); G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p.155.

⁴⁹⁴ En fait, l'exploitant d'une entreprise au sens de l'article 1525 alinéa 3 est différent de la définition du commerçant au sens de l'article 1 (e) L.p.c.

⁴⁹⁵ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, n°410, p.620 : « La référence de l'article 1384 aux lois relatives à la protection du consommateur ne doit donc pas concerner le droit international privé parce qu'elle risquerait de mener à une conception limitative du contrat de consommation. Or, du point de vue de la justice du droit international privé, l'idée est de favoriser la protection de la partie faible dans tous les types de rapports de consommation. Il ne s'agit pas d'appliquer strictement la politique matérielle interne québécoise (protection de tel rapport de consommation et non de tel autre) au niveau international, mais seulement de la projeter, de la transposer ... et d'harmoniser les politiques interne et international. »

⁴⁹⁶ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, n°410, p.621.

si le juge décidait d'appliquer le droit étranger, ce seraient les lois étrangères de protection du consommateur qui auraient vocation à s'appliquer. Cette démarche est donc valable en ce qui concerne la détermination de la loi applicable dans le contexte européen et français.

En second lieu, le domaine d'application *rationae personae*. Les deux règles de conflit s'appliquent au consommateur défini dans la première partie de la présente recherche⁴⁹⁷, c'est-à-dire personne physique ou morale, selon l'interprétation que l'on adopte. Toutefois, on peut se demander quelle place occupe le comportement (actif ou passif) dans la détermination de la loi applicable au contrat de consommation en ligne, étant entendu que certains soutiennent qu'il est très difficile de repérer un consommateur passif ou actif sur internet⁴⁹⁸. Nous examinerons cette question ultérieurement.

Ainsi, le champ d'application de ces deux règles de conflits étant précisé, il convient maintenant d'analyser les facteurs de rattachement qu'elles préconisent pour l'application de la loi du consommateur.

2- La détermination des rattachements donnant lieu à l'application de la loi du consommateur

À la place des lois de police dont l'application ne relève que du pouvoir discrétionnaire des juges, les rédacteurs de la Convention de Rome et ceux du Code civil du Québec ont préféré adopter une méthode préventive et plus prévisible « permettant d'assurer l'application, en tout état de cause, de la loi la plus proche de la partie à protéger : le

⁴⁹⁷ Voir Françoise DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge » dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J. 1996, p. 222; Frédéric LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 2, 500, 543 et suiv.

⁴⁹⁸ M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *Rev. crit. dip.*, 91(3) juillet-septembre 2002, 444. Les auteurs soulignent que dans le monde « réel » il est déjà difficile pour le vendeur de savoir s'il conclut avec un consommateur à plus forte raison dans le monde « virtuel » où les parties sont absentes l'une de l'autre et n'ont pour seul contact l'ordinateur. Le caractère commercial de la transaction peut être pressenti par le vendeur à travers certains indices tels les suffixes « .com » ou « .ca » qui peuvent figurer dans l'adresse de l'acheteur; Voir également S. GUILLEMARD, *op.cit.*, note 17, p.309 et suiv.

consommateur et le salariée »⁴⁹⁹. Ainsi, comme nous l'avons souligné, aux termes de l'article 5.2 de la Convention et de l'article 3117 C.c.Q., quelle que soit la loi désignée par les parties, le consommateur ne peut être privé « *de la protection que lui assure les dispositions impératives*⁵⁰⁰ *de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* » lorsque l'une des trois circonstances énumérées ci-dessous existe. Il en va de même en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, auquel cas, c'est la loi du consommateur, considérée comme objectivement applicable qui aura vocation à régir la relation contractuelle. Les dispositions de ces deux articles ne sont pas des lois d'application immédiate⁵⁰¹ ou des normes d'application⁵⁰². Dans un article publié en 1984, le Professeur Goldstein a opéré une distinction entre ces notions notamment le caractère d'ordre public de la L.p.c. et la notion d'exception d'ordre public⁵⁰³.

Ainsi, la règle de conflit en matière de contrat de consommateur fonctionne comme suit : soit que les parties choisissent elles-mêmes la loi applicable à leur contrat, on parle de rattachement subjectif, soit qu'elles n'en choisissent pas, on parle alors de rattachement objectif.

⁴⁹⁹Gwendoline LARDEUX, « Système juridique applicable au contrat », *JurisClasseur Contrats-Distribution*, (2006), n° 73.

⁵⁰⁰Les dispositions impératives qu'il s'agit concerne à la fois les lois « ordinaires » de droit impératif interne et les règles impératives ayant une force obligatoire particulières constituant les « lois de police » qui sont prévues par l'article 7 de la convention de Rome.

⁵⁰¹Dans l'affaire *St-Pierre c. Canadian Acceptance Corp. Ltd.*, la Cour d'appel du Québec a jugé que la L.p.c. n'était pas une loi d'application immédiate; Voir Gérard GOLDSTEIN, « L'ordre public en droit international privé de la protection du consommateur : commentaire de G.M.A.C. c. Arnold », *McGill Law Journal*, (1984), 30, 142-159. Cf. C. EMANUELLI, *op.cit.*, note 469, p. 319. Cette position exclut l'idée que cette loi s'appliquerait automatiquement dès l'instant que le consommateur est un québécois.

⁵⁰²Le principe est que les règles internes ne peuvent s'appliquer à des situations internationales que dans la mesure où elles ont été désignées par les règles de conflits. Cependant, pour certaines situations particulières, le législateur national adopte des règles de fond interne avec vocation à s'appliquer non seulement aux situations internes mais également aux situations internationales sans passer par les règles de conflit. Il s'agit des règles d'application nécessaire. C'est une sorte d'élargissement de la compétence internationale des tribunaux.

⁵⁰³Pour les détails Cf. Gerald GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 501, pp.142-159.

a)- Le choix des parties de la loi applicable ou rattachement subjectif

« Les conventions tiennent lieu de loi [s] à ceux qui les font »⁵⁰⁴. Tel est le principe fondamental qui découle du principe de l'autonomie de la volonté⁵⁰⁵ que consacrent les articles 3 et 5 de la Convention de Rome et l'article 3117 du Code civil du Québec. Ce choix peut être exprès ou tacite (découler « d'une façon certaine » des dispositions du contrat). Olivier ITÉANU identifie, par exemple, des indices qui pourraient éventuellement servir de base de réflexion pour déduire la loi que les parties ont voulu choisir⁵⁰⁶.

Mais dans le contexte des contrats de consommation, cette liberté est fortement encadrée par les lois dans le but de protéger la partie faible. L'idée est de faciliter la recherche ou la détermination de la loi applicable au contrat de consommation. C'est pourquoi ce choix, même "volontairement" fait dans un contrat, est inopposable au consommateur qui peut par ailleurs réclamer l'application de « sa » loi de protection plus favorable. Pour invoquer donc le bénéfice de cette loi, le consommateur doit se trouver dans l'une des circonstances énumérées par les articles 5 de la Convention et 3117 C.c.Q. au moment de la conclusion du contrat.

Deux idées forces se dégagent alors de ces règles de conflits : « d'une part, le choix des parties ne saurait porter atteinte aux dispositions impératives de l'État où le consommateur

⁵⁰⁴ Jean DOMAT, Traité des lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, Herissant, 1705. Ce célèbre adage a été repris par le Code civil de Napoléon de 1804 et figure dans la quasi-totalité des codes civils.

⁵⁰⁵ Voir J.- L. BAUDOUIN et P.G. JOBIN, op.cit., note 165, p.117. Ces auteurs résument les conséquences juridiques de l'autonomie de la volonté en trois axiomes : « Le contrat est supérieur à la loi, la seule volonté crée l'obligation, le contrat librement consenti est toujours conforme à la justice et à l'intérêt social ».

⁵⁰⁶ O. ITÉANU, op.cit., note 171, p.42. Voici ces indices : « un contrat-type rédigé conformément à un système juridique déterminé; la référence ponctuelle à une loi dans une clause quelconque du contrat; une clause qui attribue compétence à une juridiction déterminée en omettant de préciser la loi applicable. Dans ce cas, il apparaît normal que le juge applique sa propre loi; la langue du contrat est, en revanche, un indice dont il faut se méfier car, à lui seul, il a régulièrement été jugé qu'il s'avérerait insuffisant pour déterminer la loi applicable ».

a sa résidence habituelle ; d'autre part, dans ce type de contrats c'est la loi de l'acheteur (partie la plus faible) qui devrait normalement l'emporter sur celle du vendeur »⁵⁰⁷.

Finalement, lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur relation contractuelle, la charge reviendra nécessairement au juge de suppléer leur volonté par la désignation d'une loi objectivement applicable.

b)- La loi applicable en cas de silence des parties ou rattachement objectif

La seconde situation résultant des articles 5 de la Convention et 3117 C.c.Q. est le cas où les parties n'ont effectué aucun choix de la loi applicable à leur contrat. Dans ce cas, la détermination de la loi applicable sera le seul apanage du juge qui désignera la loi selon les facteurs de rattachement objectifs.

L'article 5, paragraphe 3 apporte une dérogation à l'article 4 de la Convention. D'après ce paragraphe, en effet, nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, les contrats conclus par un consommateur « sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article »⁵⁰⁸. La dernière partie de l'article 3117 C.c.Q. adopte la même formulation et est donc au même effet. Sur cette seconde situation, le professeur Bernard AUDIT souligne que :

« La loi considérée comme objectivement applicable en l'absence de choix est celle de la *résidence habituelle du consommateur*. Mais certains éléments déterminés doivent s'y adjoindre, assurant que l'intéressé était un consommateur "statique" ou "passif", car il serait anormal qu'une personne s'étant déplacée de sa propre initiative à l'étranger puisse dans tous les cas invoquer sa propre loi »⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Mario GIULIANO et Paul LAGARDE, « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », commentaire sur l'article 5 de la Convention de Rome, *Journal officiel* n° C 282 du 31/10/1980 p. 0001 – 0050, disponible au http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_380Y1031_01.html (Consultation le 10 juin 2007).

⁵⁰⁸ Voir également les commentaires sur cet article M. GIULIANO et P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 507.

⁵⁰⁹ B. AUDIT, *op.cit.*, note 369, p. 670.

En effet, que les parties choisissent ou non la loi applicable à leur relation contractuelle, le résultat est le même ; ce choix reste subsidiaire dans l'esprit des textes et il « ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives » de la loi de sa résidence habituelle aux conditions énumérées⁵¹⁰. Dans la détermination de la loi applicable, le juge examinera notamment, l'ensemble des critères des règles de conflits juridictionnelles pour décider de la loi applicable au litige pendant devant son tribunal. S'il en vient à la conclusion de l'application des lois du *for*, il ne fera pas immédiatement comme des lois d'application nécessaire mais après leur désignation par les règles de conflit. C'est une sorte d'hommage discret que les législateurs ont voulu rendre à la sagacité des juges en leur laissant cette large discrétion d'appréciation. Il faut rappeler que le consommateur, s'il est en demande, est libre de choisir entre le tribunal du pays de résidence habituelle et le celui de la résidence ou de l'établissement du vendeur. Mais si par contre le professionnel est en demande, il ne peut obligatoirement saisir que le tribunal du lieu de résidence du consommateur.

Comme nous l'avons souligné, dans les deux situations, c'est la loi de résidence du consommateur qui est privilégiée. Mais pour bénéficier de cette loi, le consommateur doit se trouver dans l'une des circonstances énoncées par les textes qu'il convient d'abord d'examiner avant d'analyser la question du comportement (actif ou passif) du consommateur qui découle de l'examen de ces conditions.

Paragraphe 2 : Examen des circonstances donnant lieu à l'application de la loi du consommateur et analyse de son comportement

Le souci de protection du consommateur a guidé les rédacteurs de la Convention de Rome et ceux du C.c.Q. Ainsi, pour éviter qu'en vertu du principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie des parties, la loi du professionnel s'applique selon les articles 3 et 4 de la Convention de Rome et dans le souci de restaurer l'équilibre économique entre les parties dans les contrats de consommation, l'article 5.2 de la Convention de Rome et l'article

⁵¹⁰ Articles 5.2 de la Convention de Rome et article 3117 C.c.Q.

3117 C.c.Q. ont posé des balises limitant l'autonomie de volonté. Toutefois, on pourrait se demander quel type de consommateur devra-t-il bénéficier de ces lois de protection ? La doctrine semble divisée sur la question comme nous verrons ultérieurement.

1- Les circonstances d'application de la loi de résidence habituelle du consommateur

L'article 5.2 de la Convention de Rome dispose comme suit :

« Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu dans ce pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente »⁵¹¹.

À cette disposition, s'ajoute celle de l'article 5.3 qui accorde une priorité à l'application de la loi de résidence habituelle du consommateur en l'absence de choix conformément à l'article 3 dès lors que l'on est en présence de l'une de ces circonstances⁵¹².

De même, fortement inspiré de la Convention de Rome, par son objectif et par sa méthode⁵¹³, le Code civil du Québec en son article 3117 prévoit exactement les mêmes dérogations en faveur de la loi de résidence du consommateur :

« 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

⁵¹¹ (Nous avons souligné)

⁵¹² Art. 5.3 : « Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article ».

⁵¹³ Voir G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, op.cit., note 436, pp.621-622.

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 »⁵¹⁴.

Il résulte donc respectivement des paragraphes 2 et 3 de l'article 5 de la Convention de Rome et de l'article 3117 C.c.Q., deux situations que nous déjà exposées ci-dessus. La première constitue une limite à la liberté ou à l'autonomie de volonté des parties au profit de la loi de résidence du consommateur et la seconde substitue à l'absence de choix des parties par cette même loi du consommateur ; le tout n'étant possible que lorsque l'on est en présence de l'une des trois circonstances.

Ainsi donc, qu'il s'agisse de choix de la loi ou en l'absence de ce choix, le résultat est le même : la finalité est l'application de la loi de la résidence du consommateur à la condition que celle-ci lui soit favorable et qu'elle soit impérative.

En effet, pour l'application de cette loi, l'une au moins des trois circonstances prévues doit exister. Préablement conçues pour les contrats traditionnels, le problème de leur transposition dans le contexte de l'Internet se pose avec acuité et l'on est confronté à d'énormes difficultés en l'espèce. Ainsi, à la différence de la première et peut être de la deuxième circonstance, la troisième circonstance est pratiquement irréaliste dans le contexte de l'Internet.

a)- L'inapplicabilité de la troisième circonstance aux transactions en ligne

D'abord, dans le contexte de l'Internet, il y a une incertitude avérée de la réalisation de la troisième hypothèse prévue par les textes⁵¹⁵. En effet, on ne peut imaginer un instant

⁵¹⁴ Article 3117 C.c.Q. (Nous avons souligné).

⁵¹⁵ Tanguy VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable et juridiction compétent sur internet », (1998) 3 *RDAI/IBLJ*, 387; Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 1998, T.1, pp 262 et 263.

qu'en visitant un site Web, fût-ce-t-il étranger, un cyberconsommateur se rend dans le pays du cybercommerçant; puisqu'Internet a effectivement pour but d'éviter le déplacement du consommateur⁵¹⁶. Nous écartons dès lors la thèse qui voudrait que l'on applique cette troisième hypothèse aux transactions passées par Internet.

De toute manière, comme l'affirmait un auteur, appliquer cette hypothèse est la manifestation d'une attitude déloyale du commerçant, une tentative de *fraude à la loi* de la résidence du consommateur⁵¹⁷. Le professeur GOLDSTEIN note une différence majeure entre l'article 5 de la Convention de Rome et l'article 3117 C.c.Q. en ce sens que contrairement à la Convention de Rome, le droit québécois n'exige pas que le voyage à l'étranger soit spécifiquement organisé par le commerçant pour y inciter ensuite le consommateur à conclure le contrat, mais il suffit qu'il l'ait incité à venir à l'étranger⁵¹⁸. En ce sens, il estime que la solution québécoise se montre plus efficace par rapport à celle de la Convention de Rome; argument que nous approuvons.

Mais dans l'hypothèse où un cyberconsommateur étranger en déplacement touristique, se rendrait par exemple en France et y commanderait un ordinateur, *via* Internet, à un commerçant établi en France, la loi applicable en l'absence de choix de la loi applicable dans le contrat ou si ce choix invalide le contrat, serait celle qui présente les liens les plus étroits avec l'acte juridique⁵¹⁹. L'article 3113 C.c.Q. prévoit que ces « liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence » ou son établissement (dans l'hypothèse où le contrat intervient dans le cours des activités d'une entreprise⁵²⁰. Il serait également difficile pour ce consommateur d'invoquer l'application de la clause échappatoire en regard de l'article 3117 al.3 C.c.Q. qui prend en compte des critères pertinents pour désigner objectivement la loi de résidence du consommateur⁵²¹.

⁵¹⁶ V. GAUTRAIS, *op.cit.*, note 515, p. 262- 263; Voir : Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, p.196.

⁵¹⁷ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 165; Voir également G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.627.

⁵¹⁸ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 165; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.627.

⁵¹⁹ Art. 3112 et art. 4 Convention de Rome.

⁵²⁰ Article 3113 C.c.Q. Cette présomption n'est que rfragable et peut être repoussée à tout moment.

⁵²¹ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p.165. Les articles 3112 et 3113 C.c.Q. permettent également d'écarter l'article 3082 C.c.Q.

Il s'ensuit que l'application de la loi de résidence du consommateur n'est pas automatique, mais elle découle des critères pertinents. Comme le souligne Sinay-Cytermann, « *la loi de la résidence habituelle du consommateur n'est pas compétente parce qu'elle [lui] est plus favorable [...] mais parce qu'elle est prévisible pour le consommateur* »⁵²².

Enfin, cette troisième circonstance étant inadaptée au contexte de l'Internet, il nous semble que la chance de succès des consommateurs qui tenteraient néanmoins tenter d'invoquer son application est mince.

Qu'en est-il alors de la deuxième hypothèse?

b)- Deuxième hypothèse : la réception de la commande par le fournisseur dans le pays de résidence habituelle du consommateur

Il est plus facile de prouver, en matière de contrat classique, la réception d'une commande par le commerçant ou son représentant au lieu de résidence du consommateur. La réception dans ce lieu, revient à dire que le « commerçant (ou son représentant) est allé solliciter le consommateur chez lui⁵²³ », ce qui devrait lui éviter un effet de surprise en cas d'application de la loi du consommateur. C'est donc cette réception de la commande qui est la dernière étape de la formation du contrat entre absents, qu'il s'agit dans cette hypothèse.

Si nous appliquons ce raisonnement dans le domaine de contrat de consommation en ligne, on pourrait estimer, par analogie, appliquer la loi de résidence du consommateur en droit québécois⁵²⁴. La raison est que l'article 54.2 de la L.p.c.⁵²⁵ présume que « le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur », donc au lieu de sa résidence;

⁵²² G. LARDEUX, *loc.cit.*, note 499, n° 76, p.16. (Les italiques sont de nous).

⁵²³ Société *Verkoopconsortium Engels c. Consorte Coutenier*, T.G.I. Dunkerque, 19 février 1988, (1988) J.D.I. 713, note Ph. KAHN, cité par G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 434, p.167.

⁵²⁴ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.626.

⁵²⁵ Ancien Art. 21 L.p.c.

et puisque le droit québécois préconise le lieu de réception de la commande comme lieu de formation, il s'ensuit que ces deux lieux coïncident. Mais il aurait un risque à ce que cette internationalisation de la conception interne du lieu de formation du contrat à distance englobe tous les contrats de consommation et éliminerait les critères posés par l'article 3117 C.c.Q.

C'est pourquoi des auteurs soutiennent simplement que cette deuxième circonstance est peu probable dans le contexte d'Internet⁵²⁶ mais qu'il est néanmoins possible qu'un cyberconsommateur puisse s'y fonder pour réclamer l'application de "sa" loi de résidence⁵²⁷. Cependant, peut-on considérer qu'une commande lancée par un consommateur *via* Internet et reçue par le cybercommerçant établi à l'étranger, est supposée être reçue dans le pays du consommateur? Le doute est donc permis à cet égard. À cette question, certains auteurs y répondent par la négative en soutenant que les textes exigent la présence physique effective du fournisseur ou tout au moins de son mandataire sur le territoire du consommateur⁵²⁸. Pour l'auteur, le critère de localisation est inadapté à l'Internet car le consommateur adresse sa commande dans le pays du fournisseur : « *la grande fonctionnalité d'Internet comme mode de communication est précisément celle de permettre au consommateur d'adresser sa commande dans le pays du commerçant [et non dans son propre pays de résidence]* »⁵²⁹. Dans cette hypothèse, on pourrait déduire que la présence dans le pays de résidence du consommateur, du serveur du cybercommerçant, est insuffisante pour l'application de cette hypothèse puisqu'elle ne prouve pas que la commande ait obligatoirement été reçue en ce lieu. Aussi, le lieu de réception d'une commande étant immatériel, il est également difficile de le prouver sur Internet⁵³⁰; ce qui amenuise le rattachement ou le lien entre la situation et la loi de

⁵²⁶ Alessandra ZANOBETTI, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », *RDAI*, (2000) 5, 555.

⁵²⁷ T.-V. OVERSTRAETEN, *loc.cit.*, note 515, p. 389.

⁵²⁸ V. GAUTRAIS, *op.cit.*, note 515, p.157.

⁵²⁹ *Id.*, p.264. Dans la même logique, Voir Société *Verkoopconsortium Engels c. Consorte Coutenier*, T.G.I. Dunkerque, 19 février 1988, (1988) *J.D.I.* 713, note Ph. KAHN, cité par G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.626.

⁵³⁰ Pour les détails relatifs à la question de preuve électronique, le lecteur pourra lire Frédérique DUPUIS-TOUBOL, « Commerce électronique : comment en apporter la preuve? » *RDAI*, (1998) 3, 329-347.

résidence du consommateur; situation pouvant éventuellement entraîner des cas de *forum shopping* de la part du cybercommerçant.

Cette deuxième circonstance, bien que raisonnable en soi, ne demeure pas moins injuste dans le cadre de l'Internet et ne peut que laisser place à une relative insécurité juridique pour le cybercommerçant; d'où une nécessaire adaptation de l'article 5 de la Convention de Rome et partant, de la l'article 3117 C.c.Q. pour tenir compte de ce médium dans la prochaine réglementation telle que le règlement Rome I et éventuellement du Code civil du Québec.

Enfin, la probabilité de l'applicabilité de cette deuxième circonstance aux contrats de consommation en ligne étant relativement moindre, seule la première nous semble avoir des chances possibles de succès dans ce contexte ; faute de mieux.

c)- Première hypothèse : la communication commerciale préalable

La première circonstance de la conclusion du contrat selon l'article 5 de la Convention de Rome et l'article 3117 C.c.Q., a été reprise par l'article 13 de la Convention de Bruxelles I. Ainsi, le consommateur n'est protégé que si « la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays (celui de la résidence habituelle du consommateur) d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ». Il convient de noter, au passage, que l'article 3117 C.c.Q. utilise le terme d'« offre spéciale » alors que la Convention de Rome parle de « proposition faite »; mais à y voir de près, ces deux termes concourent à la même réalité.

Cette première circonstance que l'on qualifie parfois de condition de « passivité », suppose que, le consommateur reste dans son pays de résidence, par démarche active ou par sollicitation, le vendeur se rend chez lui et que le consommateur y pose les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Ce dispositif préalablement conçu pour les

transactions passées dans le monde physique, suscite diverses interprétations lorsqu'il est appelé à s'appliquer aux transactions en ligne.

Pour une meilleure compréhension de l'hypothèse, il convient d'examiner d'une part, la question d'« offre » ou de « proposition spécialement faite » en la distinguant des notions de publicité et d'information⁵³¹ et, d'autre part, de comprendre dans quelle mesure et en quel lieu le consommateur accomplirait les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Au surplus, il faut savoir comment peut-on déterminer ce lieu d'accomplissement par le consommateur, de ces actes nécessaires à la conclusion du contrat.

C-1)- Le sens de « l'offre » ou « proposition spécialement faite »

En premier lieu, lorsqu'un internaute reçoit un message électronique commercial dans son courriel, il est évident qu'il s'agit d'une proposition ou d'une offre qui lui est spécialement faite. S'il répond à ce message non sollicité ou à une publicité rencontrée, sur un autre site⁵³² ou apparue sur son écran en naviguant sur Internet et qu'il lance ainsi une commande à l'offrant ou conclut un contrat sur Internet, on peut considérer qu'il a été effectivement sollicité pour conclure ce contrat, puisque le but de l'annonceur était d'obtenir un contrat. Il en va de même, lorsque l'internaute active un lien sponsorisé sur le site Web dans lequel il navigue. Dans tous ces cas de figures, le commerçant adopte une attitude « active » alors que le consommateur demeure passif de telle sorte que la première sous-condition de la première hypothèse est rencontrée.

Selon certaines conceptions, une offre formulée sur un site Web de commerce électronique constitue une sollicitation⁵³³ du consommateur et que celle-ci intervient dans le pays de résidence du consommateur, dès lors qu'il a eu accès au site depuis ce pays⁵³⁴. Cependant, admettre une telle interprétation reviendrait à faire peser sur les

⁵³¹ *Supra*. Section 2 chap.1 Partiel. L'information est une condition substantielle de formation du contrat dont la violation entraîne des sanctions.

⁵³² Cette publicité peut s'effectuer par le mécanisme des liens publicitaires très fréquemment utilisés sur les sites Web des acteurs du commerce par Internet.

⁵³³ Si la convention de Rome utilise le terme « proposition », le C.c.Q. en son article 3117 utilise plutôt celui d'« offre spéciale » tandis que les articles 20, 55, 57, 229 de la L.p.c. du Québec parle de sollicitation.

⁵³⁴ J. PASSA, *loc.cit.*, note 338, 37.

cybercommerçants, une lourde charge les exposant, par ce biais à la compétence des tribunaux ainsi qu'à l'application des lois de tous les pays dont les internautes ont eu accès au site de ceux-ci. C'est la raison pour laquelle la majorité de la doctrine, rejette cette interprétation trop extensive qui, du reste, n'a pour seul effet que de décourager le commerce en ligne et de déborder les limites de la protection que les lois ont entendu accorder aux consommateurs. Nous faisons nôtre cette position.

En revanche, lorsque le consommateur accède à un site Internet contenant des offres ou publicités sur des produits ou services consultables, en interrogeant par exemple un moteur de recherche ou en passant par un portail, la doctrine dominante⁵³⁵ propose de faire une distinction selon que le site « cible » le pays du consommateur ou non pour savoir si le consommateur est actif ou passif ou plutôt si l'annonceur a été actif. Pourtant, il faut rappeler que l'article 5.2, premier tirait de la Convention de Rome et de l'article 3117 al.1 C.c.Q. parlent plutôt d'« offre » ou de « proposition » spécialement faite au consommateur; mécanismes difficiles à réaliser dans le cadre de l'Internet.

Mais quelle position semble-t-elle la mieux adaptée au contexte de l'Internet? À cet égard, il faut convenir que le problème est en réalité plus complexe qu'il n'apparaît. Comment savoir si un site Web a directement et spécialement ciblé un pays ou groupe de pays bien déterminé? Il n'est pas évident de décider qu'en ouvrant, en France ou au Québec, un site Internet en « .fr », une compagnie américaine ou anglaise exploitant à l'étranger un site Web en « .com », a voulu viser particulièrement les internautes québécois ou français; le français étant une langue internationale et reconnue comme telle.

Selon Alessandra ZANOBETTI, on devrait prendre en compte le genre de message, la langue utilisée, le genre de produit ou de service, la monnaie dans laquelle est libellé le prix pour établir si le pays du consommateur était directement et spécialement visé. Dans ce cas, les règles protectrices s'appliquent; autrement, elles ne s'appliqueront pas.

⁵³⁵ A. ZANOBETTI, *loc.cit.*, note 526, p.556; M. Vivant, « Business to Consumer (B to C) : Loi applicable et le juge compétent », *Légicom* 2000, n° 21/22, p. 97.

On serait peut être tenté de penser qu'un site Web qui utilise des produits spécifiques destinés à la consommation d'une population donnée dans une partie du monde, a voulu, par ces indices de rattachement, viser spécialement cette population.

Sur cette question de l'interprétation du critère "d'offre spécialement faite", le professeur GOLDSTEIN précise que l'article 3117 C.c.Q. doit être interprété « en exigeant non pas que la *conclusion* du contrat se réalise elle-même au lieu de la résidence du consommateur, mais seulement que *l'offre spéciale ou la publicité et les actes nécessaires à sa conclusion s'y réalisent* »⁵³⁶. Selon l'auteur, « l'expression "dans ce lieu" ne précise pas ce qui précède (« la conclusion du contrat »), mais ce qui suit (publicité, etc.) »⁵³⁷.

Contrairement au contrat de consommation classique⁵³⁸ dans lequel la condition suppose que le commerçant ait sollicité le consommateur dans son lieu de résident, il est plus complexe dans l'internet, de déterminer le lieu de survenance du « faisceau de conditions »⁵³⁹ que les textes exigent pour l'application de la loi du consommateur.

Si nous jetons un regard sur l'article 15.1 du règlement du 22 décembre 2000 relatif à la compétence juridictionnelle⁵⁴⁰, qui parle *d'activités dirigées vers* l'État du consommateur, nous estimons que ce critère de localisation, est parfaitement transposable en matière de détermination de la loi applicable dans les transactions en ligne et pourrait de surcroît fortement aider les acteurs de la révision de la Convention de Rome (proposition de la Convention Rome I).

⁵³⁶ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p.165. (Les italiques sont dans le texte original); G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.624.

⁵³⁷ *Id.*

⁵³⁸ Dans ce type de contrat de consommation est de pratique courant que le consommateur se déplace moins. C'est pour quoi les textes tentent de lui assurer une meilleure protection.

⁵³⁹ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.624.

⁵⁴⁰ Article 15.1 : « En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section [...], c) lorsque, [...], le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, *dirige ces activités vers* cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ».

En second lieu, quant à la notion de publicité, nous renvoyons le lecteur à la définition nous avons déjà fournie⁵⁴¹. Mais la localisation de la publicité dans Internet chez le consommateur reste tout à fait aléatoire⁵⁴² et relève de la pure fiction puisqu'en l'espèce, la technologie dépasse le droit⁵⁴³. Certains indices nous permettent toutefois d'admettre qu'une publicité est localisée chez le consommateur. C'est le cas par exemple de l'utilisation par le vendeur, de la technique du *push*⁵⁴⁴ dans sa publicité dont la preuve est souvent faite par la présence de *cookie*⁵⁴⁵ sur l'ordinateur de l'internaute. En tout état de cause, les questions relatives à la publicité seront appréciées selon la loi la résidence du consommateur qui est plus favorable et donc par le juge du *for*.

Enfin, même si l'on admet dans certains cas que le consommateur a été effectivement sollicité par le cybercommerçant, encore faut-il prouver que cette sollicitation est également intervenue dans le pays de résidence habituelle de ce consommateur. Or, comme l'affirme Olivier CACHARD :

« À l'exception sans doute des courriers électroniques, il peut être fort délicat de localiser les moyens publicitaires utilisés sur le réseau. S'ils ne sont pas expressément limités au pays du consommateur, ou à plusieurs pays dont celui-ci, rien ne permet d'affirmer que le consommateur est sollicité dans son pays; ce qui crée une grande insécurité juridique »⁵⁴⁶.

Par ailleurs, la question de la pertinence de la condition relative à la « *proposition spécialement faite* » se pose avec acuité en ce qui concerne l'Internet. On peut penser qu'en prenant le risque de commercer *via* Internet, le commerçant doit s'attendre à l'application d'autres lois : c'est le prix à payer de l'éventail de vente et de concurrence qu'il profite. Mais dans ce cas, on ne saurait exiger l'application au commerçant, de toutes les lois de tous les pays des consommateurs qui ont accédé à son site. Ce serait une

⁵⁴¹ *Supra*. Par. 1 sect. 1 chap. 1 partie 1. Le lecteur pourra également y consulter la définition donnée par la Cour de cassation française sur la publicité.

⁵⁴² Voir C. FROMENT, *loc.cit.*, note 487, p. 33, citant M. Vivant, *loc.cit.*, note 535, p. 97.

⁵⁴³ G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p. 625.

⁵⁴⁴ Push media s'entend par la diffusion sélective ou la distribution personnalisée des messages. Par ce mécanisme, l'information est poussée vers l'internaute qui n'effectue pas de recherche individuelle mais la reçoit ou y accède; Voir H. BITAN, « Comprendre les mots de l'Internet », *Gaz. Pal.* 11-15 juin 2000, glossaire, p. 19 cité par C. FROMENT, *loc.cit.*, note 487, p. 33.

⁵⁴⁵ Il s'agit d'un petit fichier qui a pour rôle de recueillir les traces de passage de l'internaute sur Internet; Voir : C. FROMENT, *loc.cit.*, note 487, p. 33.

⁵⁴⁶ Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, n° 286.

façon de le décourager d'émerger dans ce secteur de commerce alors que la préoccupation des gouvernements est d'adopter des mesures et politiques destinées à favoriser le développement de cette nouvelle façon de commercer⁵⁴⁷. On peut également soutenir que pour le consommateur qui se ravitaille sur Internet et non au coin de la rue, la diminution de sa protection reflèterait l'aubaine qu'il trouve sur Internet⁵⁴⁸. Le consommateur étant dans la plupart des cas, novice dans l'utilisation des techniques employées par les annonceurs et en raison de sa qualité de partie faible, on devrait lui assurer plus de protection en vue de rétablir l'équilibre dans le contrat avec le professionnel. D'où la nécessité d'analyser l'intention réelle du commerçant pour savoir s'il a dirigé son activité vers le pays de résidence habituelle du consommateur, comme le préconise la proposition de règlement Rome I.

En conséquence, il sied de soutenir que ce critère n'est véritablement pas pertinent en soi dans le monde virtuel au delà son utilité dans le monde « réel »; il mérite donc d'être revisité en tenant compte de l'évolution de la technologie. Enfin, il convient d'examiner la condition relative à « l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat » que préconisent les textes.

C-2- Condition relative à « l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat »

En ce qui a trait à l'accomplissement par le consommateur, des « *actes nécessaires à la conclusion du contrat* »⁵⁴⁹ dans son pays de résidence, il est admis que cette condition est remplie dès lors que le consommateur accède au site internet du vendeur dans son pays de résidence habituelle, ce qui établit la relation contractuelle. Ces actes ne sont pas bien déterminés; mais l'on peut considérer qu'il en est ainsi lorsque par exemple le

⁵⁴⁷ J. PASSA, *loc.cit.*, note 338; Voir également « l'ABC sur les principes régissant la protection du consommateur dans le commerce électronique : le cadre canadien »

<http://www.cba.ca/fr/viewdocument.asp?fl=-1&sl=95&docid=263&pg=1> (Consultation le 5 juin 2007).

⁵⁴⁸ Voir pour les détails sur ces positions : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.625.

⁵⁴⁹ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p.168. Le professeur GOLDSTEIN nous enseigne que cette expression tire certainement son origine de l'article 27 al. 2b du Unfair Contract Terms Act (U.C.T.A.) du Royaume-Uni en 1977.

consommateur remplit un formulaire *ad hoc* soit expédie des commandes⁵⁵⁰ soit transmet des renseignements obligatoires ou des documents précontractuelles, en procédant à la signature électronique, peu importe le lieu effectif de la conclusion du contrat ou même si par ailleurs le contrat n'a pas été conclu. Autrement dit, il s'agit de tenir compte de l'ensemble des *faits éventuellement accomplis afin de matérialiser l'accord de volonté* et que l'on considère comme rattachements pertinents⁵⁵¹.

Ainsi, peut-on réellement conclure qu'effectuer un simple *clic* est constitutif d'acte nécessaire à la conclusion du contrat? La réponse dépend évidemment de la loi applicable à la forme du contrat dans le système juridique considéré et des interprétations doctrinales⁵⁵².

Certains auteurs proposent de distinguer la conclusion du contrat des actes nécessaires ou essentiels à la conclusion du contrat⁵⁵³ car la conception de la formation du contrat à distance ou contrat en ligne diffère selon les systèmes juridiques. Ainsi, si certains favorisent la théorie de l'émission⁵⁵⁴, d'autres à l'opposé, préfèrent la théorie de la réception⁵⁵⁵. Il s'agit donc des rattachements supplémentaires dont l'appréciation ou la détermination reste soumise à la loi de protection du consommateur; en droit québécois, à l'article 1385 C.c.Q. al.1⁵⁵⁶ ainsi qu'à l'article 3078 al.2 C.c.Q.⁵⁵⁷, pour tenir compte de la loi étrangère au lieu de résidence du consommateur.

⁵⁵⁰ J. PASSA, *loc.cit.*, note 338, 37.

⁵⁵¹ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 168.

⁵⁵² *Supra*. Section1, chap.2 Partie1. Selon M. VIVANT et autres, « [...] si le consommateur reçoit sur son ordinateur la proposition de contracter ou une publicité pour le faire, s'il répond de chez lui pour accepter cette proposition, il y accomplit les actes nécessaires à la conclusion de la convention »; Voir également R. DUASO CALÉS, *loc.cit.*, note 374, p. 9; G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 168. En droit Québécois, l'auteur nous renvoie aux dispositions des articles 1385 al. 1 C.c.Q. et 3078 al. 2 C.c.Q qui traitent de la forme de l'acte.

⁵⁵³ Anne Catherine IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux. Études suisses de droit international*, Genève, Georg-Librairie de l'Université, 1981, p.188, citant Mann, ICLQ 1978, p. 663.

⁵⁵⁴ En droit anglais par exemple, un contrat est conclu en ligne dès lors que l'internaute expédie sa commande au vendeur ou prestataire. Cf A.-C. IMHOFF-SCHEIER, *opt.cit.*, note 553.

⁵⁵⁵ Le contrat est effectivement conclu à partir du moment où la lettre d'acceptation a été reçue.

⁵⁵⁶ Art. 1385 al.1 C.c.Q. : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle »

Toutefois, les difficultés apparaissent lorsque vient le moment de déterminer le **lieu réel d'accomplissement de ces actes nécessaires à la formation du contrat**. Comment prouver en effet, que le consommateur a accomplis ces actes dans son pays de résidence lorsqu'il se déplace avec son ordinateur portable dans un pays autre que son pays de résidence ? Quel sera ce lieu d'accomplissement de ces actes s'il se connecte en mer dans l'espace ou dans un avion ? Pourtant, la condition supplémentaire est bien l'accomplissement, par le consommateur, des actes nécessaires à la formation du contrat dans son pays de résidence habituelle. À cet égard, même si le cyberspace constitue pour certains, un élément d'extranéité⁵⁵⁸, il n'en demeure pas moins pour d'autres qu'il ne constitue pas un facteur de rattachement⁵⁵⁹ puisqu'il est difficile de le localiser en raison de son caractère immatériel et qu'il n'existe pas non plus dans le cyberspace, ce que certains auteurs appellent la "*lex mercatoria numerica*"⁵⁶⁰. Par conséquent, cette sous-condition devient, en quelque sorte, illusoire et irréaliste dans le contexte de l'internet.

Dans l'hypothèse d'un consommateur passif qui répond à un message électronique l'invitant à conclure un contrat ou lorsqu'un internaute effectue des recherches et conclut un contrat, il n'est pas facile dans ces cas, de prouver le lieu physique où se trouvait l'internaute au moment de l'envoi de son message.

⁵⁵⁷ Art. 3078 al. 2 C.c.Q. : « Lorsque le tribunal ignore une institution juridique ou qu'il ne la connaît que sous une désignation ou avec un contenu distinct, la loi étrangère peut être prise en considération ».

⁵⁵⁸ S. GUILLEMARD, *op.cit.*, note 17, p. 362. Selon l'auteure, « Considérer le cyberespace comme un moyen de communication au même titre que le téléphone, par exemple, maintient le cadre exclusivement terrestre et donc géographique des relations entre les contractants. Lui reconnaître une qualité spatiale, au contraire, c'est admettre l'existence d'une entité qui se situe en dehors de la planète et de son découpage territorial. À ce titre, cette entité est "étrangère" à la terre et à ses territoires [...] L'élément d'extranéité est donc le fait qui provoque le besoin de rattachement. ».

⁵⁵⁹ S. GUILLEMARD, *op.cit.*, note 17, p. 363. Pour l'auteure, puisque le facteur de rattachement est intimement lié à l'ordre juridique dans la sphère duquel il se trouve et comme on ne peut pas opérer un rapprochement entre cyberspace et ordre juridique, le premier ne constitue donc pas un facteur de rattachement.

⁵⁶⁰ Le Professeur Alain PRUJINER s'exprime sur ce sujet en soutenant qu'il est prématuré de déceler dans le cyberspace, à l'état actuel du droit, « un noyau de normes et d'autorités assez dense pour constituer un système, un ensemble de système juridique identifiable », Voir S. GUILLEMARD, *op.cit.*, note 17, p.369, citant A. PRUJINER, « Le droit international privé : un droit du rattachement » dans Ch. Dominicé, R. Patry et C. Reymond, dir., *Etudes de droit international* en l'honneur de Pierre LALIVE, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Éditions Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 161-162.

Par ailleurs, qu'arrive-t-il si, lors de la conclusion du contrat en ligne, le consommateur ment sur son lieu de résidence habituelle pour profiter d'une loi plus favorable au détriment de la loi normalement applicable au contrat? À cet égard, les textes en la matière étant silencieux, on peut en déduire que le doute profite au consommateur car il n'est pas exigé que le cybercommerçant connaisse exactement le lieu de résidence habituelle de son cocontractant avant ou au moment de la conclusion du contrat. Le commerçant ne saurait non plus invoquer l'argument de fraude ou de mensonge du consommateur contre ce dernier pour écarter l'application des lois de protection de la partie faible.

Comme nous pouvons le constater, la mise en œuvre de cette première hypothèse est difficile, dans le cadre de l'internet et l'on peut être porté à se demander si cette condition est vraiment pertinente⁵⁶¹. Et « si l'on adoptait dans le cadre de la loi applicable le critère des "activités dirigées" vers le pays sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, une telle condition ne se concevrait plus »⁵⁶².

En somme, dans la détermination de la loi applicable au litige de consommation en ligne, la démarche consistera donc pour le juge, en vertu de sa règle de conflit (article 5 de la Convention de Rome ou article 3117 C.c.Q.), à décider si c'est la loi de protection du consommateur qui s'appliquera ou si c'est une loi étrangère. Dans le premier cas, il désignera la ou les lois internes spécifiquement applicables au contrat de consommation en ligne en tenant également compte de l'ensemble des circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat et ce, en fonction de la loi du *for* compétent généralement celle du pays de la résidence habituelle du consommateur. La résidence⁵⁶³ apparaît donc comme facteur clé de rattachement entraînant l'application de la loi du consommateur en sus des trois circonstances que nous venons examiner.

⁵⁶¹ M. FALLON et J. MEEUSEN, *loc.cit.*, note 498, p. 449.

⁵⁶² C. FROMENT, *loc.cit.*, note 487, p. 34.

⁵⁶³ Le Code civil du Québec distingue la résidence du domicile. Selon l'article 77 C.c.Q. « La résidence d'une personne est le lieu où elle demeure de façon habituelle; en cas de pluralité de résidences, on considère, pour l'établissement du domicile, celle qui a le caractère principal ». Le domicile est défini par l'article 75 du même code : « Le domicile d'une personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu de son principal établissement ».

De l'examen des circonstances décrites dans ces textes, une autre question surgit: quel type de consommateur devra-t-il bénéficier de la loi de protection que le juge détermine? Précisément, quelle place occupe le comportement du consommateur dans l'analyse de ces circonstance?

2- La prise en compte du comportement du consommateur dans la conclusion du contrat de consommation en ligne

L'une des questions qui se pose, est celle de savoir si les circonstances de la conclusion du contrat au sens des articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q., ne concernent que le consommateur 'passif'. À l'inverse, c'est la question du comportement actif du cybercommerçant qui se pose.

Selon ces textes, l'application de la loi de police du consommateur suppose « [...] une initiative du professionnel »⁵⁶⁴ et donc un comportement passif du consommateur. C'est donc lorsque l'on se rend compte du comportement actif du cybercommerçant que le processus d'application des lois de police du consommateur est déclenché.

Pour bénéficier de cette protection, certains préconisent que le consommateur doit en être digne *en ne prenant aucune initiative de la transaction*⁵⁶⁵; il doit demeurer passif à cet égard. Monsieur Frédéric LECLERCE résume cette démarche de protection en ces termes:

« assurer au consommateur l'application des règles protectrices auxquelles il est censé s'être fié, et dans le même temps faire en sorte que le consommateur jouisse au moins du degré de protection estimé nécessaire par le législateur du pays où il a sa résidence habituelle. »⁵⁶⁶

Ainsi, le consommateur ne peut pas invoquer l'application de « sa » loi, en toutes circonstances notamment lorsqu'il se déplace de son propre chef dans un autre pays ou

⁵⁶⁴ O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, n°301, p. 196.

⁵⁶⁵ Cf. LECLERC, *op.cit.*, note 497, p.498-502.

⁵⁶⁶ *Id.*, p.498.

procède à des recherches actives sur Internet pour y conclure ou non un contrat. Il doit dans ces cas, être conscient de sa soumission éventuelle à un ordre juridique différent du sien. Il serait alors injustifié qu'il soit admis à invoquer les dispositions impératives de sa loi de résidence habituelle.

Mais dans quelle mesure l'on peut véritablement distinguer sur Internet un consommateur actif d'un consommateur passif? Cette distinction est-elle pertinente pour atteindre les objectifs de protection du consommateur?

Dans la formulation des articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q., on peut prouver que le commerçant est allé trouver le consommateur chez lui en ce qui concerne le commerce classique. Mais lorsque l'on transpose cette condition aux réalités de l'internet, il apparaît davantage difficile de repérer un consommateur actif ou passif sur Internet. Cependant le rapport explicatif des professeurs GIULIANO et LAGARDE nous démontre cette possibilité. En effet, ces auteurs y soutiennent que l'article 5 ne s'applique pas si le vendeur croit avoir affaire à un consommateur et qu'il n'était non plus supposé le savoir⁵⁶⁷. Selon eux, la protection conférée par les dispositions impératives de la loi du pays de résidence habituelle ne peut profiter qu'au « consommateur passif », considérant que la notion est susceptible de degrés⁵⁶⁸ et par conséquent, admettent cette distinction entre consommateur actif et passif.

D'autres soutiennent que, pour une protection efficace du consommateur, l'article 5 de la Convention de Rome doit être interprété de manière extensive pour s'appliquer à tous les contrats de consommation passés à l'Internet qu'ils soient avec un consommateur (« actif » ou « passif ») ou non et que les cybercommerçants devraient non seulement se renseigner sur la qualité de leurs clients mais également prendre en considération les dispositions impératives du pays de résidence habituelle de ceux-ci⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ M. GIULIANO et P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 507.

⁵⁶⁸ Mohamed Salah Mohamed MAHMOUD, « Loi d'autonomie et méthode de protection de la partie faible en droit international privé », Recueil des cours, Académie de droit international, T. 315, 2005, 197, citant M. GIULIANO et P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 507, p.13.

⁵⁶⁹ Cf. M. FALLON et J. MEEUSEN, *loc.cit.*, note 498, p. 445, citant M. V. POLAK, « Internationaal privaatrecht : vangnet voor het internet », *Handelingen Nederlandse juristenvereniging*, 1998-I, p. 85-88.

Dans la même logique, d'autres préconisent une thèse plus extensive tendant à l'application de la troisième hypothèse de l'article 5.2 de la Convention de Rome à des contrats conclus sur Internet en estimant qu'il s'agirait d'un « voyage virtuel »⁵⁷⁰. Mais selon nous, avec respect, nous soutenons que l'Internet ne saurait être assimilé au monde réel dans l'interprétation de la troisième hypothèse des articles 5 de la Convention et 3117 C.c.Q., dans la mesure où joindre un internaute par un site Web ne saurait signifier organiser un voyage. Et mieux, cette position entre en contradiction flagrante avec le but de l'Internet qui est d'éviter le déplacement d'une part, et d'autre part, elle s'écarte de l'esprit des textes de protection du consommateur tel que l'article 54.2 L.p.c. du Québec qui présume la conclusion du contrat à distance au lieu de résidence du consommateur. Si l'on admet donc qu'être sur Internet équivaut à un voyage, on favoriserait l'application de la loi du vendeur et l'intérêt du consommateur ne sera plus servi. Il faut donc repenser cette position.

Pour les partisans de ce nouveau courant doctrinal par contre, le comportement actif du consommateur compromet dangereusement et restreint de manière indue la poursuite des objectifs de protection que l'on préconise actuellement dans les transactions sur Internet⁵⁷¹.

Selon eux, le critère de l'initiative s'écarte en premier lieu, de la finalité du droit de la consommation et n'obéit tout simplement à aucune logique en raison du fait que le consommateur serait tout de même digne de protection. Ainsi, selon eux, « *[le] fait que ce soit le consommateur ou le professionnel qui prenne l'initiative, ne justifie en rien qu'un degré de protection moins important soit conféré au consommateur* »⁵⁷². Ils soutiennent en plus que la distinction entre consommateur « passif » et « actif » est de nature à «

⁵⁷⁰ Yves POULLET, « Transaction via Internet et protection des consommateurs », in J. SUYCK et E. BALLON (éd.) *Verkoop op afstand en telematica*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, p. 148-149.

⁵⁷¹ O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, p. 196.

⁵⁷² O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, p. 197; M. VAN HUFFEL, « Développements européens en matière de vente à distance et de commerce électronique », dans *Vente à distance et télématique, aspects juridiques*, p. 13.

limiter singulièrement et abusivement la protection du consommateur »⁵⁷³. Le deuxième argument de ce courant doctrinal est fondé sur l'inadaptation de ce critère au commerce en ligne dont l'une des caractéristiques est l'interactivité entre le professionnel et le consommateur. Ainsi, le consommateur ne pourrait bénéficier de la protection que lui confère le droit de la consommation si ce critère était maintenu⁵⁷⁴; le commerçant étant en position privilégié va souvent soutenir que c'est plutôt l'internaute qui a pris l'initiative de la transaction et ce, dans le seul but d'échapper à l'application de la loi de celui-ci.

Il résulte donc de cette nouvelle doctrine, à laquelle s'associe la Professeure Sylvette GUILLEMARD que, si cette distinction entre consommateur actif et passif est théoriquement viable, elle est pratiquement illusoire, donc non pertinente et incohérente pour les besoins de protection du consommateur car « un consommateur reste, quelle que soit son attitude, un être faible nécessitant protection »⁵⁷⁵.

En revanche, nous soutenons que la position de cette doctrine est extrême et écarte la prévisibilité qui est pourtant nécessaire à l'épanouissement du commerce international. De même, il est illusoire de penser que le consommateur doit bénéficier en tout temps de « sa » loi de résidence habituelle. Ainsi, « lorsqu'il sort de sa sphère juridique, [il] risque de ne jouir d'aucune protection particulière parce que les lois du type de la Loi sur la protection du consommateur [, le Code de la consommation en France, les directives européennes] ne sont pas des lois d'application immédiate »⁵⁷⁶. Par ailleurs, en analysant les règles de conflits, on comprend bien que leurs rédacteurs n'ont entendu traiter que de certaines catégories de contrats et non pas tous les contrats en ligne. Enfin, en tenant compte du progrès qu'a réalisé le commerce par Internet depuis l'apparition des notions

⁵⁷³ M. S. M. MAHMOUD, *loc.cit.*, note 568, p.198.

⁵⁷⁴ O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, p. 197, citant G. KAUFMAN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication, mondialisation de résolution des litiges? » dans, *Internet : quel tribunal, quelle loi s'applique?*, p. 139.

⁵⁷⁵ Voir : N. HOUX, « La protection des consommateurs dans la convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1^{re} partie) », (2000) 43 P.A. La Professeure Sylvette GUILLEMARD rejoint évidemment Madame Nicole L'Heureux dans la négation du consommateur actif ou passif. Pour ces auteures, tous les consommateurs doivent profiter de la loi compte non tenu d'autres circonstances et indépendamment de leur qualité.

⁵⁷⁶ S. GUILLEMARD, *op.cit.*, note 17, p.327. En fait les lois d'application immédiate s'imposent d'elles mêmes sans la médiation des règles de conflit de lois. Voir également G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op.cit.*, note 436, p.90 et suiv.; affaire *Beliste National Leasing c. Bertrand*, [1991] R.J.Q. 194 (C.S.).

de ‘*consommateur actif*’ et ‘*consommateur passif*’, nous rejetons donc la position de cette nouvelle doctrine et nous soutenons avec le Professeur Paul LAGARDE qu’il conviendrait de maintenir cette distinction qui respecte le principe de prévisibilité exprimé dans les articles 3117 C.c.Q. et 5 de la Convention de Rome. Concrètement, nous estimons que la distinction entre le consommateur actif et le consommateur est pertinente dans le contexte de l’Internet et donc dans le domaine du commerce international.

Par ailleurs, confrontés à diverses interprétations en leur défaveur de la plupart des règles de conflit de lois en vigueur, les annonceurs ont recours à de nouvelles techniques visant à limiter les risques du droit applicable et ce, dans l’attente de l’adaptation de ces règles de conflit.

Section 2- Nouvelles techniques de limitation des risques du droit applicable

Nous venons de voir que les critères posés par les articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q. sont tels, qu’il est difficile de savoir, comment ces règles s’appliquent à Internet. Il faut donc trouver de nouveaux critères comme ceux préconisés dans les nouveaux textes en chantier. Mais en attendant des mécanismes juridiques devant éventuellement tenir compte de ces obstacles, les cybercommerçants ont pris le devant en ayant recours à certaines techniques visant à limiter les risques d’application de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Parmi ces procédés l’on peut retenir⁵⁷⁷ : la clause attributive de juridiction, la clause de choix de la loi, la limitation d’accès au site web à une catégorie de consommateur déterminée et la technique d’auto-déclaration.

En premier lieu, il est possible que le vendeur insère dans les conditions générales du contrat une clause attributive de juridiction et/ou une clause de choix de la loi applicable. Il faut toutefois noter au passage que le droit positif notamment français est traditionnellement hostile à l’idée de clause attributive de juridiction dans les contrats

⁵⁷⁷ M. FALLON et J. MEEUSEN, loc.cit., note 498, p. 453.

conclus avec les consommateurs⁵⁷⁸. Ainsi, même si l'on peut les considérer licites, les clauses attributives de juridiction en droit français, comme l'a affirmé la Cour de cassation dans l'arrêt SORELEC⁵⁷⁹, le droit communautaire européen a interdit les clauses de juridiction à l'article 15 de la Convention de Bruxelles et à l'article 17 du règlement 44/2001/CE en ce qui concerne les contrats visés par l'article 13 de la Convention de Bruxelles et à l'article 15 du Règlement.

Mais en droit de la consommation, la liberté de choix de la loi est fortement limitée, car ce choix ne saurait priver le consommateur de bénéficier de la protection que lui accordent les dispositions impératives de son pays de résidence habituelle. Dans la logique de cette exception, la nouvelle modification de la L.p.c. au Québec qui interdit la clause compromissoire de même que l'article 19 L.p.c.⁵⁸⁰, rentrent évidemment en contradiction avec l'article 3117 C.c.Q. qui autorise au contraire le choix de la loi par les parties. Aussi, la directive européenne sur les clauses abusives⁵⁸¹ rend inopposable toute clause abusive désignant une loi étrangère à la communauté et défavorable au consommateur⁵⁸².

En second lieu, une autre possibilité, la plus technique est celle suggérée par Mankowski qui consiste à préciser aux consommateurs que « l'information figurant sur le site Web ne

⁵⁷⁸ Cf. O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, p. 376; Voir également l'affaire *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs* (C.A., 2005-05-30), 2005QCCA 570; Voir aussi la nouvelle formulation de l'article 11.1 L.p.c. au Québec; Pierre MAYER, «La protection de la partie faible en droit international privé», rapport français, dans Jacques GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, Paris, LGDJ, 1996, p. 513-552; A contrario, l'article 114. 2 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé dispose : « Le consommateur ne peut pas renoncer par avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle ». À noter qu'aux États ces types de clauses sont valides.

⁵⁷⁹ Dans cet arrêt, la Cour de Cassation française n'a pas manqué d'affirmer cette licéité : «Les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'elles ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française». Mais compte tenu du fait qu'une interdiction formelle n'est faite en droit français, on ne peut s'empêcher de conclure à sa validité. Voir O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, p. 376.

⁵⁸⁰ Article 19 : « Une clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du parlement du Canada ou de la Législature du Québec est interdit ». Il est regrettable que cet article survive encore malgré d'importantes critiques à son encontre soulignant son inopportunité.

⁵⁸¹ Directive 93/13/CE du 5 avril 1993.

⁵⁸² C'est d'ailleurs la même logique qui a guidé les rédacteurs de l'article précité de la nouvelle L.p.c. du Québec.

constitue pas une offre juridique, mais qu'elle se limite à une *invitatio ad offerendum*⁵⁸³. Cette qualification juridique de l'information *en proposition* et non *en offre* est juridiquement importante, dans la prise en compte de l'offre spécialement faite comme nous l'avons vue. Cependant, elle n'est pas sans créer une confusion au niveau du consommateur moyen et raisonnable dont la protection est au cœur des textes de loi. Mais si cette qualification est bien comprise, elle profite au cybercommerçant dans la mesure où son site Web sera considéré comme informatif ou passif et non susceptible de cibler ou de diriger l'activité vers le pays de la résidence habituelle du consommateur. Il pourrait donc plaider l'inapplication de cette loi du consommateur.

Cependant, à notre avis, il faut mettre un bémol à cette technique de limitation. En effet, un consommateur francophone par exemple qui reçoit une proposition ou encore une invitation à faire une offre, en anglais (langue qu'il maîtrise moins ou presque pas) et qui expédie plutôt une commande au vendeur- au lieu et place d'une offre-, ne saurait être soumis à une telle limitation de responsabilité que pourrait éventuellement lui opposer le vendeur tendant à soutenir qu'il n'entendait pas vouloir conclure avec lui. Car, de toutes les façons, le but ultime pour le vendeur, est la conclusion d'un contrat, peu importe la partie de laquelle en viendrait l'initiative.

En outre, le vendeur peut décider de faire en sorte que l'accès à son site Web soit limité aux consommateurs résidant dans un ou plusieurs pays sous réserve, en droit communautaire, du respect de la clause du marché intérieure⁵⁸⁴. Une autre technique commerciale très intéressante, consiste par ailleurs, pour le vendeur à exiger que les consommateurs envoient leur acceptation par une adresse électronique qu'il établit pays par pays ou par système juridique commun, ou en recommandant l'insertion du code

⁵⁸³ M. FALLON et J. MEEUSEN, *loc.cit.*, note 546.

⁵⁸⁴ Pour les détails sur cette question de clause de marché intérieur, Cf. O. CACHARD, *op.cit.*, note 546, n° 164. La clause de marché intérieure instituée par l'article 3 de la *directive sur le commerce électronique* consiste en premier lieu à obliger l'État de l'établissement à assurer la police du marché en veillant à ce que les services fournis par un prestataire de « services de la société de l'information » soient conformes à sa législation nationale. En deuxième lieu, il consiste à obliger les autres États membres à faciliter la libre circulation des services de la société de l'information fournis par un prestataire établi dans un autre État membre.

régional de l'acheteur. Par ces méthodes « d'exclusion », le vendeur est assuré d'une prévisibilité et d'une certitude juridique lui évitant ainsi d'être surpris en cas de litige.

Le vendeur peut également procéder, par la technique dite « d'auto-déclaration », par laquelle il demande aux internautes de déclarer avant l'utilisation du site Web, leurs pays de résidence habituelle avant de continuer les opérations. Cette technique peut lui permettre de connaître la loi qui pourrait s'appliquer au contrat et il pourrait éventuellement refuser de faire affaire avec le consommateur. Cette technique est une prévision pour le vendeur de rencontrer éventuellement les critères de l'article 5.2 de la proposition de Règlement Rome I⁵⁸⁵. Mais qu'arrive-t-il si l'internaute mentait sur son pays de résidence habituelle? On peut également se demander si le vendeur est justifié à refuser de vendre à un consommateur dont la loi de son pays de résidence habituelle lui est défavorable. Dans tous les cas, il faut interroger les systèmes juridiques considérés pour savoir comment de telles pratiques commerciales sont réglementées.

Enfin, puisque la difficulté de mise en œuvre de ces critères limite visiblement la protection du consommateur, il faut donc se demander, en tant que pro-consumériste, si le consommateur *actif* ou *mobile* ne dispose pas d'autres moyens supplémentaires de protection.

Section 3: Protection supplémentaire : loi protectrice du consommateur et lois impératives

Outre les lois spécifiques de protection du consommateur (articles 5.2 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q.) dont les champs d'application *rationae materiae* sont limités à certains contrats, la question s'est posée de savoir si en dehors des circonstances prévues par ces dispositions, le consommateur peut invoquer l'application des lois de police prévues par les articles 7 de la Convention de Rome et 3076; 3079 C.c.Q. Cette question mettant en exergue l'articulation entre les articles 5 et 7 de la Convention, ainsi que les

⁵⁸⁵ Infra, paragraphe 1 section 4.

dispositions susvisées du C.c.Q., est sujette à caution au sein de la doctrine qui voit apparaître deux positions⁵⁸⁶.

En premier lieu, pour les uns, le consommateur ne peut nullement se prévaloir de l'article 7 de la convention; ce qui risquerait de le vider de son contenu. Cette position est prônée par le professeur Paul LAGARDE et soutenue par la Haute juridiction civile allemande⁵⁸⁷. Ainsi, selon l'auteur, l'article 5, en limitant les cas dans lesquels le consommateur peut se prévaloir des règles impératives protectrices de l'État de sa résidence habituelle [...], paraît bien avoir exclu en dehors de ces cas, leur application au titre de l'article 7, paragraphe 2 de la convention⁵⁸⁸. Selon lui, depuis l'entrée en vigueur de la Convention, les règles de protection du consommateur relèvent d'une catégorie particulière de dispositions impératives qui sont hiérarchiquement placées en dessous de celles de l'article 7⁵⁸⁹. Cette première position est rejetée par la majorité de la doctrine parce qu'elle serait contraire à l'approche protectionniste du consommateur que préconiseraient les États et les organismes de défense du droit des consommateurs⁵⁹⁰.

En revanche, les autres, notamment P. de VAREILLES-SOMMIÈRES⁵⁹¹ et A. SINAY-CYTERMAN⁵⁹² soutiennent *a contrario*, qu'il sied de faire une "application distributive" des articles 5 et 7 de la Convention afin de permettre au consommateur "mobile" d'invoquer l'article 7 lorsqu'il ne remplit pas les conditions de l'article 5 ou de l'article 3117 C.c.Q. Selon les tenants de cette thèse, l'article 5 déroge aux articles 3 et 4

⁵⁸⁶ David McCLEAN et Kisch BEEVERS, *The conflict of laws*, J.H.C. MORRIS (dir.), London, Sweet & Maxwell, 2005, p.360.

⁵⁸⁷ BGH, 19 mars 1997 : *Rev.crit.dip.* 1998, p. 610, note Paul Lagarde.

⁵⁸⁸ Paul LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », (1991) *Rev.crit. dr.int.*

⁵⁸⁹ P. LAGARDE, note sous Cass. Civ. 1, 19 oct. *Rev.crit.dr.Int.* 2000, n°1; II, p. 24; Camille FROMENT, « Loi applicable aux contrats du commerce électronique », mémoire de DESS de droit du Multimédia et de l'informatique, sous la direction du professeur J. Huet, 2001, Université de Droit, d'Économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon – Assas p. 37.

⁵⁹⁰ On peut citer par exemple en France : l'association des consommateurs de France <http://www.alloconso.org/home/index.html>; la DGCCRF, le conseil national de la consommation (CNC), l'institut national de la consommation (INC); l'Office de la protection du consommateur, l'Union des consommateurs, au Québec, etc.

⁵⁹¹ P. de VAREILLES-SOMMIÈRES « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation : D. 2006, p. 2464

⁵⁹² A. SINAY-CYTERMAN, « La protection de la partie faible en droit international privé », mélanges LAGARDE : Dalloz, 2005, p. 737.

de la Convention⁵⁹³ et non à l'article 7. Cette position est soutenue par la doctrine majoritaire⁵⁹⁴, par la jurisprudence ainsi que par la Commission européenne dans son Livre vert⁵⁹⁵, lorsqu'elle définit le concept de lois de police applicable à l'article 7; position rapportée par des auteurs :

*« The concept of mandatory provision covers a multiform reality [...] What is special about the mandatory rules within the meaning of Art. 7, or lois de police, is that the court does not even apply its conflict rules to see what law would be applicable and assess whether its content might be repugnant to the public policy of the forum but automatically applies its own law »*⁵⁹⁶.

En effet, l'article 7 de la Convention permet non seulement au juge d'appliquer les dispositions impératives du *for* mais aussi celles d'un État étranger. Pour ce dernier cas trois conditions doivent être remplies :

« 1° la situation doit présenter un lien étroit avec ce pays;
2° selon le droit interne de l'État concerné, les dispositions impératives invoquées doivent être applicables quelle que soit la loi régissant le contrat;
3° pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il devra être tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. »⁵⁹⁷

Il s'ensuit que lorsque par exemple un consommateur français intente une action contre un commerçant belge devant les tribunaux français, suivant le Règlement Bruxelles I, il lui est loisible d'invoquer les dispositions du Code français de la consommation, considérées comme impératives au regard de la Convention de Rome et s'il soutient que cette loi est d'application immédiate. En revanche, si son action a été portée devant le juge belge, celui-ci ne pourrait appliquer les dispositions du Code de la consommation que s'il estime que la situation présente des liens étroits avec la France. À cet égard, il a

⁵⁹³ À rappeler que l'article 3 de la Convention consacre la liberté de choix tandis que l'article 4 substitue au silence des parties dans le choix de la loi, la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, c'est-à-dire la loi de la partie qui fournit la prestation caractéristique, donc celle du cybercommerçant en général.

⁵⁹⁴ Voir Th. VERBIEST, *op.cit.*, note, 45, p.196 et suiv.

⁵⁹⁵ Ce Livre Vert a été élaboré par la Commission européenne dans le but non seulement de clarifier les droits des 370 millions de consommateurs dans l'Union Européenne mais également de déterminer de nouvelles politiques en matière de pratiques commerciales. On peut accéder à certains commentaires sur le sujet en consultant le site internet : <http://www.etudes.ccip.fr/archrap/rap02/bla0201.htm> (Consultation le 20 mai 2007); Voir également <http://www.etudes.ccip.fr> (Consultation le 20 mai 2007).

⁵⁹⁶ D. McCLEAN et K BEEVERS, *op.cit.*, note 586, p.360. (Les italiques sont de nous).

⁵⁹⁷ Th. VERBIEST, *op.cit.*, note 45, pp. 196-197.

été soutenu que, le fait dans cette hypothèse, que le consommateur soit français et que les biens ou services soient livrés en France, était à même d'établir qu'il y a un lien étroit avec la France⁵⁹⁸. De plus, l'article L. 121-20-6 du Code de la consommation renforce cette position en permettant au juge d'écarter les lois étrangères à la communauté qui ont été choisies par les parties au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur⁵⁹⁹.

En appliquant cette analyse de la nouvelle doctrine au droit québécois, on serait tenté de penser qu'en dehors des circonstances énumérées par l'article 3117 C.c.Q., le consommateur québécois pourrait invoquer l'application de sa loi de police ainsi que d'autres lois impératives étrangères qui ne choquent pas l'ordre public québécois et ce, en vertu des articles 3076 et 3079 C.c.Q.

Or, selon nous, cette analyse est certes socialement acceptable si l'on ne tient compte que de l'intérêt du cyberconsommateur, mais elle ne résiste pas à la logique juridique. En premier lieu, les lois de police et les règles de conflits des articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q. s'appliquent distinctement : les premières s'appliquent avant de prendre en compte les règles de conflit sans savoir si les dernières sont respectées. En second lieu, cette position tente de créer une confusion dans l'interprétation de l'articulation entre les lois de polices de l'article 7 de la Convention et les règles de conflit de l'article 5 de la Convention ainsi que l'article 3117 C.c.Q. En troisième lieu, il serait injuste de faire supporter aux cybercommerçants, les conséquences des lois des pays qu'ils n'ont nullement visés dans ses opérations lorsqu'un cyberconsommateur actif est en présence, même si l'on peut penser que le cybercommerçant a profité du marché communautaire, intérieur ou national par le contrat.

⁵⁹⁸ *Id.*, p.197.

⁵⁹⁹ Art. L. 121-20-6 : « Lorsque les parties ont choisi la loi d'un État non membre de la Communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur assurant la transposition de la directive 97/7/CE du Parlement européen du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, lorsque cette résidence est située dans un État membre ».

En considération de tout ce qui précède, nous rejoignons donc la position du professeur Paul LAGARDE sur ce sujet qui prend plutôt en compte l'intérêt de toutes les parties au contrat et qui est d'ailleurs conforme à l'esprit des nouvelles règles de conflit. En conséquence, nous convenons que seul le consommateur devra bénéficier de la protection préconisée par les règles de conflit.

De toute évidence, au regard de ces critères nettement inadaptés au commerce en ligne, la situation devenait complexe pour les annonceurs sur Internet - qui devraient connaître toutes les lois des consommateurs qui seront susceptibles d'application- de même pour le cyberconsommateur pour rencontrer les critères des règles de conflit. En outre, même si l'on peut se féliciter du fait que les articles 5 de la Convention et 3117 C.c.Q. soient intervenus pour parer aux deux dangers des articles 3 et 4 de la Convention⁶⁰⁰, il faut cependant regretter que les solutions envisagées soient tout simplement imprévisibles pour les acteurs du commerce par Internet.

Pour palier donc à ces difficultés d'adaptation des conditions d'application de la loi de résidence du consommateur aux techniques nouvelles, des efforts de modernisation des textes existants ont été consentis tant en Europe qu'au Canada en privilégiant notamment le critère '*d'activités dirigées*' vers le pays de résidence habituelle du consommateur. L'objectif de la modernisation est de concilier l'impératif de protection de la partie faible et la pérennisation de la politique de la promotion du commerce *via* Internet. Ce faisant, on reprend le critère de *consommateur actif* ou *passif* que nous avons admis précédemment.

⁶⁰⁰ Paul LAGARDE, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne » dans Études offertes à Jacques GHESTIN : Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris, LGDJ, 2001, p.513-514.

Section 4 : Vers la modernisation des mesures de protection du cyberconsommateur : la proposition de règlement “Rome I” et la nouvelle L.p.c. du Québec

Les difficultés que nous avons relevées dans la mise en œuvre des textes de protection du consommateur notamment les articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q., unanimement reconnus comme mal adaptés aux contrats passés par Internet⁶⁰¹, ont obligé les législateurs européens, québécois de même que ceux d’autres pays, à moderniser leurs législations existantes en matière de protection du consommateur pour les rendre conformes à l’émergence du commerce par Internet. Au nombre de ces chantiers de modernisation des textes, nous nous sommes particulièrement intéressés à la proposition du Règlement Rome I et à la L.p.c. au Québec.

Paragraphe 1 : Prochain remplacement de la Convention de Rome par le règlement Rome I

Devant les difficultés avérées d’application de la Convention de Rome de 1980, la Commission a donc proposé de la transformer en Règlement (Règlement Rome I)⁶⁰² pouvant être adopté par procédure de codécision⁶⁰³.

Dans ce contexte de la nouvelle philosophie législative communautaire, tout espoir est donc permis pour que le futur règlement « Rome I » se mette en harmonie avec la nouvelle condition qui existe actuellement à l’article 15 du règlement « Bruxelles I » du

⁶⁰¹ J.PASSA, *loc.cit.*, note 338.

⁶⁰² Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)/* COM/2005/0650 final- COD 2005/0261*/

⁶⁰³ En vertu des articles 65b du traité CE et 67, paragraphe 5, second tiret du traité de Nice, il est permis que le Parlement et la Commission prennent concurremment une décision au sujet des mesures visant à «favoriser la comptabilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence », « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». Voir Paul LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev.crit.dip.*, (2006), 2, pp. 331-332. En effet, le mécanisme de règlement a été préféré à celui d’une directive en vue d’assurer son application directe dans les États membres sans passer par des lois de transposition dans les droits internes.

22 décembre 2000 et avec le futur règlement Rome II⁶⁰⁴, élaborés en tenant compte de l'émergence du commerce par Internet⁶⁰⁵.

Dans cette nouvelle formulation de l'article 5 du Règlement Rome I, les deux premiers paragraphes retiennent particulièrement notre attention :

« 1. Les contrats de consommation au sens et dans les conditions prévues au paragraphe suivant, sont régis par la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

2. Le paragraphe premier s'applique aux contrats conclus par une personne physique, le consommateur, qui a sa résidence habituelle dans un État membre, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, le professionnel, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle.

Il s'applique à condition que le contrat ait été conclu avec un professionnel qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre de la résidence habituelle du consommateur ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs pays dont cet État membre, et que le contrat rentre dans le cadre de ces activités à moins que le professionnel n'ignorait le lieu de la résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance n'était pas imputable à une imprudence de sa part. »⁶⁰⁶

Comme on peut le constater à la lecture même de ces paragraphes, deux idées forces s'y dégagent. La première, est la nouvelle règle de conflit simple et prévisible proposée par le premier paragraphe de l'article 5 de la proposition du Règlement Rome I. Elle consiste en l'application de la seule loi de la résidence du consommateur sans qu'il y ait possibilité de choix par les parties. Cette nouvelle règle de conflit met ainsi fin à la confusion que créait la Convention de Rome dans l'application à la fois, de la loi choisie et de celle de la résidence habituelle du consommateur et qui, dans certains cas, conduisait au dépeçage du contrat⁶⁰⁷.

La seconde idée force est celle exprimée par le deuxième paragraphe de l'article 5 de la proposition de Règlement Rome I, en posant les conditions d'application de la règle

⁶⁰⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")/*COM/2003/0427 final-COD 2003/0168*/

⁶⁰⁵ « La cohérence du droit communautaire implique en effet des solutions similaires dans le domaine des conflits de lois et des conflits de juridictions ».

⁶⁰⁶ (Nous avons souligné).

⁶⁰⁷ Voir la présentation par la commission de cette proposition de règlement au <http://www.droit-technologie.org/upload/legislation/doc/215-1.pdf> (Consultation le 24 juillet 2007).

spéciale : le cocontractant du consommateur doit être un professionnel agissant dans le cadre de son activité. Cette règle remplace les critères de l'article 5 de la Convention de Rome par un seul : le critère « **d'activité dirigée vers** » ; terme que le Règlement Bruxelles I de décembre 2000 (concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) a déjà employé en son article 15. Mais en plus de cette condition « d'activité dirigée », il faut qu'un contrat ait été effectivement conclu dans le cadre de l'activité du professionnel. Ainsi, le consommateur, personne physique, ne pourra bénéficier de la loi de protection de sa résidence habituelle, que si le cybercommerçant « **dirige ses activités** » vers ce pays. En présence d'une activité dirigée, le consommateur est en droit d'invoquer l'application des lois de sa résidence habituelle. Mais en l'absence de l'activité dirigée, on applique simplement la règle classique de compétence juridictionnelle et de compétence législative⁶⁰⁸. La raison est qu'en principe, le consommateur devient actif en prenant l'initiative de contracter ; il ne saurait donc s'attendre au bénéfice de « sa » loi de résidence.

Cependant, la proposition de Règlement accorde au cybercommerçant, un moyen de défense ou une clause de sauvegarde lui permettant de soutenir qu'il « ignorait le lieu de résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance n'était pas imputable à une imprudence de sa part ». C'est d'ailleurs pour cette raison que la plupart des cybercommerçants emploient la technique « d'auto-déclaration » que nous venons d'évoquer pour s'assurer de la résidence du consommateur et ce, en prévision de l'invocation de cette clause de sauvegarde.

Cette clause « échappatoire » est une limite à la liberté trop grande que la Convention de Rome accorde au consommateur, qui peut éventuellement favoriser le mensonge de ce dernier sur certains aspects du processus contractuel en ligne notamment sur son lieu de résidence habituelle, un facteur pourtant déterminant dans l'application du nouveau critère. Ainsi, par exemple, si le commerçant prouve un tel mensonge du consommateur,

⁶⁰⁸ Cyril CHABERT, « Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne », (2006), Comm. Com. électr., n°2, com. 27, disponible au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivery/> (Consultation le 25 juillet 2006).

il peut simplement refuser de donner suite à sa commande ou invoquer l'application des règles générales en matière contractuelle.

En outre, disparaît également dans la proposition de Règlement Rome I, l'obligation pour le consommateur d'accomplir des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son pays de résidence habituelle; facteur de rattachement difficile à réaliser comme nous l'avons souligné⁶⁰⁹.

Par ailleurs, la proposition exclut du champ d'application de l'article 5 de la Convention, les contrats conclus entre les particuliers. Elle élargit son champ d'application à certains contrats tels que les contrats de crédit (même si ce crédit n'est par ailleurs liés au financement d'une fourniture de marchandise ou de service), ou d'investissement de valeurs mobilières que lui propose sa banque ou encore le contrat d'assurance⁶¹⁰.

En définitive, le grand bouleversement qu'apporte la proposition de Règlement «Rome I» à l'économie générale de l'article 5 de la Convention est de « supprimer complètement l'autonomie de la volonté en la matière et de rattacher impérativement les contrats de consommation à la loi de l'État de la résidence du consommateur... »⁶¹¹. Ainsi donc, certains auteurs ne s'empêchent pas de se demander si l'intervention de ce nouveau règlement n'est pas une sorte d'abrogation tacite des règles de conflits communautaire⁶¹². De même, un auteur suisse n'est pas convaincu que l'interdiction absolue de l'autonomie de la volonté serve toujours les intérêts du consommateur⁶¹³. Mais il nous semble au contraire que ce nouveau texte vient faciliter la mise en œuvre des critères d'application des règles de conflit de l'article 5 de la Convention de Rome.

À l'instar de la Communauté européenne, les législateurs québécois, ont procédé en décembre 2006, à la modification de la L.p.c. en ce qui concerne les contrats à distance.

⁶⁰⁹ *Supra.*, C2, Par 2, section 1, chap.2 Partie 2

⁶¹⁰ P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 603, p. 340.

⁶¹¹ P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 603, p. 341.

⁶¹² G. LARDEUX, *loc.cit.*, note 499.

⁶¹³ P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 610, p.341.

Paragraphe 2 : Modernisation de la *Loi sur la protection du consommateur* en droit québécois

Au Québec, les législateurs ont également suivi le même raisonnement que leurs homologues de la Communauté européenne dans l'adoption de la nouvelle modification de la L.p.c.⁶¹⁴ dont certaines dispositions devenaient désuètes ou simplement trop dépassées par la technologie nouvelle.

Dans la nouvelle loi, l'approche du législateur a été de favoriser la protection du consommateur par plusieurs mécanismes parmi lesquels l'on peut principalement retenir quelques uns. En effet, cette nouvelle modification de la L.p.c. imprime une nouvelle philosophie protectionniste en faveur des contrats à distance ou contrat *via* Internet y compris les contrats de consommation en ligne.

En premier lieu, l'article 54.1 donne une définition améliorée et simplifiée de la notion de contrat à distance : « Un contrat à distance est une contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat ». Contrairement à l'ancien article 20 de la L.p.c.⁶¹⁵, le nouvel article 54.1 de la L.p.c. élimine dans la définition du contrat à distance et les différentes étapes du processus contractuel au cours duquel parties ne devraient pas être en présence l'une de l'autre.

En deuxième lieu, l'alinéa 2 de l'article 54.1 L.p.c. établit contre le commerçant une présomption d'offre de conclure un contrat à partir du moment où sa proposition comporte tous les éléments essentiels d'un contrat :

« 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

⁶¹⁴ Au total, sept articles ont été abrogés par la nouvelle loi : articles 20, 21, 22, 273, 274, 275 et 309 et environ six articles modifiés : articles 5, 11, 54, 182, 292 et 350.

⁶¹⁵ Article 20 : « Un contrat à distance est un contrat conclu entre un commerçant et un consommateur qui ne sont en présence l'un de l'autre ni lors de l'offre, qui s'adresse à un ou plusieurs consommateurs, ni lors de l'acceptation, à la condition que l'offre n'ait pas été sollicitée par un consommateur déterminé ».

ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire ». Donc, cette présomption vient faciliter les difficultés que nous avons mentionnées plus haut en ce qui concerne la mise en œuvre des critères de l'article 3117 C.c.Q.

En troisième lieu, cette nouvelle loi introduit l'interdiction de la clause compromissoire⁶¹⁶ et l'admission du compromis, comme nous l'avons déjà évoqué. Mais il faut noter que, contrairement à l'article 19 L.p.c. qui dispose que toute « [...] clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec est interdit », le texte de l'article 11.1 L.p.c. n'interdit pas, en tout état de cause, le choix de la loi par les parties.

Pourtant, nous avons déjà indiqué, l'article 3117 C.c.Q. autorise justement le choix subsidiaire de la loi par les parties même si ce choix reste une option pour le consommateur qui peut néanmoins invoquer l'application des dispositions impératives des lois de son pays de résidence habituelle qui lui sont favorables. Ainsi, s'introduit une contradiction flagrante entre ces textes comme le faisait d'ailleurs remarquer le Professeur Gérard GOLDSTEIN dans son article précité, en recommandant fortement l'abrogation pure et simple de l'article 19 de L.p.c. au profit des dispositions du nouveau droit international privé qui régulent le droit de la consommation⁶¹⁷. Nous regrettons que cet appel n'ait pas été entendu et insistons sur cette demande d'abrogation à l'occasion de la prochaine modification de la L.p.c. pour parer à cette contradiction majeure.

Par ailleurs, on relève qu'il s'agisse de l'article 3117 C.c.Q. ou de la nouvelle modification, il n'existe aucune précision quant à la question de savoir à quel type de contrat la catégorie de rattachement (le contrat de consommation) ces dispositions doivent s'appliquer⁶¹⁸, ce qui aurait dû être fait. Le juge procédera donc à la qualification de l'acte

⁶¹⁶ Nous évoquons à nouveau cet article sous ce chapitre dans la mesure où dans la plupart des cas, les clauses compromissoires contiennent également les clauses de choix de la loi applicable au contrat de consommation en ligne.

⁶¹⁷ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 65.

⁶¹⁸ G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 434, p. 154.

en cause en vertu de l'article 3078 C.c.Q. mais en se fondant sur l'article 1384 C.c.Q. qui renvoie à la L.p.c. pour déterminer le « champ »⁶¹⁹ d'application du contrat de consommation.

Toutefois, nos recherches ont prouvé qu'entre les termes de cette loi et la pratique commerciale, il existe un fossé profond. Ainsi par exemple, certains commerçants faisant affaire au Québec, continuent de maintenir sur leurs sites Web des clauses de choix de la loi obligatoirement applicable au contrat ainsi que celle relative choix exclusif du tribunal compétent, en cas de litige nonobstant leur interdiction⁶²⁰. Ainsi par exemple, l'article 11 du contrat de vente de Dell : « Loi Applicable. Cet accord et toutes les ventes ainsi sont régis par les lois de l'État du Texas, sans égard pour les règles de conflits de lois »⁶²¹ et l'article 13 d'ajouter :

« Toute plainte, contestation, ou controverse (qu'il s'agisse de contrat, délit, ou autre, soit préexistante, présente ou future, y compris des plaintes équitables, pour dommage intentionnel, et légales de droit commun) entre le client et Dell, [...] provenant de ou en relation avec cet Accord, son interprétation, ou la violation, fin ou validité de ce dernier, les relations qui résultent de cet Accor [...], la publicité dell, ou tout achat concerné doit être résolue exclusivement et de façon finale par arbitrage irrévocable administré par le NAF (National arbitration forum-Forum d'arbitration National) ».

De même, dans les contrats de services de Bell Sympatico, l'on peut remarquer un hiatus de la part du fournisseur qui, pour des raisons inavouées, inclut les clauses de choix de juridiction et de choix de la loi applicable dans les dispositions générales et en caractère normal alors que les obligations des consommateurs et les clauses de limitation de

⁶¹⁹ Ce terme inapproprié ressort de l'article 1384 C.c.Q. Le professeur GOLDSTEIN le souligne bien : « Quant à l'expression '*champ d'application* du contrat de consommation », [...], elle ne concerne pas la définition, l'essence même du contrat de consommation, mais elle ne désigne que les champs organisés des politiques de protection, que les domaines d'application spécifiquement et analytiquement réglementés (consommation de biens et services, en général, activités d'un avocat ou non, etc.) de la notion de "contrat de consommation", telle que définie de façon synthétique dans l'article 1384 (dernière parties) ».

⁶²⁰ Dans un contrat de licence d'utilisation de logiciel chez Bell Sympatico, on peut lire en l'article 10 ce qui suit : « Lois applicables. Le présent contrat est régi par les lois de l'État du Texas (États-Unis). Toute poursuite à laquelle Motive ou votre FSI sont parties nommées relève de la compétence exclusive du Texas si l'action comporte une réclamation directement ou indirectement liée au présent contrat ou à l'utilisation du logiciel sous licence. Il vous est interdit d'exporter le logiciel sous licence en violation des lois et règlements des États-Unis en matière d'exportation ».

⁶²¹ On peut accéder à ce contrat en visitant

http://support.dell.com/support/edocs/monitors/e773p/Fr/appdix_dao.htm (Consultation le 20 juillet 2007).

responsabilité du fournisseur sont en majuscule.⁶²² Il résulte de ces exemples qu'un travail de sensibilisation doit être consenti au niveau des entreprises quant aux respects de ces nouvelles règles de protection du consommateur.

Enfin, ces vastes chantiers de modernisation des conflits de lois de la Convention de Rome et de la Loi sur la protection du consommateur permettront d'assurer au mieux la protection des cyberconsommateurs. Mais l'article 3117 C.c.Q. devra également suivre la même évolution pour s'adapter à la nouvelle philosophie et au progrès du commerce passé par Internet.

⁶²² Voir le site Web de Bell au http://service.sympatico.ca/index.cfm?method=content.view&category_id=550&content_id=921&language=fr (Consultation le 10 juillet 2007).

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

En somme, dans le cadre de la protection du cyberconsommateur, les conflits de juridictions et de lois sont d'une importance capitale comme l'on a pu constater dans ce parcours à mi-chemin couvrant la seconde partie de notre recherche. En effet, dans l'analyse des compétences des tribunaux à l'égard des litiges nés des contrats de consommation sur Internet, il faut rappeler que ce sont les articles 13 à 15 de la Convention de Bruxelles, 3148 et 3149 C.c.Q. qui posent les critères de base. Ce qui nous a particulièrement attiré l'attention c'est effectivement cette liberté de choix du tribunal compétent que les articles 14.1, 14.2 de la Convention de Bruxelles et 16.1 et 16.2 du Règlement Bruxelles I accordent au consommateur. Cette liberté permet à celui-ci de saisir soit le tribunal du lieu de sa résidence soit celui de la résidence ou de l'établissement du commerçant s'il veut intenter une action contre ce commerçant alors que le commerçant en demande, ne peut que saisir le tribunal du lieu de résidence du consommateur. Nous pensons qu'il s'agit ici d'une nouvelle compétence spéciale en faveur le consommateur.

Toutefois dans la pratique, des difficultés existent dans la mise en œuvre de ces critères préconisés par ces règles de conflits. Ainsi, il apparaît difficile de déterminer sur Internet le lieu de l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat et d'identifier une proposition spécialement faite ou une publicité. Ces diverses interprétations ont engendré des approches différentes parmi lesquelles on peut retenir l'approche universaliste des tribunaux français⁶²³, l'approche Zippo des tribunaux américains⁶²⁴ et l'approche canadienne et québécoise de compétence des tribunaux fondée sur l'effet réel du site Internet ou sur la connaissance réelle d'une clause par le consommateur au moment de la conclusion du contrat. Mais en raison de la rareté de la jurisprudence en matière de compétence sur Internet en droit de la consommation, nous

⁶²³ Supra. Paragraphe 2, section 1, partie 1.

⁶²⁴ Supra. Paragraphe 3, section 1, partie 1.

nous sommes servis, dans certains cas, des décisions prises en matière quasi-contractuelle comme base de réflexion à l'analyse.

Cependant, c'est lorsque l'on aborde la question de la détermination de la loi applicable aux contrats de consommation en ligne, que des difficultés augmentent : les critères énumérés par les articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q. apparaissent complètement déphasés par rapport au niveau d'évolution de la technologie et du commerce passé par Internet. Ainsi donc, il faut tout de suite écarter l'applicabilité des hypothèses (n°2 et 3) au consommateur en ligne. Quant à la première hypothèse, on peut admettre certains indices permettant au consommateur de l'invoquer. En ce qui concerne le critère de l'offre spéciale, il est non pertinent dans la mesure où il est difficile de prouver que l'offre spéciale ou la sollicitation a été faite dans le lieu de résidence du consommateur. À l'instar de la Convention de Bruxelles, la détermination du lieu d'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat pose problème et le consommateur peut mentir sur son lieu de résidence au moment de la conclusion du contrat, étant donné que les textes sont silencieux à cet égard.

Par ailleurs, à la question de savoir si l'on doit prendre en compte le comportement actif ou passif du consommateur, les positions divergent⁶²⁵ et l'on retient qu'il est effectivement possible de distinguer sur Internet un *consommateur actif* d'un *consommateur passif* contrairement à la position d'une doctrine nouvelle qui voit en la prise en compte de ce comportement actif, un danger à la politique de protection du cyberconsommateur. Il convient dès lors de maintenir cette distinction afin de faciliter l'application des critères des nouvelles règles de conflits relatives à la protection du cyberconsommateur.

De même, nous retenons que la plupart des règles relatives au conflit de lois et de juridiction en vigueur sont largement dépassées par la technologie et partant, par le commerce en ligne et ce, au regard des difficultés de mise en œuvre de ces critères. C'est

⁶²⁵ Cf. M. GIULIANO et P. LAGARDE, *loc.cit.*, note 507, disponible au http://admi.net/eur/loi/leg_euro/fr_380Y1031_01.html (Consultation le 10 juin 2007).

ainsi qu'il est apparu nécessaire de les adapter ou de les remplacer par de nouvelles règles. C'est dans ce contexte que la Convention de Bruxelles a été remplacée par le Règlement « Bruxelles I » réduisant les conditions antérieures pour la compétence des tribunaux du pays de résidence du consommateur par une condition UNIQUE : ces tribunaux sont désormais compétents dès lors que le commerçant a « **dirigé ses activités vers** » le pays de résidence habituelle du consommateur⁶²⁶.

Dans le domaine de la loi applicable, la proposition du Règlement Rome I⁶²⁷ a été mise en chantier pour remplacer éventuellement la Convention de Rome. Elle adopte les mêmes critères de l'article 15 du Règlement Bruxelles I pour l'application de la loi du pays de résidence du consommateur. Mais en droit québécois, les articles 3148, 3149 et 3117 C.c.Q. n'ont encore pas subi de modification pour s'adapter à la nouvelle façon de commerce sur Internet, ce qui les met quelque fois en contradiction avec certains articles de la loi sur la protection du consommateur.

En attendant donc toutes ces modifications, les cybercommerçants ont anticipé en adoptant diverses techniques destinées à contourner l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur.

Enfin, de tout ce qui précède, nous convenons alors qu'il est nécessaire de poursuivre les nouveaux chantiers de modernisation des règles de conflits pour les rendre plus adaptées aux nouvelles contraintes technologiques afin de permettre au commerce par Internet de poursuivre son épanouissement amorcé.

⁶²⁶ Article 15. 1 c) du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001- 0023.

⁶²⁷ Proposition de Règlement (Rome I) précité, note 602.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au demeurant, ce voyage combien fastidieux mais intéressant dans ce monde virtuel, ce « territoire inconnu », tendant à visiter et à diagnostiquer les insuffisances de protection du consommateur dans les systèmes juridiques sous études, nous concluons que lois et normes existant en la matière sont inadaptées à cette nouvelle façon de commercer.

Il nous a d'abord été donné de constater une mobilisation croissante des gouvernements, organisations internationales et communautaires, organismes nationaux de défense des droits des consommateurs face à l'impératif de protection de la partie faible, le consommateur. En effet, la problématique de la protection du consommateur, bien que peu traitée en jurisprudence et en doctrine, n'est pas nouvelle⁶²⁸ mais elle l'est dans le commerce sur Internet expliquant ainsi l'inadaptation de la plupart des textes en vigueur.

Dans la première partie, nous avons constaté une diversité de lois et normes nationales et communautaires de protection du consommateur qui sont l'expression de la volonté des gouvernants et législateurs d'accorder le même niveau de protection que son homologue du commerce traditionnel. On peut affirmer que ces textes sont suffisants pour encadrer les situations internes et communautaires et que leur mise en œuvre correcte permettra au cyberconsommateur d'avoir une confiance réelle en le commerce en ligne. De ce fait, il nous a d'ailleurs été donné de noter que l'intérêt portée à cette protection tente les tribunaux et la doctrine à soutenir l'extension de la notion même du consommateur aux professionnels qui agissent en dehors de leur champ de compétence⁶²⁹.

⁶²⁸G. GOLDSTEIN, *loc.cit.*, note 501, p.143; Voir également Vincent GAUTRAIS, «L'encadrement juridique du "cyberconsommateur" québécois», dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, pp. 261-302; Victor NABHAN et J.-A., TALPIS, «Le droit international privé québécois de la protection juridique du consommateur», (1973) 33, *R. du B.*, à la page 330.

⁶²⁹On note d'ailleurs que les personnes morales et les partis politiques invoquent le bénéfice des bienveillantes dispositions de protection du cyberconsommateur.

Dans la deuxième partie de la présente recherche, même si l'on peut admettre que la détermination de la compétence internationale des tribunaux pose moins de problème, il en va autrement dans la pratique judiciaire : les tribunaux français reconnaissent leurs compétences à l'égard d'un litige sur le simple fondement de l'accessibilité du site Web sur le sol français, tandis que les tribunaux américains et certains tribunaux canadiens, après avoir abandonné cette approche, sont passés par l'approche *Zippo* pour adopter de nos jours, l'approche dite de « l'effet du site Web ». Il faut toutefois rappeler, au passage, que certains tribunaux canadiens n'ont fait qu'un usage temporaire de cette approche *Zippo* dans la mesure où très peu de jugement y ont fait appel alors que les tribunaux québécois ne font que suivre, très souvent, les critères préconisés par les règles de conflits.

C'est justement dans la détermination de la loi applicable au contrat de consommation passé par Internet qu'apparaissent de sérieuses difficultés. Ainsi, les critères préconisés par les articles 5 de la Convention de Rome et 3117 C.c.Q. sont peu favorables au consommateur qui ne peut les rencontrer en raison du fait qu'ils ont été conçus pour le commerce traditionnel. Il s'ensuit que les règles de conflits sont difficiles à mettre en œuvre dans le cadre du contrat de consommation par Internet. C'est pourquoi de grands chantiers de modernisation ont été lancés pour rendre conformes ces règles de conflits aux exigences du commerce en ligne. Ensuite, il faut noter que la particularité de la démarche de détermination de la loi applicable au contrat de consommation en ligne tient au fait qu'elle se situe entre l'autonomie de volonté que préconisent les règles de conflit et sa limitation substantielle par les règles spécifiques de protection du consommateur qui accordent la priorité aux lois de la résidence habituelle ou du domicile du consommateur nonobstant le choix de la loi par les parties⁶³⁰.

Ainsi, malgré l'émergence de l'Internet avec son corollaire le développement du commerce en ligne, nous convenons par vérification de notre postulat de départ que le droit international privé a certes connu une évolution, une adaptation mais non une révolution. Comme le soulignait Bruno OPPETIT, le droit international privé est et reste

⁶³⁰ Supra. Chapitre 2 Partie 2.

encore de nos jours « le droit systématique et rational au caractère scientifique et doctrinal très marqué »⁶³¹; le pluralisme juridique qui émerge avec l'Internet (la fameuse *lex electronica*) s'avère non maîtrisé et insuffisant pour protéger efficacement le cyberconsommateur. L'on peut donc affirmer avec la professeure Bénédicte FAUVARQUE-COSSON que, nonobstant l'émergence de l'Internet avec son corollaire la *lex electronica* ou la *lex mercatoria numerica*, le « droit international privé classique [dispose] un cadre juridique apte à appréhender les problèmes nouveaux que suscite le développement des nouvelles technologies de l'information, n'en déplaise aux pourfendeurs de notre belle discipline,... »⁶³². Des adaptations sont certes nécessaires mais elles n'affectent en rien les méthodes classiques de résolution des conflits du droit international; l'adaptation n'étant pas synonyme de révolution⁶³³. Le droit international privé reste donc le modèle d'encadrement juridique le plus efficace du commerce international en l'occurrence et de celui impliquant les cyberconsommateurs; tout le monde étant *a priori* consommateur.

Aussi, nous sollicitons que les lois protégeant les consommateurs sur Internet, dans ces pays de démocratie, libre et transparente, deviennent les '*voix des sans voix*'⁶³⁴, afin que le consommateur y retrouve son refuge et que la méfiance dans les transactions sur Internet se transforme en une véritable passion pour le commerce en ligne, gage certain de l'épanouissement du commerce international et partant, de celui du commerce via Internet.

⁶³¹ B. OPPETIT, *loc.cit.*, note 472, p.333 et s., sp. p. 387, cité par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet*, Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje, Bruxelles, Bruyant, 2002, p.69.

⁶³² Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet*, Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje, Bruxelles, Bruyant, 2002, p.69.

⁶³³ U. DRAETTA, *loc.cit.*, note 210, p. 211.

⁶³⁴ Pour emprunter l'expression du grand littéraire martiniquais Aimé Césaire lorsque, de concert avec ses compères africains, ils se constituaient en véritables chefs de bataille au colonialisme et ce, jusqu'à une prise de conscience générale aboutissant ainsi à la décolonisation des pays africains dans les années '60' que l'on désigne si affectueusement « siècle des indépendances » ou encore « Soleil des indépendances ».

En guise de solution, on pourrait penser à ce que les États s'entendent à conjuguer les efforts afin d'élargir les mécanismes sectoriels, régionaux et nationaux et les harmoniser en faveur des conventions internationales de protection du consommateur comme l'ont déjà proposé certains systèmes juridiques⁶³⁵ et ce, pour venir à bout des résistances souvent opposées notamment par les cybercommerçants. Ces efforts d'harmonisation des règles de protection des consommateurs au plan international passent nécessairement par l'adoption, au plan interne, de textes viables et simplifiés assurant ainsi une protection adéquate de la partie faible dans cette nouvelle façon de commercer. Cette solution nous semble difficile à réaliser au regard des divergences des normes entre les systèmes juridiques de résolution des conflits de juridictions et de lois comme le souligne la Professeure Bénédicte FAUVARQUE-COSSON :

*« Tant qu'il existera des divergences entre les systèmes juridiques étatiques, on ne pourra faire l'économie ni des règles de conflits de juridictions ni des règles de conflit de lois. Pour s'en débarrasser, [...]; il faudrait uniformiser tout le droit et doter les juges d'une compétence universelle ce qui est inenvisageable étant donné les diverses traditions juridiques. »*⁶³⁶

Conscients des difficultés pratiques de cette solution, nous pensons qu'elle devrait passer par une large sensibilisation de tous les acteurs du commerce par Internet et la continuation des efforts de modernisation de l'ensemble des textes relatifs à la protection du cyberconsommateur déjà amorcés dans les systèmes juridiques étudiés et éventuellement dans les autres systèmes juridiques. En droit québécois en particulier, nous souhaitons que certaines dispositions notamment celles du C.c.Q. relatives à la protection du consommateur suivent rapidement cette vague de modernisation lancée par la Communauté européenne.

Par ailleurs, en raison de la présence, dans ce « monde virtuel », d'individus ou de consommateurs sans scrupule, ne serait-il pas également possible de parler de la

⁶³⁵ Claudia Lima MARQUES, «Consumer protection in Private Internet Law Rules: The need for an inter-American Convention on the Law applicable to some consumer contracts and consumer transactions (CIDIP) », dans Th. BOURGOIGNIE, *op.cit.*, note 21, pp.145-182. Cette initiative américaine de disposer d'une Convention interaméricaine sur la loi applicable dans les contrats de consommation est déjà un foyer d'espoir susceptible de motiver d'autres systèmes juridiques à emboîter le pas.

⁶³⁶ B. FAUVARQUE-COSSON, *loc.cit.*, note 632, p. 57. (Les italiques sont de nous).

protection des cybermarchands? Au risque de freiner l'épanouissement du commerce par Internet, il nous semble que cette autre dimension de protection des acteurs de ce type de commerce mérite une attention particulière et pourrait donner lieu à une réflexion profonde dans le cadre d'une recherche d'un autre niveau. C'est pour ainsi dire que le consommateur doit être réellement digne de protection comme l'affirmait Frédéric LECLERC : « *Que le consommateur demeure une partie faible même s'il a pris l'initiative de solliciter l'autre partie est un fait, qu'il mérite pour autant protection en est un autre* »⁶³⁷.

En outre, même si nous convenons qu'il est nécessaire que le droit international privé s'adapte à la nouvelle technologie, celle-ci ne saurait modifier les méthodes de cette discipline classique. Il faut y prendre garde car il y aurait un risque à ce que le droit suive de très prêt et dans tous ses détails cette technologie du commerce qui évolue à une vitesse de croisière comme l'illustre le Professeur GEIST dans ce dilemme:

« *Si la doctrine suit l'évolution de la technologie, elle ne permettra pas d'obtenir la certitude juridique tant recherchée. Si elle demeure statique afin d'offrir une certitude juridique plus grande, elle risque de perdre toute sa pertinence à mesure que la majorité des sites Web correspondront au critère de site actif* ».⁶³⁸

Enfin, il sied de reconnaître que l'Internet apparaît de nos jours comme l'un des stimulants qui bouillonnent le droit de la cybercommation, comme l'écrivait le sociologue des médias, le Professeur Marshall Mac Luhan : « *Une nouvelle technologie agit comme un ferment révolutionnaire* » et la Professeur Elisabeth Durieux d'ajouter « *L'Internet donne indubitablement de quoi méditer* »⁶³⁹.

⁶³⁷ F. LECLERC, *op.cit.*, note 497,

⁶³⁸ M. GEIST, *loc.cit.*, note 417.

⁶³⁹ E. DURIEUX, *loc.cit.*, note 114.

Bibliographie

I- Doctrine

1-Monographies et recueils

- ANTAKI, N-N., Le règlement amiable des litiges, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 471 p.
- AUDIT, B., Droit international privé, Paris, Economica, 2006, 930 p.
- BALATE, E. et J. STUYCK, Pratiques du commerce & Information et Protection du consommateur, Bruxelles, Édition Story-Scientia, 1988, 285 p.
- BAUDOUIN, J.-L., Les obligations, Cowansville, 6^e édition, Éditions Yvon Blais, 2005, 1755 p.
- BOURGOIGNIE, T. et M., GOYENS, Electronic funds transfer and consumer protection. Transfert électrique de fonds et protection du consommateur, Bruxelles, Edition Story- scientia, 1990, 316 p.
- BOURGOIGNIE, T., Éléments pour une théorie du droit de la consommation. Au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne, Bruxelles, Édition Story- scientia, 1988, 564 p.
- BOURGOIGNIE, T., Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation, (dir.), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, 190 p.
- BOURGOIGNIE Th. et J. GILLARDIN, Droit des consommateurs : Clauses abusives, pratiques du commerce et réglementation des prix, (dir.), Bruxelles, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 1982,
- BEACHARD, J., Droit de la distribution et de la consommation, Paris, PUF, 1996, 419 p.
- BRICKS, H., Les clauses abusives, Paris, L.G.D.J., 1982, 286 p.
- BOCHURBERG, L., Internet et commerce électronique : Site Web – Contrats – Responsabilité – Contentieux, Paris, Dalloz, 2001, 352 p.
- BUREAU, H., Le droit de la consommation transfrontalière, Paris, Litec, 1999, 430 p.

- CACHARD, O., La régulation internationale du marché électronique, Paris, L.G.D.J., 2002, 487 p.
- CHATILLON, G., Le droit international de l'Internet. Acte du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje, (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, 693 p.
- CAPRIOLI, E-A., Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique. Tribunal compétent, loi applicable, droit pénal international, arbitrage en ligne, Paris, Juris- Classeur, 2002, 253, p.
- CALAIS-AULOY J. et F., STEINMETZ, Droit de la consommation, Paris, Dalloz, 2000, 607 p.
- CHANTILLON, G., Le droit international de l'Internet, (dir.), Université Paris-I Panthéon- Sorbonne- Ministère de la Justice- ARPEJE, Bruxelles, Bruylant, 2002, 693 p.
- CHASSIGNEUX, C., Vie privée et commerce électronique, Montréal, Thémis, 2004, 348 p.
- DARANKOUM, E-S., *Droit des affaires avancés : Arbitrage commercial*, recueil de textes, DRT 6965F, Université de Montréal, Faculté de droit, Hiver 2006, 707 p.
- DAVID, R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982
- EMMANUELLI, C. Droit international privé québécois, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 72, n° 159
- FÉRAL-SCHUHL, C., Cyber Droit. Le droit à l'épreuve de l'internet, Paris, Dalloz, 2002, 353 p.
- GAUTRAIS, V. et S., PARISIEN, Droit du commerce électronique. Documents internationaux, Montréal, Yvon Blais, 2002, 354 p.
- GAUTRAIS V., Le contrat électronique international, encadrement juridique, Bruylant, 2002, 427 p.
- GAUTRAIS, V., Droit du commerce électronique, (dir.), Montréal, Thémis, 2002, 709 p.
- GOLDSTEIN, G., E., GROFFIER, Droit international privé, tome 1 Théorie générale, Cowansville, Yvon Blais, 1998- 2003.

- GOLDSTEIN, G., E., GROFFIER, Droit international privé, tome 1 Règles spécifiques, Cowansville, Yvon Blais, 1998- 2003.
- GAUDMET-TALLON, H., Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, Paris, Montchretien, 1996, 461 p.
- GOLDSTEIN, G., *Droit International Privé avancé (Matières patrimoniales)*, Recueil de textes Tomes 1et 2, DRT 6805A/6950, Montréal, COOP DROIT Université de Montréal, 2004-2005.
- GUINCHARD, S., M., HARICHAUX et R., TOURDONNET, Internet pour le droit : connexion- recherche- droit, Paris, Montchrestien, 2001, 304 p.
- GUILLEMARD, S., Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, Bruylant, Éditions Yvon Blais Inc., 2006, 471 p.
- GUILLEMARD, S., M., SAINT-HILAIRE, 1982-2001-, vingt ans de grands arrêts de la Cour suprême du Canada. 45 décisions choisies, présentées et commentées, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 276 p.
- HALPERN, C., Guide juridique et pratique. Droit et Internet, Paris, Éditions de Vecchi, 2003, 187 p.
- HILDEGARD et B., STAUDER, La protection des consommateurs acheteurs à distance. Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé. Actes du Colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève, Bruxelles, Bruylant, 1999, 350 p.
- IMHOFF-SCHEIER, A.-C., Protection du consommateur et contrats internationaux, Genève, Librairie de l'université Georg & Cie S.A., 1981, 231 p.
- JACQUET, J.-M. et DELEBECQUE, Ph., Droit du commerce international, Paris, Dalloz, 2002, 500 p.
- KASSIS, A., Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international Tome I Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.J., 1987, 408 p.

- LAFORTUNE, D., *Le contrat commercial : élaboration et rédaction, Recueil de textes et de jurisprudence*, DRT 6905, Automne 2005, Faculté de droit, Université de Montréal, 481 p.
- L'HEUREUX, N., Droit de la consommation, Cowansville, Yvon Blais, 2000, p.566.
- LECLERC, F., La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, Bruxelles, Bruylant, 1995, 776 p.
- LE TOURNEAU, P., Contrats informatiques et électroniques, 3^e édition, Paris, Dalloz, 2004, 340 p.
- LLUELLES D. et B. MOORE, Manuel de doctrine sur le régime des obligations, Tome 1, Montréal, Thémis, 2005, p. 392.
- MACKAAY, E., L'analyse économique du droit I- Fondements, Montréal, Éditions Thémis, 2000, 319 p.
- MASSE, C., Loi sur la protection du consommateur. Analyse et commentaires, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 1545 p.
- MAYER, P. et HEUZÉ, V., Droit international privé, Paris, LGDJ- Montchretien, 2004, 784.
- MORIN, G. (Me) et F., TÖTH (Me), La loi sur la protection du consommateur et règlement d'application, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 336 p.
- MORRIS, McCLEAN and K., BEEVERS, *The conflict of laws*, London, Sweet & Maxwell, 2005.
- MOURRE, A., Droit judiciaire privé européen des affaires. Droit communautaire- Droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2003, 1164 p.
- POULIN, D., Guide juridique du commerce électronique, Montréal, Thémis, 2003,
- ROLLAND, L., *Méthodologie du droit et de la recherche, Recueil de textes*, DRT 6500A, Hiver 2006, Université de Montréal, Faculté de droit 2005-2006, 516 p.
- ROBERT, J., L'arbitrage droit interne droit international privé, Paris, Dalloz, 1983, 478 p.
- RAYNARD, J., Les premières journées internationales du droit du commerce électronique. Actes du colloque de Nice des 23, 24, et 25 octobre 2000 organisé par le Département Sciences juridiques de l'EDHEC et l'École du Droit de

- l'Entreprise de la faculté de Droit de l'Université de Montpellier sous la responsabilité scientifique de Éric A. Caprioli, Paris, Litec, 2002, 357 p.
- REID, H., Dictionnaire de Droit Québécois et Canadien, Montréal, 3^e édition, Wilson & Lafleur Ltée, 2004, 828 p.
- ROY, P., « Les garanties légales de qualité : la liberté contractuelle sous haute surveillance? », dans Pauline ROY, *Droit de la consommation, Recueil*, DRT 3807, Hiver 2006, Faculté de droit, Université de Montréal, pp. 371- 400.
- TRUDEL, P. et F. Abran, K. Benyeklef, S. Hein, Droit du cyberspace, Éd. Thémis, 1997, P.10-1 à 10-16.
- THUILLEAUX, S., L'arbitrage commercial au Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 314 p.
- VERBIEST, Th., Droit des technologies. Commerce électronique : le nouveau cadre juridique Publicité - contrats - contentieux, Bruxelles, Lacier, 2004
- VERBIEST, Th., Le nouveau droit du commerce électronique. La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur, Bruxelles, Larcier L.G.D.J., 2005, 234 p.
- VERBIEST, Th., La protection juridique du cyber-consommateur. Publicité, contrats, contentieux, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, 146 p.
- VIER, C., L'Internet et Droit. Droit français, européen et comparé de l'internet. Actes du colloque organisé par l'École doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris I les 25 et 26 septembre 2000, dir., Paris, Collection Légipresse, 2001, 486 p.
- VIVANT, M., Les contrats du commerce électronique. Conception, construction, rédaction, Paris, Litec, 1999, 196 p.
- WATIER, M., La publicité, Paris, Éditions Paulines & Médiaspaul, 1983, 212 p.
- WÉRY, E., Facture, monnaie et paiement électroniques : aspects juridiques, Paris, Juris-Classeur, 2003, 146 p.
- WÉRY, E., Droit des technologies. Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs, Bruxelles, Larcier, 2004, 221 p.

2- Articles de revue

- ABAD, V., « Publicité sur Internet et Protection du consommateur », (2003) Lex Electronica, vol.8, no2, printemps 2003, disponible : <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-2bad.html>
- Allard S. et Pauline CURIEN, « Manuel de rédaction juridique » dans Me Daniel LAFORTUNE, Recueil de textes DRT 6905- Le contrat commercial : élaboration et rédaction, Université de Montréal, automne 2005, p. 21-38.
- ANCEL, M.-É., « Un an de droit international privé du commerce électronique », (2007) 1, p. 19-25
- BOUCHARD, C. et M. LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 R.G.D. 373-438.
- BIRNBAUM-SARCY L. et Florence DARQUES, « La signature électronique. Comparaison entre les législations française et américaine », (2001) 5 RDAL,
- BOUCOBZA, X., « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », (1998) 3 Rev. arb. 495.
- CALAIS-AULOY, J., « Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen. Rapport de synthèse », (2002) 108, Droit & Patrimoine, 93.
- CAPTIOLI, E-A. et R., SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) J.D.I. 323-401
- CAPTIOLI, E-A., « Loi du 6 août 2004. Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel » (2005) 2, Com. Com. électronique. Disponible au <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/delivrer/>
- CHABERT, C., « Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne », Comm. Com. élect., no 2, Février 2006, Comm. 27, 10 p.
- CHABERT, C., « Le choix d'une loi par un consommateur doit être explicite », Comm. Com. élect., no 12, Décembre 2005, Comm. 189.
- CHABERT, C., « L'autre arrêt Nikon... », Comm. Com. élect., no 10, Octobre 2005, Comm. 157.
- CHEVRIER, E., « La publicité trompeuse n'implique pas une activité lucrative », (2005) Rec. Dalloz 1997.

- Conférence de La Haye, Doc. Prél. No 17, par A.D. HAINES, « L'impact d'internet sur le projet sur les jugements : nouvelles pistes de réflexion », février 2002
- CROTEAU, N. « L'intervention du tribunal dans les contrats », dans *Développement récents en droit des contrats, Service de la formation permanente Barreau du Québec*, n° 129, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 144 p.
- De CANDÉ, P., « Publicité comparative notamment dans le domaine du médicament, état des lieux », (2/6967) 2000, Dalloz, p. 34
- De OLIVEIRA, P., « La signature électronique qualifiée (1) : la nouvelle arlésienne pour temps moderne? », (2006), *Expertises*, Doctrine, p. 227
- DERAINS, Y., « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », (1986) 3 *Rev. arb.* 375.
- DIMOLISTA, A., « Autonomie et 'Kompetenz- Kompetenz' », (1998) 15, *Rev. arb.* 305
- DUASO CALÈS, Rosario, « La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation », Montréal, 2002, 19 p. disponible *Lex electronica* au <http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/Duaso%20Cales.pdf>.
- DINE, D-S, « Cybercasinos et cybercriminalité », dans « Police et Internet », janvier, 2005, Paris I, www.isoc.fr
- DUPUIS-TOUBOL, F., « Commerce électronique : comment en apporter la preuve? » *RDAI*, (1998) 3, 329-347
- DURIEUX, E., « La Cyberpublicité transfrontalière et la protection du consommateur en France et au Québec » disponible au <http://www.uparis2.fr/cejem/travaux/memoires/durieux.htm>
- DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit Belge » dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, 219.
- DRAETTA, U., « Internet et commerce électronique », (2005) 314 *Recueil Cours La Haye* 120
- GEIST, M., « Compétence et Internet : changement d'approche juridictionnelle », (2002) 3. 1, 10 p., disponible au http://www.isuma.net/v03n01/geist/geist_f.shtml

- GEIST, M., « Y a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'internet », Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, version 1.3, 76 p., disponible au <http://www.chlc.ca/fr/cls/internet-jurisdiction-fr.pdf>
- FAUVARQUE-COSSON, B., « Le droit international privé à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'internet*, Actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje, Bruxelles, Bruyant, 2002, p.55-70.
- GUILLEMARD, S., « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent », (2004) 131 *J.D.I.* (5-61).
- GAUTRAIS, V., « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux! », (2004) 106 *R. du N.* 617
- GARNETT, R., « Are Foreign Internet Infringers Beyond the Reach of the Law? ». (Les délinquants sur l'Internet sont-ils hors de portée de la loi?), *University of NSW Law Journal* 23 (1), 2000 105-126
- GOLDSTEIN, G., « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le code civil du Québec, Développements récents en droit de la consommation (1994), Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.143-229.
- GOLDSTEIN, G., « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec », (1993) 53 *R. du B.* 199.
- GOLDSTEIN, G., « L'ordre public en droit international privé de la consommation : commentaire de G.M.C.c. Arnold », (1984) 30 *R. de D. de McGill* 143-157.
- GOLDMAN, B., « Frontière du droit et "lex mercatoria" », (1964) *Arch Philos, du Droit* 177
- GRYNBAUM, L., « la loi française applicable à un site maltais de paris en ligne sur courses hippiques », *Comm. Com. élect.*, n°11, Novembre 2005, *Comm.* 172
- CUMYN, M. et Lina LALANCETTE, « La cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire » (2005) 35 *R.G.D.* 5-60.

- FALLON, M., « Le droit des rapports internationaux de consommation », (1984) 111 J.D.I. 765-847
- FALLON, M. et J., MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », (2002), 91 *Rev.crit. dr.internat.privé* 435- 490
- FROMENT, C., «Loi applicable aux contrats du commerce électronique », mémoire de DESS de droit du Multimédia et de l'informatique, sous la direction du professeur J. Huet, 2001, Université de Droit, d'Économie et de sciences sociales, Paris II, Panthéon –Assas, 41p.
- HANOTIAU, B., « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », (1994) 4 J.D.I. 900
- HUET, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques », JDI 2002, 737-751
- HUET, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques » dans, CHATILLO, G., *Le droit international de l'internet* (dir.), Bruxelles, Bruylant 2002, 71-101.
- HOEDL, C., « Le commerce de services sur Internet : publicité, protection des consommateurs et informations à caractère personnel », *RDAI* (1998) 3 285-315
- JAKUBONYTÈ. G., « The Protection of Lithuanian Consumers against Unfair Contract Terms » (2006) *Journal of Consumer Policy*, 79-95
- KHALIL, L.J., « Signature électronique : certificats qualifiés "publics" ou certificats qualifiés «privés», *Comm. Com. Électr.*, J-cl, avril 2003, p. 11 et s.
- KHAN, P., « La Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente international de marchandises », (1981) 33 R.I.D.C 951.
- LAGARDE, P., « Heures et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », dans *Le contrat au début du XXIe siècle*, Études offertes à Jacques GHESTIN, Paris, L.G.D.J, 2001, p.510.
- LAGARDE, P., « Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats », (1975) 43 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 649.
- LAGARDE, P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », (1991) Rev.crit. dr.int.

- LAGARDE, P., « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », (2006) 2, Rev. crit. d.i. p. 331-359
- LARDEUX, G., « Système juridique applicable au contrat », JurisClasseur Contrats-Distribution, (2006), Fasc. 65.
- LALIVE, P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », (1986) 3 Rev. arb. 329-373.
- LAPRES, D.A., « Affaire Yahoo! (I et II) et Al Manar : l'approche univerealiste confirmée deux fois », (2005) Juiriscom.net, 9 p., <http://www.juriscom.net>
- LUBY, M., « Sommes-nous tous des consommateurs? », (2002) 108, Droit & Patrimoine, 45
- LLUELLES, D., « Le mécanisme du renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 R. du N. 11.
- LOUSSOUARN, Yvon, « la Convention de La Haye d'octobre 1985 loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, (1986) Rev. crit. d.i.p. 271
- MAHMOUD, M-S., « Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé », (2005) 315 Recueil Cours La Haye 195.
- MEYER, P., « Le droit de l'arbitrage », dans Programme de formation en lige avec le soutien du fonds francophone des inforoutes ; disponible au www.ohada.com
- MOORE, B., « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 R.J.T. Vol.1-176, pp. 212 et 213.
- MASSE, C., « Le lien entre la Loi sur la protection du consommateur et le Code civil du Québec », dans *Code civil du Québec*, 2005, p. 383, Éditions Thémis.
- MAYER, P. « La protection de la partie faible en droit international privé », dans La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris, L.G.D.J. 1996, 513.
- NABHAN, V. et J. A., TALPIS, « Le droit international privé québécois et canadien de la protection juridique du consommateur », (1973) 33 R. du B. 330, p. 343.
- OPPETIT, B., « Le droit international privé, droit savant », (1992) III RCADI, 333 et suiv, p. 387

- PALSANT, G. et M-C., FIDALGO, « Aspects comparés franco-espagnols de la transposition de la directive de 1993 sur les clauses abusives », (2002) 108, *Droit & Patrimoine*, 86
- PASSA, J., « Commerce électronique et protection du consommateur », D. 2002, doctrine 555
- PASSA, J., « Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions », *Communication Commerce électronique* no 5, mai 2005, Étude 17, 20 p.
<http://www.lexisnexis/fr/droit/delivery>
- PERRET, L., « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux adoptée par la C.I.D.I.P.- V avec des notes explicatives » (1994) 25 *R.G.D.* 605-623
- PHILIPPE, D., « La protection de la partie faible en droit international » dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, 553.
- PIZZIO, J-P., « L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs », (2002) 108, *Droit & Patrimoine*, 60.
- POCAR, F., « La protection de la partie privée », (19884-V) 188 *R.C.A.D.I.* 343-417
- POMBEBLEILH, D., « Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur », (2002) 108, *Droit & Patrimoine*, 53.
- REMY- CORLAY, P., « Contrats à distance et conflits de lois », (2004) 1-2, *Revue européen de droit de la consommation* (doctrine).
- RETORNAZ, C., « Le commerce électronique international. Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur », *Expertises* no 215- commerce électronique, 1998, 11 p. disponible au
<http://www.celog.fr/expertises/1998/som0598/commerce0598.htm>
- ROLIN JACQUEMYNS, L. et Th. VERBIEST, « L'offre de services et produits financiers sur Internet » (2000) 1 *RDAI* 3-41
- SAUVEPLANE, J. G., « Consumer Protection in Private International Law », (1985) *Neth. Int. L.R.* 100-122.
- SENNI, T., « Signatures électroniques : Loi types élaborée par la CNUDCI », (2005), 1 *RDAI* 55-69

- SÉDALLIAN, V., « Actualités du droit du commerce électronique », Droit de l'immatériel, Lamy, 2005, p. 33.
- STOFFEL-MUNCK, P., « La loi tendant à conforter la confiance du consommateur assainit le régime de la tacite reconduction des contrats », (2005) 3, Com. Com. électronique, disponible au <http://www.lexisnexis/fr/droit/delivery>
- STOFFEL-MUNCK, P., « Première décision de Cour d'appel dans le contentieux des clauses abusives contenues dans les contrats de fourniture d'accès », Comm. Com. élect., no 11, Novembre 2005, Comm. 171.
- SINAY-CYTERMANN A., « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français » dans *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, 241.
- TALLON, H-G., « Quelle compétence? Quelle loi? (compétence juridictionnelle et loi applicable) », (2002) 108, Droit & Patrimoine, 71.
- Michel Trochu, « Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997 », Recueil Dalloz 1999, 17^e Chronique, 179.
- Piette-Coudol, T., « Classification des signatures électroniques et typologie des emplois », C. Lamy Dr. Inf. et Rés., n° 149 D juillet 2002, n° 152 G novembre 200
- OLIVEIRA de P. de, « La signature électronique qualifiée (1) : la nouvelle arlésienne pour temps moderne? », (2006), Expertises, Doctrine, 227 p.
- VAN OVERSTRAETEN, T., « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet », (1998) 3 R.D.A.I. 373-397
- VERBIEST, Th., « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », (2001) 2 Juriscom.net
- VON OVERBECK, A. E., « Le projet de convention de La Haye sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs », Ann. Suisse dr. Int., 1981. 96-108.
- WATTÉ, N., et A., NUYTS, « Le champs d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale... La théorie à l'épreuve de la pratique », (2003) J.D.I 365
- WILDERSPIN, M., « Arrêts récents sur l'interprétation de la convention de Bruxelles ayant une incidence sur le droit des consommateurs (chronique de la jurisprudence) » (2004) 1-2, Revue européen de droit de la consommation.

ZANOBETTI, A., « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », RDAI, (2000) 5, 553-562.

3- Rapport et autres documents

Bureau de la concurrence, « Respect de la Loi dans la publicité en ligne : Guide de conformité à la Loi sur la Concurrence concernant les annonceurs dans Internet », 14 p., disponible au www.concurrence.ic.gc.ca (consulté le 28 juillet 2006).

BOISVERT, H., « L'analyse des sites Web d'entreprises du Québec sous l'angle de la protection du consommateur selon les données de novembre 2002 », Cahier de recherche CICMA 03-09, Chaire internationale CMA d'étude des processus d'affaires, avril 2003, 50 p.

a- Documents des organisations internationales

OCDE : « Normes de sécurité pour le consommateur et évaluation de conformité des produits. Enjeux sur le marché mondial », Paris, publication OCDE, 1996, 174 p.

b- Gouvernement du Canada

Direction Générale du commerce électronique Industrie Canada, « Instaurer la confiance à l'égard du commerce électronique : cadre pour l'authentification électronique au Canada », juillet 2000; disponible au Web <http://e-com.ic.gc.ca/>

J. HAMILTON, Direction Générale du commerce électronique Industrie Canada, « La suite du programme visant à instaurer la confiance : Authentification électronique. Résumé du processus de consultation », février 2001; disponible au <http://e-com.ic.gc.ca/>

II- Table de la législation

1- Lois Canadiennes (Fédéral)

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), c. C-34

Loi sur les marques de commerce L.R., 1985, ch. T-13

Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985), c. 17

Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique , entériné par les Ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables des questions de consommation, le 16 janvier 2004(document non juridique mais à valeur simplement éthique).

SÉNAT DU CANADA : Projet de Loi S-23 « Loi anti-pourriel », loi visant à empêcher la diffusion sur Internet de messages non sollicités, disponible au <http://www.parl.gc.ca>

2- Lois québécoises

Code Civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64.

Code de procédure civile du Québec, L.R.Q., c.-25

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., c. C-1.1

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. c. P- 40.1, r. 1.

Loi n° 48, Loi modifiant la loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, présenté par M. Yvon Marcoux, Ministre de la Justice, Éditeur officiel du Québec, 2006.

3- Lois ontariennes

Loi Ontarienne de 2002 sur la protection du consommateur, L.R.O, 2002, c. 30

4- Lois étrangères

a)- France

Code de la Consommation, 10^e Édition, Dalooz, 2005

Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 Journal Officiel du 10 juillet 1975.

LOI n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique,
disponible au

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0200175L>

b)- Droit communautaire

Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980
(80/934/CEE)

Convention de Vienne sur la vente Internationale de Marchandises (CVIM) du 11 avril
1980

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et
l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal des
Communautés européennes, nov. 1988, no L. 319/9.

Loi-type de la CNUCI sur le commerce électronique- juin 1996.

Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les
contrats avec les consommateurs.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à
certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et
notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le
commerce électronique») *Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.*

Directive sur le commerce électronique ou Directive 2000/31/CE du parlement européen
et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de
la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le
marché intérieur. Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016

Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)/* COM/2005/0650 final- COD 2005/0261*/

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ('Rome II')/*COM/2003/0427 final-COD 2003/0168*/

c)- OCDE

Lignes directrices régissant la protection des consommateurs

III- Table de la jurisprudence

1-Jurisprudence québécoise

Aspender1.com. c. Paysystems Corp., 2005 IIJCan 6494 (Qc C.Q).

Banque de Montréal c. Bail Ltée, [1992] 2 R.C.S. 554

Bourassa c. Dumais, AZ-50082629, [2001] R.D.I. 157;

Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs (C.A) [2005] R.J.Q.1448,

Dell Computer Corp. C. Union des consommateurs, 2007 CSC 34

Dubreuil c. D.K. Automobile inc., [1996] R.J.Q. 1144 (C.A.).

LVH Corp. (Las Vegas Hilton) c. Lalonde (2003-04-03) QCCS 500-05-072961-020

2- Jurisprudence canadienne

Abadie c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec, AZ-0031291, [2000] R.J.D.T. 569

Braintech,Inc. v. Kostiuk, 1999 ACWSJ LEXIS 1924 (Cour d'appel de la C.-B., 1999).

Rudder c. Microsoft Corporation (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (C.S.J. Ont).

Kanitz c. Rogers Cable (2002) 58 O. R. 3rd 299.

Renvoi relatif à la Earth Future Lottery, [2003] 1 R.C.S. 123, 2003 CSC 10.

3- Jurisprudence américaine

Bensusan Restaurant Corporation c. King, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996), confirmé par 126 F. 3d. 25 (2nd Cir. 1997).

Blakey c. Contiental Airlines, Inc. 164 N.J. 38 (N.J. 2000).

Cybersell v. Cybersell, 130 F.3d 414

Digital Equipment Corp. C. Altavista Technology Inc., 960 F. Supp. 456 (D. Mass. 1997) (USAA)

Desktop Technologies, Inc. c. Colorworks Reproduction & Design, Inc., 1999 WL 98572 (E.D. Pa., 1999)

GTE New Media Services Incorporated c. Ameritech Corporation, et al. 44 F.Supp.2d 313 (D.D.C., 1999)

Mink c. AAAA Development LLC, 190 F.3d 333 (5th Cir. (Tex.), 1999)

Playboy Entreprises, Inc. v. Chuckleberry Publishing, Inc., (1996 WL 396128, SDNY, 1996).

People Solutions, Inc. C. People Solutions, Inc. 2000 WL 1030619 (N.D.Tex., 2000).
World-Wide Volkswagen Corp. C. Woodson, 444 US. 286 (1980)

Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp.1119 (W.D. Pa. 1997).

France

Civ. 1^e, 1 févr. 2005. Bull. civ., no 03-16905.

Civ.1^e, 5 mars. 2002, Bull. civ., no 18202

Civ. 1^e, 23 févr. 1999. Bull. civ. no 21744

Civ 1^e, 24 janv. 1995, Bull. civ. no 18227

Crim. 20 févr. 2001, Bull. Crim. no 83385

Civ. 1^e, 7 févr. 1995, Bull.civ., no 19454

IV- Sites Web intéressants

En Europe et en France

http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/full_f.pdf

Droit & Nouvelles Technologie <http://www.droit-technologie.org/>

Forum des droits de l'Internet <http://www.foruninternet.org>

Mission pour l'économie numérique <http://www.men.minefi.gouv.fr/>

L'action gouvernementale française pour la société de l'information
<http://www.internet.gouv.fr/>

Juriscom <http://www.juriscom.net>

Légifrance <http://www.legifrance.gouv.fr>

Au Canada

<http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub-1c4>, Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des actions, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

<http://www.law.ualberta.ca/alri/ilc/current/ejurisd.htm>, Le groupe Ogilvy__Renault « Compétence juridique et l'Internet- Est-ce que les règles traditionnelles sont suffisantes ? », juillet 1998. Conférence pour Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

Lex electronica <http://www.lex-electronica.org>.

Réseau électronique « Parliamentary Internet Parlementaire » <http://www.parl.gc.ca>

Le bureau de la consommation du Canada

<http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/fr/home> (consultation le 6 juillet 2006)

[http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/spamiqtest_print_fr.html/\\$FILE/spamiqtest_print_fr.html](http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/spamiqtest_print_fr.html/$FILE/spamiqtest_print_fr.html) (consultation le 7 juillet 2006)

Site canadien des entreprises et des consommateurs

<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01182f.html>

Bureau de la concurrence www.concurrence.gc.ca

Au Québec

Carte des recours du cyberconsommateur <http://www.cyberconsommation.ca>

Office pour la protection du consommateur <http://www.opc.gouv.qc.ca/navig/default.asp>

Option- consommateur <http://www.option-consommateurs.org/>

Réseau de Protection du consommateur du Québec <http://www.consommateur.qc.ca/>

Union des consommateurs <http://www.consommateur.qc.ca/union/>