

## Les enjeux du contrat de consommation en ligne

Charlaine Bouchard et Marc Lacoursière

Volume 33, numéro 3, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027421ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027421ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bouchard, C. & Lacoursière, M. (2003). Les enjeux du contrat de consommation en ligne. *Revue générale de droit*, 33 (3), 373–438. <https://doi.org/10.7202/1027421ar>

Résumé de l'article

Le consommateur qui réalise un achat sur Internet désire s'assurer que sa transaction est protégée, sécurisée et fiable. Le potentiel du commerce à distance est aujourd'hui immense; avec l'avènement d'Internet, le consommateur peut avoir accès plus rapidement à une multitude de produits, en comparer les prix, et même conclure et exécuter l'ensemble de la transaction sans quitter le confort de son salon. Cependant, les nombreux problèmes de paiement et de livraison nuisent à l'essor du cybercommerce de consommation. La réglementation actuelle peut-elle favoriser le développement de cette nouvelle forme de commerce tout en protégeant les consommateurs contre les abus de la technique ? Pour répondre à cette question, les auteurs s'interrogent sur l'adéquation de l'encadrement juridique existant appliqué aux modalités de formation et d'exécution du contrat en ligne et, constat en main, se penchent sur la nécessité de remodeler le droit de la consommation en fonction de cette nouvelle réalité.

# DOCTRINE

---

## Les enjeux du contrat de consommation en ligne\*

**CHARLAINE BOUCHARD**

Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval

**MARC LACOURSÈRE**

Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

### RÉSUMÉ

*Le consommateur qui réalise un achat sur Internet désire s'assurer que sa transaction est protégée, sécurisée et fiable. Le potentiel du commerce à distance est aujourd'hui immense; avec l'avènement d'Internet, le consommateur peut avoir accès plus rapidement à une multitude de produits, en comparer les prix, et même conclure et exécuter l'ensemble de la transaction sans quitter le confort de son salon. Cependant, les nombreux problèmes de paiement et de livraison nuisent à l'essor du*

### ABSTRACT

*Consumers shopping on the Internet want to ensure that their transactions are protected, secure and reliable. E-commerce has tremendous potential and, with the advent of the Internet, consumers can rapidly access a multitude of products, compare their prices as well as execute and conclude transactions without leaving the comfort of their living rooms. However, several payment and delivery problems are interfering with the commercial expansion of Cyber-commerce. Can current regulations contribute to the*

---

\* Les auteurs remercient la Fondation du Barreau pour sa contribution financière nécessaire à la rédaction de ce texte, ainsi que leurs assistantes de recherche Julie McCann et Édith Vézina. Sauf indication contraire, les sites Web cités dans cet article sont à jour au 1<sup>er</sup> septembre 2003.

*cybercommerce de consommation. La réglementation actuelle peut-elle favoriser le développement de cette nouvelle forme de commerce tout en protégeant les consommateurs contre les abus de la technique? Pour répondre à cette question, les auteurs s'interrogent sur l'adéquation de l'encadrement juridique existant appliqué aux modalités de formation et d'exécution du contrat en ligne et, constat en main, se penchent sur la nécessité de remodeler le droit de la consommation en fonction de cette nouvelle réalité.*

*development of this new type of commerce and still protect consumers against technological abuses? To answer this question, the authors ponder the adequacy of the existing regulatory framework as it applies to methods of contract formation as well as execution on-line. Then, findings in hand, they turn their attention towards the necessity of restructuring Commercial Law in light of this new reality.*

---

## SOMMAIRE

Introduction.....	375
I. La cyberconsommation : la confrontation à des problèmes nouveaux et fondamentaux .....	377
A. Les éléments de l'échange électronique des consentements....	377
1. La rencontre de l'offre et de l'acceptation.....	378
a) L'offre en ligne destinée à des consommateurs.....	378
i) La technique de l'offre en ligne .....	379
ii) Le régime juridique de l'offre en ligne .....	381
b) L'acceptation dans un environnement dématérialisé...	384
i) Les modes d'expression recevables.....	385
ii) Le contexte de cette expression .....	392
2. Les conditions d'un consentement libre et éclairé .....	394
a) L'obligation précontractuelle de renseignement .....	394

b) <i>La protection de l'adhérent</i> .....	396
i) Les clauses externes.....	397
ii) Les clauses illisibles ou incompréhensibles.....	398
iii) Les clauses abusives.....	399
3. La preuve du consentement et de l'existence du contrat...	400
B. L'exécution du contrat en ligne.....	402
1. Un problème majeur : le paiement en ligne.....	402
a) <i>Les paiements en ligne soumis à la Loi sur la protection du consommateur</i> .....	403
b) <i>La transparence dans les paiements en ligne</i> .....	409
2. La livraison.....	412
II. La nécessaire adaptation du droit de la consommation aux réalités du cyberspace.....	415
A. La métamorphose du concept de consommateur.....	415
1. La transformation du droit de la consommation.....	415
a) <i>L'histoire de la Loi sur la protection du consommateur</i>	416
b) <i>L'évolution de la vente à distance et de la vente par un commerçant itinérant</i> .....	418
2. La nouvelle réalité du cyberconsommateur.....	419
B. Le plaidoyer pour un formalisme accru du contrat de cyberconsommation.....	421
1. Le raffinement de l'obligation d'information : les mentions obligatoires.....	422
2. La protection du consentement.....	424
a) <i>Le consentement réfléchi : la possibilité pour le consommateur de revenir sur sa décision</i> .....	425
b) <i>Le remboursement en cas d'annulation ou de non-livraison</i> .....	428
Conclusion.....	436

---

## INTRODUCTION

Si le commerce électronique a connu une croissance exponentielle au cours des dernières années, cette avancée doit être relativisée en distinguant le commerce interentreprises, qui brille au firmament, et le commerce de consommation, qui tarde à prendre son envol. Dans ce dernier cas, les grands enjeux passent nécessairement par la protection des consommateurs.

Le consommateur, lorsqu'il réalise un achat sur Internet, veut s'assurer que les données divulguées au commerçant soient protégées et que l'utilisation de sa carte de crédit soit limitée au paiement de l'achat effectué : « ces inquiétudes légitimes relèvent de la protection et de la sécurité<sup>1</sup>. Les attentes du consommateur ne s'arrêtent cependant pas là. Il désire aussi être assuré que le bien qu'il a commandé — et payé — lui sera effectivement livré et ce, en conformité avec ce qui lui a été présenté : ces interrogations relèvent du domaine de la confiance<sup>2</sup> ». À titre d'exemple, dans une étude récente portant sur 3 568 sites québécois, seulement 262 offraient le paiement en ligne<sup>3</sup>, plus de 50 % des répondants n'indiquaient pas les frais d'expédition, alors que seulement le tiers affichaient une politique de renseignements personnels. Quant à la livraison des produits — il s'agit des problèmes les plus fréquents — plus de 40 % des difficultés rencontrées concernent des délais non respectés<sup>4</sup>!

Cette méfiance à l'égard du commerce en ligne n'est pas propre au territoire québécois. Le même phénomène est dénoncé à la grandeur du globe. Et pourtant, la consommation à distance ne date pas d'hier. Qui n'a pas tourné les pages des énormes catalogues, distribués autrefois dans la plupart des foyers, et commandé, par le biais du téléphone ou encore par la poste, les fameux objets tant convoités? Le potentiel de la technique est aujourd'hui immense; avec l'avènement d'Internet, le consommateur peut avoir accès plus

---

1. É. BARBRY, « Le droit du commerce électronique de la protection... à la confiance », (1998) *Cyberlex*, p. 2, en ligne : <http://www.club-internet.fr/cyberlexnet/COM/A980902.ht>.

2. *Ibid.*

3. Il existe une panoplie de définitions d'un paiement en ligne. Nous estimons que lorsqu'un effet de paiement transite par Internet dans un des segments habituels — consommateur-banque, consommateur-marchand, marchand-banque, banque-banque, il s'agit d'un paiement en ligne. L'utilisation du réseau ouvert Internet ne permet l'utilisation complète d'un paiement entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire que dans de rares occasions; les consommateurs demeurent réticents à utiliser ces paiements en ligne pour des raisons évidentes de sécurité. Il est possible de nommer les paiements en ligne, « paiement électronique », mais ce dernier est habituellement utilisé en réseau fermé; tel est le cas des cartes de paiement et des transferts électroniques de fonds.

4. École des hautes études commerciales de Montréal et l'Office de la protection du consommateur, *Guide du cyberconsommateur*, 2002, p. 3, en ligne : [www.autoroute.gouv.qc.ca](http://www.autoroute.gouv.qc.ca) (ci-après cité « Guide du cyberconsommateur »).

rapidement à une multitude de produits, en comparer les prix, et même conclure et exécuter l'ensemble de la transaction sans quitter le confort de son salon. Le droit est-il prêt à faire face à cette nouvelle réalité? En d'autres termes, le commerce électronique constitue-t-il une forme de commerce comme les autres?

La question est importante. Elle amène à s'interroger sur l'adéquation de la réglementation actuelle face à la cyberconsommation : peut-elle favoriser le développement de cette nouvelle forme de commerce tout en protégeant adéquatement les consommateurs contre les abus de la technique? Pour répondre à cette question, il conviendra, dans une première partie, de confronter l'encadrement juridique existant aux modalités de formation et d'exécution du contrat en ligne (I.), avant de s'interroger, dans une seconde partie, sur la nécessité de remodeler le droit de la consommation en fonction de cette nouvelle réalité (II.).

## **I. LA CYBERCONSOMMATION : LA CONFRONTATION À DES PROBLÈMES NOUVEAUX ET FONDAMENTAUX**

Les contrats conclus par Internet comportent des caractéristiques communes. Il s'agit de contrats entre absents conclus dans un environnement dématérialisé. Ils constituent aussi très souvent des contrats d'adhésion et ont vocation à revêtir une dimension internationale. Ces particularités amènent à s'interroger sur les éléments et le contenu de l'échange électronique des consentements (A) et les règles qui président à l'exécution du contrat (B).

### **A. LES ÉLÉMENTS DE L'ÉCHANGE ÉLECTRONIQUE DES CONSENTEMENTS**

Tout contrat, qu'il soit formé en ligne ou sous le modèle classique, suppose un accord de volonté entre les parties<sup>5</sup>. Cet accord de volonté survient généralement suivant un schéma

---

5. C.c.Q, art. 1378.

classique<sup>6</sup> : l'une des parties fait une offre à l'autre qui, à la suite de son acceptation, scelle définitivement l'engagement.

Dans le cas du contrat en ligne, ce schéma traditionnel est quelque peu bouleversé. En effet, comme les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, le processus de l'échange des consentements doit être aménagé en fonction de cet univers dématérialisé (1). Une attention toute particulière doit aussi être portée aux conditions à respecter pour l'obtention d'un consentement éclairé (2). Enfin, il conviendra de conserver une preuve du consentement et de l'existence du contrat (3).

## 1. La rencontre de l'offre et de l'acceptation

La conjoncture de l'offre et de l'acceptation pose le problème de la qualification juridique de la mise en ligne d'une offre (a) et de la formulation de l'acceptation en ligne eu égard à l'automatisation du procédé (b).

### a) *L'offre en ligne destinée à des consommateurs*

L'offre de contracter constitue une manifestation unilatérale de volonté émanant de la personne qui prend l'initiative de la relation et devant comporter tous les éléments essentiels du futur contrat<sup>7</sup>. Appliquée à Internet, l'offre sera effectuée à partir d'un site Web ou d'une galerie marchande, laquelle proposera un bien ou un service au public. L'offre pourra aussi être effectuée directement par courrier électronique à l'adresse personnelle du consommateur.

L'offre devra être formulée avec précision, selon qu'elle s'adresse, par exemple, à un public local ou international, à un consommateur ou à une entreprise. Elle devra être ferme et non équivoque, à défaut de quoi il ne s'agira que d'une simple proposition et l'offrant ne sera pas lié en cas d'accepta-

---

6. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 183 et 184.

7. C.c.Q., art. 1388; *Id.*, p. 184.

tion<sup>8</sup>. Enfin, l'offre doit être énoncée avec clarté et précision : sa durée doit être mentionnée, elle doit être émise dans la langue du consommateur pour pouvoir être comprise de la cible qu'elle entend atteindre.

Il conviendra ainsi, dans un premier temps, de présenter les modalités techniques de l'offre en ligne destinée à des consommateurs (i), avant de s'intéresser à son régime juridique (ii).

### i) La technique de l'offre en ligne

Il est possible de faire du commerce électronique de différentes façons. En effet, le consommateur visé peut être déterminé ou encore indifférencié. Dans le premier cas, l'offrant ira solliciter directement le consommateur dans sa boîte de courrier électronique, alors que dans le second cas, il créera sur son site une boutique virtuelle — un catalogue — présentant ses produits et services. Le rôle joué par le consommateur variera donc en fonction de la nature de l'offre :

La méthode « traditionnelle » de consultation d'un site web consiste, pour l'utilisateur, à taper l'adresse du site qui l'intéresse sur le réseau et, à l'aide de son navigateur, à charger les pages recherchées afin de les afficher. Cette méthode, le « pull », consiste à aller chercher l'information ou à la tirer vers soi.

La méthode du « push » fonctionne de façon inverse. En effet, plusieurs logiciels permettent désormais de déterminer le

---

8. Par exemple, la simple annonce publicitaire, sans indication de prix, ne constituera pas une offre valable : « Par rapport à l'offre, la publicité constitue un stade moins avancé dans le processus menant à la conclusion du contrat ». [...] La publicité peut constituer une offre. En règle générale, une communication commerciale contenant tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat (description du produit ou du service, caractéristiques essentielles, prix, conditions de vente, démarche à suivre pour commander le produit ou le service, etc.) est une offre. Conclusion de ce qui précède qu'une publicité est toujours une offre est extrêmement réducteur. Par exemple, les campagnes dites « d'image » sont des publicités mais non des offres : l'annonceur tente de construire une image autour de sa société ou de son produit, sans donner les informations nécessaires à la conclusion d'un contrat. La relation inverse est par contre vérifiée : toute offre est une publicité. En effet, qu'est-ce qu'une offre si ce n'est « une communication ayant pour but de promouvoir la vente de produits ou de services »? : T. VERBIEST, *La protection juridique du cyberconsommateur*, coll. « Droit@Litec Juris classeur », Paris, Litec, 2002, p. 59.

profil de l'utilisateur et de lui proposer un contenu correspondant, précisément, à ses goûts.<sup>9</sup>

En d'autres termes, lorsqu'un consommateur est en « appel entrant » (*pull*), il s'est rendu chez le commerçant, alors que lorsqu'il est en « appel sortant » (*push*), il a été sollicité. Par conséquent, lorsqu'une transaction est réalisée aux termes de ces démarches, la question revient à associer chacune de ces techniques aux différents régimes juridiques.

Alors qu'en 1998, la majorité des entreprises utilisait la technique du *pull*, aujourd'hui la technique du *push* est en voie de révolutionner Internet<sup>10</sup>. En effet, bien que l'envoi de courriels non sollicités — communément appelés « pourriels » — soit contraire à la nétiquette<sup>11</sup>, cette condamnation n'a pas freiné la pratique; bien au contraire, il est aujourd'hui possible de tracer des profils de consommateurs, notamment par l'entremise de « cookies » :

Le courrier électronique a également transformé fondamentalement les rapports entre consommateurs et fournisseurs de produits et de services. Dans de nombreuses industries, il est devenu le moyen le plus rentable de fournir appui et aide aux consommateurs. Il permet également aux entreprises d'informer rapidement leurs clients de leurs nouveaux pro-

9. A. BENSOUSSAN, *Le commerce électronique: aspects juridiques*, Paris, Hermès, 1998, p. 22.

10. É. BARBRY, *supra*, note 1. Toutefois, comme c'est souvent le cas lorsqu'une nouvelle technologie est lancée, les abus ne tardent pas. L'utilisation d'Internet pour le multipostage afin de promouvoir des produits et des services, bien qu'elle ne soit pas illégale, a suscité la colère de bien des consommateurs, a entraîné des pertes de temps précieuses chez les employés d'organisations qui doivent supprimer des pourriels, a mis à l'épreuve les équipements des fournisseurs de services et a nui aux affaires des télémercaticiens légitimes. Selon une étude réalisée par la Commission européenne, le coût de cet abus du courrier électronique dépasse 10 milliards d'Euros (14 milliards \$ Cdn). On estime que les pourriels, qui représentaient environ 10 % de ce qui était transmis par Internet il y a deux ans, en représentent maintenant au moins 30 %. [...] De nombreuses études ont démontré que la télémercatique, lorsqu'elle est utilisée de façon appropriée, peut être très efficace, particulièrement lorsque des mercaticiens, avec l'autorisation des consommateurs, peuvent cibler les consommateurs ayant manifesté un intérêt dans un produit ou d'un service donné et que, à tout le moins, ces messages donnent la possibilité aux destinataires de faire retirer leur nom des listes d'envoi futur. Les membres de l'Association canadienne du marketing (ACM), qui respectent le code de déontologie de l'industrie, ne feront du démarchage qu'auprès des clients avec lesquels ils sont déjà en rapport : *Id.*

11. 1267623 *Ontario Inc. c. Nexx Online Inc.*, [1999] O.J. n° 2246 (Ont. S.C.).

duits et services. Certaines entreprises prévoient même que le marketing autorisé sur Internet, au moyen du courrier électronique — la télémercatique, pourrait devenir l'une des applications commerciales les plus importantes de l'Internet.<sup>12</sup>

La question est de savoir maintenant si l'encadrement juridique actuel peut faire face aux nouvelles variantes de l'offre en ligne et freiner les abus de la technique.

## ii) Le régime juridique de l'offre en ligne

En droit européen, le *pullmedia* s'apparente à la vente à distance, alors que le *pushmedia* relève plutôt du démarchage (commerce itinérant) : « la frontière entre la vente à distance et le démarchage semble pouvoir être raisonnablement tracée entre la transaction qui a résulté d'un acte positif, où le consommateur se connecte sur un site et l'offre commerciale transmise directement sur la messagerie de l'utilisateur, cette dernière relevant sans contestation du démarchage »<sup>13</sup>. Il s'agit de la position adoptée dans la directive du 20 mai 1997 sur la vente à distance<sup>14</sup> transposée par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001<sup>15</sup> qui a mis ainsi un terme à la controverse sur la qualification juridique de l'offre formulée dans Internet lorsqu'une partie au moins est un consommateur :

Certains y voyaient un démarchage, d'autres une vente à distance. Les premiers considèrent qu'entre le téléphone et le réseau, il existe une continuité qui justifie cette assimilation [...]. À l'inverse, la qualification de vente à distance était défendue par référence à la démarche du client : « c'est le plus souvent le

12. Industrie Canada, *Télémercatique : Offrir un choix au consommateur et créer des possibilités d'affaires*, Janvier 2003, p. 1, en ligne : <http://e-com.ic.gc.ca/francais/strat/doc/telemercatique.pdf>.

13. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique, *Commerce électronique : Une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics*, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (France) (7 janvier 1998), glossaire, en ligne : [http://www.finances.gouv.fr/commerce\\_electronique/orentz/sommaire.htm](http://www.finances.gouv.fr/commerce_electronique/orentz/sommaire.htm) (ci-après cité « Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique »).

14. C.E., *Directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, [1997] J.O. L 144/19 (ci-après citée « Directive 97/7/CE sur les contrats à distance »).

15. *Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001*, J.O. 25 août 2001, p. 13645.

client qui lui-même va se connecter de son propre fait sur le serveur du vendeur. L'initiative revient au client. Il nous semble, dans ces conditions, que cette pratique exclut le commerce électronique de la catégorie des contrats conclus à la suite d'un démarchage à domicile ou du marketing téléphonique ».<sup>16</sup>

Il s'agit ainsi de se demander qui, du consommateur ou du professionnel, initie le processus contractuel. Lorsque le consommateur prend l'initiative de la transaction, il s'agira d'un « contrat conclu à distance », lequel est défini par l'ordonnance<sup>17</sup> comme « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un professionnel et un consommateur qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communications à distance. ». Tant les biens que les services sont visés par la définition, ce qui inclut, par conséquent, le téléchargement de fichiers dans Internet. Certaines activités<sup>18</sup>, tels les services financiers<sup>19</sup>, sont totalement exclues du champ d'application de l'ordonnance, alors que certains contrats sont exemptés en partie seulement<sup>20</sup>.

À l'opposé, la qualification de démarchage sera retenue lorsque le message est reçu dans des conditions semblables à une communication téléphonique non sollicitée. Il en irait ainsi dans le cas du *spamming*. En effet, selon le Rapport du

---

16. T. VERBIEST, *op. cit.*, note 8, p. 62, citant O. Itéaunu, *Internet et le droit*, Paris, Eyrolles, 1996, p. 22.

17. *Supra*, note 15.

18. Les autres contrats concernés par l'exception sont ceux qui sont : 1) conclus par le moyen de distributeurs informatiques ou pour des prestations fournies dans des locaux commerciaux automatisés; 2) conclus avec les opérateurs de télécommunications pour l'utilisation des cabines téléphoniques publiques; 3) conclus pour la construction et la vente des biens immobiliers, à l'exception de la location; 4) conclus lors d'une vente aux enchères publiques.

19. *Infra*, notes 128-129 et le texte correspondant.

20. Les prestations suivantes sont exemptées des articles L. 121-18 (informations contenues dans l'offre), L. 121-19 (confirmation des informations), L. 121-20 et L. 121-20-1 (droit de rétractation) : a) la fourniture de biens de consommation courante réalisée au lieu d'habitation ou de travail du consommateur par des distributeurs faisant des tournées fréquentes et régulières; b) la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournies à une date ou selon une période déterminée.

Conseil d'État<sup>21</sup>, « [q]ualifier le "spamming" de démarchage aurait un caractère dissuasif très opportun compte tenu des sanctions retenues par la loi. Les infractions à la réglementation sur le démarchage sont en effet sanctionnées pénalement, par des peines d'emprisonnement de un mois à un an et/ou par une amende ».

À la différence du droit européen, la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>22</sup> québécoise prévoit un seul moule où pourrait s'insérer le contrat de vente en ligne : le contrat à distance. En effet, la réglementation entourant le contrat conclu avec un commerçant itinérant impose que la sollicitation soit faite personnellement, par le commerçant lui-même ou son représentant<sup>23</sup>, ce qui exclut la sollicitation à distance<sup>24</sup>.

Le contrat à distance est défini à l'article 20 de la Loi. Il s'agit d'un « contrat conclu entre un commerçant et un consommateur qui ne sont pas 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 ».

Le champ d'application de la définition retenue en droit québécois est plus étroit que celui de la directive européenne. De même, le régime juridique est très laconique : il n'existe aucun droit de rétractation en faveur du consommateur et seuls le lieu de formation du contrat<sup>25</sup>, le paiement<sup>26</sup> et l'élection de domicile<sup>27</sup> sont réglementés. Enfin, la condition imposant « que l'offre n'ait pas été sollicitée par un consommateur déterminé » laisse perplexe dans le cas d'une offre en ligne.

En effet, il s'agit encore de savoir quelle partie a sollicité l'autre afin de déterminer le régime juridique applicable. Toutefois, à la différence du droit européen, s'il y a sollicitation de

---

21. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique, *op. cit.*, note 13.

22. L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après citée « L.p.c. »).

23. En France, il existe deux types de démarchage : le démarchage à domicile et le démarchage par téléphone ou « tout moyen technique assimilable » : *Code de la consommation*, art. L. 121-521.

24. *Id.*, art. 55.

25. L.p.c., art. 21.

26. *Id.*, art. 22.

27. *Id.*, art. 22.1.

la part du consommateur, la réglementation sur le contrat à distance n'est pas applicable! Le terme « sollicité » n'est pas défini par la loi. Selon l'opinion de la professeure Nicole L'Heureux, « il peut comprendre la simple demande de contracter, la démonstration des produits allant jusqu'aux pressions indues ou aux incitations pressantes à contracter »<sup>28</sup>. Par conséquent, lorsqu'un consommateur se rend sur un site et commande un produit, doit-on considérer que, puisqu'il a pris l'initiative du processus contractuel, il sollicite le commerçant ou, doit-on plutôt adopter une interprétation plus restrictive du terme « sollicité » pour éviter d'exclure le commerce en ligne du champ d'application du contrat à distance? Cette dernière hypothèse constitue celle privilégiée par le professeur Karim Benyekhlef :

En effet, le consommateur consultant les pages écran de son terminal et commandant un bien ne sollicite-t-il pas l'offre? À moins que l'on considère que le serveur, lorsqu'il annonce des produits, procède systématiquement et dans tous les cas à une offre. Il est probable que cette dernière hypothèse soit celle retenue par les tribunaux puisqu'elle assure au consommateur un niveau de protection conforme si ce n'est à la lettre de la loi du moins à son esprit. Mais, il est possible que dans certains cas, le consommateur se place dans une situation où il sollicite l'offre en communiquant, par voie télématique, avec un commerçant qui, par hypothèse, n'annonce pas ses produits mais dont le nom de l'établissement apparaît dans un annuaire électronique énumérant les télévendeurs. Il s'agirait sans doute de préciser le sens de la disposition au regard des développements technologiques.<sup>29</sup>

#### b) *L'acceptation dans un environnement dématérialisé*

Le contrat à distance n'étant soumis à aucun formalisme en ce qui a trait à sa formation, l'acceptation de l'offre scellera

---

28. N. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2000, p. 97. Voir aussi la dissidence de la juge Rousseau-Houle dans *Boulay c. Services Financiers Noram Inc.*, J.E. 98-2405 (C.A.), p. 3.

29. K. BENYEKHLEF, « Les transactions dématérialisées sur les voies électroniques : panorama des questions juridiques », en ligne : [www.lexum.umontreal.ca/fr/conf/ae/benyekhlef.html](http://www.lexum.umontreal.ca/fr/conf/ae/benyekhlef.html).

l'accord de volonté. Bien que l'acceptation puisse revêtir, en pratique, différentes formes — la signature étant la plus commune — sa traduction dans un environnement dématérialisé doit être envisagée.

Il conviendra ainsi, dans une première partie, de s'interroger sur les modes d'expression recevables de l'acceptation en ligne (i), avant de s'arrêter aux conséquences qu'elle engendre, soit la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat (ii).

### i) Les modes d'expression recevables

Comment l'acceptation se manifeste-t-elle dans le monde virtuel? Est-ce qu'un simple clic, ou même un double, est suffisant pour manifester la volonté de s'engager du consommateur?

Le C.c.Q. dispose à l'article 1386 que l'acceptation peut être expresse ou tacite : « [e]lle est expresse lorsqu'elle est faite oralement, par écrit ou par un geste non équivoque; elle est tacite, lorsqu'en tenant compte des circonstances, il est évident que la partie a voulu se prévaloir de l'offre [...] à condition toutefois que l'on ne puisse déduire rien d'autre de sa conduite »<sup>30</sup>. L'article 1394 prévoit, en outre, que le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la volonté des parties, de la loi ou encore des circonstances particulières tels les usages ou les relations d'affaires.

#### ➤ *Les contrats click-wrap*<sup>31</sup>

Les contrats informatiques donnent l'impression de se former par le biais d'un simple clic apposé sur la mention « j'accepte » (*I agree*). Ce geste, pire encore cet automatisme, n'étant ni exprimé oralement ni par écrit, peut-il être considéré

---

30. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, pp. 188 et 189.

31. L'Office de la langue française traduit l'expression « click-wrap » par : contrat d'achat en ligne, convention d'achat en ligne, contrat d'achat Web et convention d'achat Web. Nous ne croyons pas que ces traductions reflètent l'essence de la signification d'un « contrat *click-wrap* » et nous conserverons l'expression anglophone pour les fins de ce texte.

comme une véritable acceptation dans la mesure où il s'agit d'une pratique ancienne<sup>32</sup>, fréquente, générale, publique et uniforme, donc d'un usage du Web? La simplicité du procédé amène à s'interroger sur les conséquences associées, particulièrement sous l'angle de la protection des consommateurs.

D'aucuns ne seront surpris d'apprendre que la capacité de lecture à l'écran est nettement moins efficace que celle sur un support papier. Une étude américaine met bien en évidence les particularités de chacune<sup>33</sup>.

---

32. « La pratique doit être ancienne. C'est sans doute la condition principale, celle qui distingue l'usage de la mode et des convenances sociales » : N.N. ANTAKI et C. BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 73. Avec l'évolution rapide d'Internet, le caractère d'ancienneté ne comporte pas la même mesure que dans le cadre du droit commercial traditionnel.

33. J. NIELSEN, « Writing for the Web », en ligne : <http://www.sun.com/980713/webwriting/wftw1.html>.

« In print, your document forms a whole and the user is focused on the entire set of information. On the Web, you need to split each document into multiple hyperlinked pages since users are not willing to read long pages.

Users can enter a site at any page and move between pages as they chose, so make every page independent and explain its topic without assumptions about the previous page seen by the user.

Link to background or explanatory information to help users who do not have the necessary knowledge to understand or use the page.

Make the word count for the online version of a given topic about half the word count used when writing for print : Users find it painful to read too much text on screens, and they read about 25 percent more slowly from screens than from paper.

Users don't like to scroll through masses of text, so put the most important information at the top.

Web users are impatient and critical : They have not chosen your site because you are great but because they have something they need to do. Write in the "news you can use" style to allow users to quickly find the information they want.

Credibility is important on the Web where users connect to unknown servers at remote locations. You have to work to earn the user's trust, which is rapidly lost if you use exaggerated claims or overly boastful language; avoid "marketese" in favor of a more objective style.

A few hyperlinks to other sites with supporting information increase the credibility of your pages. If at all possible, link quotes from magazine reviews and other articles to the source.

The Web is an informal and immediate medium, compared to print, so users appreciate a somewhat informal writing style and small amounts of humor.

Ainsi, une lecture à l'écran n'offre pas le même niveau d'assimilation de l'information et les risques de confusion et de méprise sont beaucoup plus importants. Si l'on ajoute à cela la quantité presque illimitée d'espace disponible sur un support informatique, la possibilité, là encore sans borne, de créer des liens hypertextes ou encore des fenêtres distinctes, le consommateur, inondé par l'information, aura tendance à faire défiler rapidement le texte sans comprendre véritablement la teneur de son engagement. L'acceptation, symbolisée par l'action de cliquer, comporte-t-elle, dans ce cas, les conditions nécessaires à l'échange des consentements?

Il convient d'abord de souligner que certains types de sites Web contiennent une formule de consentement tacite, parfois appelés « *browsewrap* ». Le consentement se donne non pas en cliquant sur une icône « j'accepte », mais par la simple apparition d'une indication parfois difficilement accessible. Bien qu'aucune décision canadienne ne traite de cette question, quelques décisions américaines semblent considérer que cette forme de consentement ne devrait pas être valide<sup>34</sup>. Comme le mentionne le tribunal dans la décision *Ticketmaster Corp. c. Tickets.Com, Inc.*, « [i]t cannot be said that

---

Do not use clever or cute headings since users rely on scanning to pick up the meaning of the text.

Limit the use of metaphors, particularly in headings : Users might take you literally.

Use simple sentence structures : Convuluted writing and complex words are even harder to understand online.

Puns do not work for international users; find some other way to be humorous.

Add bylines and other ways of communicating some of your personality. (This also increases credibility.)

The Web is a fluid medium : Update pages as time goes by to reflect all changes. Statistics, numbers, and examples all need to be recent or credibility suffers.

For example : Before a conference, the page about the event might point to a registration form; afterward, point to slides or presentation transcripts instead. »

34. Par exemple : *Ticketmaster Corp. c. Tickets.Com, Inc.* 2000 WL 525390 (C.D.Cal., 2000). Pour plus de détails, voir : M. GEIST, « Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction », (2001) 16 *Berkeley Tech. L.J.* 1345, 1387-1392.

merely putting the terms and conditions in this fashion necessarily creates a contract with any one using the website »<sup>35</sup>.

Ainsi, amenée à se prononcer sur la validité d'un contrat *click-wrap* — contrat de type « j'accepte » —, la Cour supérieure de l'Ontario a reconnu la validité d'un tel processus dans deux décisions récentes<sup>36</sup>, s'alignant ainsi sur le droit américain en cette matière<sup>37</sup>. Dans *Rudder c. Microsoft Corporation*, il s'agissait pour le tribunal de déterminer si la clause de la convention qui prévoyait que tout litige devait être entendu dans l'État de Washington était valable. La Cour arriva à la conclusion que, dans la mesure où les dispositions contractuelles sont présentées de façon raisonnable et que le consommateur est appelé à les lire, les conventions *click-wrap* sont, comme tout autre contrat, formées par le seul échange des consentements entre les parties.

Bien que ces décisions proviennent d'un tribunal ontarien, le règlement aurait probablement été identique en droit québécois, sous réserve du respect de la réglementation entourant les contrats d'adhésion et de l'obligation précontractuelle de renseignement<sup>38</sup>. En effet, il suffit de considérer que le droit civil québécois reconnaît les usages et l'acceptation tacite comme forme d'acceptation d'une offre de contracter, sous réserve que la loi exige une forme particulière d'acceptation<sup>39</sup>. Les professeurs Gautrais et MacKaay opinent dans ce sens, ajoutant cependant que quelques conditions doivent être rencontrées : le commerçant doit permettre une bonne lecture d'un document électronique en évitant les longs textes à l'écran, il doit favoriser la lecture avant l'exécu-

35. *Ticketmaster Corp. c. Tickets.Com, Inc., Id.*, p. 3.

36. *Kanitz c. Rogers Cable Inc.* (2002), 58 O.R. (3<sup>rd</sup>) 299 (S.C.); *Rudder c. Microsoft Corporation* (1999), 2 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 474 (O.S.C.). Pour un commentaire de ces décisions, voir : M. GEIST, *Internet Law in Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Concord, Captus Press, 2002, pp. 612-622.

37. Voir : *Stomp, Inc. c. NeatO, LLC*, 61 F.Supp.2d 1074, p. 1080 (C.D.Cal. 1999); *Caspi c. Microsoft Network*, 732 A.2d 528, p. 532, cert. denied, 162 N.J. 199, 743 A.2d 851 (1999); *Celmins c. America Online, Inc.*, 748 So.2d 1041, p. 1041 et 1042 (Fla. Dist. Ct. App. 1999). Voir de plus : M. BURNSTEIN, « A Global Network in a Compartmentalised Legal Environment », dans K. BOELE-WOELKI, C. KESSEDIAN (dir.), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies?, Quel tribunal décide?, Quel droit s'applique?*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, p. 33.

38. Voir, *infra*, note 39. Les conditions d'un consentement éclairé.

39. C.c.Q., art. 1386.

tion des obligations, il doit « aménager le site pour que le client puisse retourner aux conditions de vente en tout temps lors de la visite » et il est nécessaire qu'il envisage la signature « d'une façon active » et non comme « un acte anodin »<sup>40</sup>.

De plus, pour limiter le risque d'équivoque dans le cas de formulaire électronique, l'article 35 de la nouvelle *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>41</sup> prévoit que :

La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire.

La Loi impose ainsi à l'entrepreneur qui offre des produits ou des services au moyen d'un document préprogrammé, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une personne physique et par le biais par exemple d'un formulaire électronique, à fournir au consommateur certaines fonctionnalités<sup>42</sup> pour lui permettre d'éviter ou encore de corriger une erreur :

La notion d'erreur est ici très large car elle vise toute erreur : qu'elle découle d'une erreur de manipulation faite par l'utilisateur

---

40. V. GAUTRAIS, E. MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans D.-C. LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, Cowansville, Yvon Blais, 2001, pp. 279-299.

41. L.Q. 2001, c. 32. L'esprit de la Loi repose d'une part sur le concept d'équivalence fonctionnelle, c'est-à-dire qu'un document sur support électronique a la même valeur qu'un document sur support papier lorsque certaines conditions sont respectées et, d'autre part, sur la notion de neutralité technologique, soit que la Loi n'exige aucune technologie spécifique (article 3; voir également les articles 2837-2838 C.c.Q.). Lorsque ces conditions sont respectées, le document informatisé est considéré comme étant intègre et il possède la même force probante qu'un document traditionnel.

42. Ces fonctionnalités peuvent prendre la forme, par exemple, d'une mention indiquant : si vous désirez modifier votre commande, cliquez sur « modifier ».

ou qu'elle résulte du mauvais fonctionnement du document préprogrammé. Par exemple, cette notion englobe une erreur générée par le logiciel ou par l'utilisateur lui-même. Ainsi, si un client remplit un formulaire de commande en ligne, commet une erreur et que ce formulaire ne comporte pas ce qu'il faut afin de prévenir ou corriger une erreur, la personne qui offre par ce moyen un produit ou un service ne pourra se prévaloir du formulaire, c'est-à-dire l'invoquer contre le client.<sup>43</sup>

Enfin, pour s'assurer que l'acceptation du contrat effectué par le biais d'un simple clic constitue une manifestation du consentement éclairé du consommateur, les pratiques suivantes auraient avantage à être adoptées par les entreprises : le consommateur pourrait se voir obligé de faire défiler ou encore imprimer toute la convention avant de pouvoir accéder à la fonction d'acceptation — en s'assurant que ces fonctionnalités puissent s'effectuer avant l'exécution du contrat —; le processus d'acceptation pourrait aussi être répété à toutes les occasions où les dispositions de l'entente sont modifiées<sup>44</sup>; il pourrait encore être possible d'adopter un système d'accusés de réception ou, à tout le moins, un double cliquage. Évidemment, malgré le respect de l'un ou l'autre de ces procédés, un simple clic ne comportera jamais l'assurance d'une véritable signature. La *Loi concernant le cadre juridique des nouvelles technologies de l'information*<sup>45</sup> pallie ces difficultés en prévoyant un moyen permettant d'établir un lien sécuritaire entre une personne et un document électronique.

### ➤ *La signature électronique*

Il est reconnu qu'en général, une signature a pour fonction essentielle d'identifier l'auteur d'un document — aspect matériel — et d'exprimer la manifestation de sa volonté d'adhérer à un acte juridique — aspect intentionnel. Une autre fonction découle de celles-ci, soit de lier le signataire à un document. Signe des temps, la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* [ci-après

---

43. *Id.*, texte annoté pp. 39-40, en ligne : [http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi\\_en\\_ligne/loi/annindex.html](http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/loi/annindex.html).

44. V. GAUTRAIS, E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 40.

45. *Supra*, note 41, art. 38 et s.

CNUDCI] s'est intéressée à l'étude des règles d'acceptation des signatures électroniques dès les années 80, alors que l'échange de données informatisées se développait intensément<sup>46</sup>; à la suite de ces études, la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques* a été adoptée en juillet 2001<sup>47</sup>. S'inspirant notamment des travaux de la CNUDCI, le législateur québécois a modernisé la définition de la signature à l'article 2827 C.c.Q. : « [l]a 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 » [nos italiques]. Ainsi, la définition québécoise de la signature, qui rejoint celle proposée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada [ci-après Conférence]<sup>48</sup>, accorde une force probante à la signature électronique. Cette disposition ne doit pas être interprétée dans l'absolu mais plutôt être conjuguée à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>49</sup>.

La *Loi sur la protection du consommateur* apparaît toutefois comme un îlot au milieu de ces changements drastiques.

---

46. M. LACOURSIÈRE, *La sécurité juridique du crédit documentaire informatisé*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, pp. 106-107.

47. *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, 12 décembre 2001, dans Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa trente-quatrième session, Doc. off. AG NU Rés. A/56/80, 56<sup>e</sup> sess. [sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/588)], Doc. NU A/56/17 (2001), Annexe II, en ligne : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm> (ci-après citée « Loi type sur les signatures électroniques »).

48. La Conférence a préparé la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, août 1999, Ottawa, en ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/us>, qui a pour objet l'implantation des principes fondamentaux de la *Loi type sur le commerce électronique*, *Infra*, note 59, au Canada. Cette loi uniforme définit la signature électronique comme suit : « information sous forme électronique qu'une personne met ou associe à un document et qu'elle a créée ou adoptée avec l'intention de signer le document ». Il faut conjuguer cette définition avec le paragraphe 2 de l'article 10, qui prévoit qu'une signature puisse être fiable, sans pourtant en faire une condition; elle indique toutefois que l'intention de signer doit primer la nécessité que la signature électronique ressemble à la signature manuscrite. La plupart des juridictions provinciales canadiennes reconnaissent le concept de la signature électronique : Outre le Québec, voir notamment : Alberta : *Electronic Transactions Act*, R.S.A. 2000, c. E-5.5, art., 1(c), 16, 22, 25, 26 (1<sup>re</sup> lecture le 28 mai 2001); Colombie-Britannique : *Electronic Transactions Act*, 2000, S.B.C. 2001, c. 10, art. 1, 11; Ontario : *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, L.O. 2000, c. 17, art. 1(1), 11, 17, 24-26, 32; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B-16, art. 1, 109.

49. *Supra*, note 41, art. 38 et s.

L'article 23 de la Loi prévoit que certains contrats doivent nécessairement être conclus par écrit, notamment le contrat conclu avec un commerçant itinérant<sup>50</sup>, le contrat de crédit<sup>51</sup>, le contrat de vente d'une automobile et d'une motocyclette d'occasion<sup>52</sup> et le contrat de service à exécution successive<sup>53</sup>. Cette mesure a été prise afin de protéger le consommateur dans certaines circonstances où ce dernier est particulièrement vulnérable<sup>54</sup>. Plus précisément, l'article 25 prévoit que le consommateur doit recevoir une copie du contrat, l'article 30 ajoute que le contrat est formé lorsque les parties l'ont signé<sup>55</sup> et l'article 33 dispose que le consommateur n'est tenu d'exécuter sa prestation qu'à partir du moment où il a reçu un double du contrat. Le législateur québécois a tenté de conserver cette ligne de conduite dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>56</sup> par l'entremise de l'article 101. Entre autres, les articles 2 et 29 font obstacle au principe de la liberté contractuelle en empêchant une partie — le commerçant — de choisir le support de son choix.

## ii) Le contexte de cette expression

La conclusion du contrat engendre plusieurs effets importants entre les parties : d'une part, l'offre et l'acceptation ne peuvent plus être révoquées et le consommateur devient propriétaire du bien; d'autre part, la connaissance du moment de la conclusion du contrat permet encore de vérifier la capacité des parties, de déterminer la loi applicable et le tribunal compétent.

La détermination du moment de conclusion du contrat occasionne peu de difficulté en droit québécois. Que les parties soient ou non en présence l'une de l'autre, le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où

---

50. L.p.c., *supra*, note 22, art. 58.

51. *Id.*, art. 80.

52. *Id.*, art. 158.

53. *Id.*, art. 190.

54. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28 au n° 71, pp. 87-88.

55. Une telle exigence existe également dans le domaine du courtage immobilier : *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q. c. C-73.1, art. 34.

56. *Supra*, note 41.

cette acceptation est reçue<sup>57</sup>, c'est-à-dire la « réception matérielle de l'acceptation » indépendamment de la prise de connaissance effective de l'information acquise par l'offrant<sup>58</sup>. Il s'agit de la règle unique à considérer, à moins que les parties n'aient stipulé différemment. Cette solution est celle qui a été proposée par la CNUDCI dans sa Loi type sur le commerce électronique<sup>59</sup> avec une réserve cependant en faveur de la théorie de l'information lorsque l'expéditeur se trompe dans la désignation du système d'information qu'il aurait prévu pour la réception de l'acceptation.

Une exception à la théorie de la réception est toutefois prévue par l'article 21 de la *Loi sur la protection du consommateur* : le contrat à distance est considéré comme conclu à l'adresse du consommateur domicilié au Québec, quel que soit le lieu d'établissement du commerçant, à moins que « l'offre n'ait pas été sollicitée par un consommateur déterminé »<sup>60</sup>. Cette mesure d'ordre public a pour objectif de faciliter le recours du consommateur dans l'hypothèse où le commerçant avec qui il a conclu un contrat à distance réside hors de sa juridiction. Par conséquent, en cas de litige avec le commerçant, le consommateur pourrait intenter son action devant le tribunal du district où il réside. La protection des articles 20-21 semble plus restrictive que l'article 3117 C.c.Q., lequel « accepte le choix de la loi mais [...] le limite par la réserve de l'application des dispositions impératives protectrices de la loi de la résidence du consommateur »<sup>61</sup>.

---

57. C.c.Q., art. 1387.

58. Office de la révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil*, Commentaires, vol. II, Québec, Éditeur du Québec, 1997, art. 19, p. 610.

59. *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, 16 décembre 1996, dans *Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa vingt-neuvième session*, Doc. off. AG NU Rés. A/51/162, 51<sup>e</sup> sess. [sur le rapport de la sixième Commission (A/51/628)], Doc. NU A/51/17 (1996), Annexe I, en ligne : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm> (ci-après citée « Loi type sur le commerce électronique »).

60. L.p.c., *supra*, note 22, art. 20.

61. G. GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le Code civil du Québec », dans *Développements récents en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, pp. 143-171.

## 2. Les conditions d'un consentement libre et éclairé

Le consentement constitue la condition fondamentale de la formation du contrat. Ainsi, en plus d'exister, le consentement doit exprimer la volonté réelle du cocontractant, ce qui signifie être libre et éclairé. Le législateur, dans le C.c.Q., a édicté certaines conditions pour protéger les parties les plus faibles et s'assurer qu'elles donnent au contrat un consentement éclairé, tant dans la phase précontractuelle (a) que dans le cas des contrats qui n'ont pas été négociés (b).

### a) L'obligation précontractuelle de renseignement

Un consentement éclairé implique un engagement en toute connaissance de cause, ce qui signifie la mise à la disposition du consommateur, dans la phase précontractuelle, de tous les éléments essentiels à la prise de décision<sup>62</sup>. L'obligation de renseignement prend sa source dans l'obligation pour toute personne d'agir conformément au principe de la bonne foi lors de la formation du contrat<sup>63</sup>. La Cour suprême du Canada a déterminé, dans la décision *Banque de Montréal c. Bail*<sup>64</sup>, le cadre juridique de l'information qui doit être communiquée au cocontractant : (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. L'obligation de renseignement ne libère pas le cocontractant de sa propre obligation de se renseigner. Il doit être diligent et ne pas faire preuve d'aveuglement volontaire : « le droit entend protéger le

---

62. L'obligation générale de renseignement, dans la phase précontractuelle et en cours de contrat, a été consacrée par la Cour suprême du Canada dans la décision *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554. Il est à cet égard important de souligner que l'article 228 de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée note 22, constitue l'une des premières affirmations législatives de l'obligation d'information en droit québécois : C. MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999, p. 862.

63. C.c.Q., art. 6, 1375 et 1401.

64. *Banque de Montréal c. Bail*, précitée note 62, pp. 586-587.

contractant contre une inégalité situationnelle, mais non contre sa propre sottise ou négligence »<sup>65</sup>.

Dans le cas particulier des contrats de consommation en ligne, si l'information est disponible encore faut-il savoir comment y accéder. Un consommateur trop informé est aussi un consommateur mal informé. Les formulaires électroniques peuvent comporter des dizaines de pages, truffées de liens hypertextes, rassemblant un ensemble de conditions, de clauses d'exonération, sans qu'une personne raisonnable ne puisse s'y retrouver. À l'inverse, sur d'autres sites Web, l'information sera presque inexistante ou encore transmise au consommateur postérieurement seulement à la formation du contrat<sup>66</sup>.

Actuellement, en droit québécois, seule l'autodiscipline permet de protéger le consommateur en lui donnant accès à une information éclairée. Les *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*<sup>67</sup>, les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*<sup>68</sup>, ou encore la labellisation<sup>69</sup> des sites sont autant d'exemples de responsabilisation de l'industrie. Toutefois, malgré ces différentes initiatives, les consommateurs se méfient toujours autant des transactions en ligne<sup>70</sup> et l'Office de la protection du consommateur continue à dénoncer le manque d'information flagrant<sup>71</sup>.

---

65. J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, p. 271.

66. B. MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177.

67. Organisation de Coopération et de Développement Économique (ci-après cité « OCDE »), *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, C(99)184/FINAL, 9 décembre 1999, en ligne : <http://www.oecd.org>.

68. Groupe de travail sur la consommation et le commerce électronique, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique : le cadre canadien*, Août 1999, en ligne : <http://www.cba.ca/fr/content/consumer/principesf.pdf> (ci-après cité « Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique »).

69. Voir, par exemple : TRUSTE, en ligne : <http://www.truste.com> et Web Trust, en ligne : <http://cica.ca>.

70. J. CORRIVEAU, « Les consommateurs se méfient du commerce en ligne », *Le Devoir [de Montréal]* (20 septembre 2001) A2.

71. Guide du cyberconsommateur, *op. cit.*, note 4, p. 3; Office de la protection du consommateur, *Les pratiques des cybermarchands québécois face aux attentes des cyberconsommateurs*, Cahier de recherche : CICMA 01 — 09, Novembre 2001, en ligne : [http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/com\\_ele\\_presentations/HEC\\_cicma01-09\\_fr.pdf](http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/com_ele_presentations/HEC_cicma01-09_fr.pdf) (ci-après cité « Les pratiques des cybermarchands québécois »).

b) *La protection de l'adhérent*

Il a été démontré, dans la section précédente, que dans le contrat de consommation en ligne, l'accord de volontés entre les parties pouvait être mis en doute :

L'automatisation toujours accrue et, par là même, le caractère de plus en plus « schématique » des relations commerciales, que ce soit entre professionnels et consommateurs ou entre les professionnels eux-mêmes, amènent à réfléchir sur la notion de contrat dans un contexte épuré.

On l'observe clairement : Ce que les interlocuteurs gagnent en profusion et en choix dans les produits et services disponibles, ils le perdent dramatiquement en dialogue et en négociation. Certes, le phénomène existe depuis longtemps, et on a coutume de le décrire sous les termes de « contrat d'adhésion ». Mais il semble que le commerce électronique le pousse à un niveau encore plus élevé, et invite à reprendre la problématique<sup>72</sup> (nos soulignés).

En effet, les contrats formés à partir de sites Web<sup>73</sup> constituent, dans la plupart des cas, des contrats d'adhésion puisque les stipulations essentielles ne peuvent être librement discutées et qu'elles ont été imposées par le commerçant, rédigées par lui, pour son compte ou encore suivant ses instructions<sup>74</sup>. Le choix du consommateur est restreint, en réalité, à celui d'accepter ou de refuser de consommer. Il n'a plus la liberté de négocier les conditions de son engagement. Pour pallier ce déséquilibre dans la relation contractuelle, le législateur est intervenu tant dans le C.c.Q. que dans la *Loi sur la protection du consommateur* pour protéger le consentement de l'adhérent en étendant la philosophie du droit de la consommation à l'ensemble des contrats d'adhésion<sup>75</sup>. Trois dispositions composent ce régime spécial qui s'applique tant au contrat de consommation qu'au contrat d'adhésion.

---

72. J. HUET, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », (1997) 116 *Les Petites Affiches*, 6 à la p. 16, au n° 39.

73. Dans les contrats conclus par courrier électronique, certains feront l'objet de négociations alors que d'autres seront dictés par le commerçant.

74. C.c.Q., art. 1379.

75. J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, p. 98.

L'article 1432 dispose, tout d'abord, qu'en cas de doute, le contrat s'interprète toujours en faveur du consommateur<sup>76</sup> ou de celui qui adhère, peu importe qu'il ait ou non stipulé l'obligation en cause. Ensuite, le Code prévoit encore la nullité des clauses externes dont l'adhérent n'a pas eu connaissance au moment de la formation du contrat<sup>77</sup> et des clauses illisibles ou incompréhensibles pour une personne raisonnable si l'adhérent en souffre préjudice<sup>78</sup>. Enfin, l'article 1437 confère aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation en leur permettant d'annuler ou encore de réduire toute clause qui désavantage l'adhérent ou le consommateur d'une manière excessive et déraisonnable allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi.

Ces mesures ont une importance particulière dans le cadre des contrats de consommation en ligne où les merveilles de la technique conduisent à fabriquer une profusion de clauses externes (i), à rédiger une convention d'achat au clic illisible et incompréhensible pour une personne raisonnable (ii) ou encore à incorporer des clauses abusives (iii).

### i) Les clauses externes

Les contrats de consommation en ligne formés à partir de sites Web constituent des contrats à contenu prédéterminé dont le texte, écrit à l'avance, se réduit très souvent à la mention des principaux droits et obligations des parties et renvoie pour le reste, par le biais de liens hypertextes ou encore de fenêtres, à d'autres pages ou encore à d'autres sites qui font partie intégrante de la convention. Si cette pratique est, en

---

76. La faveur accordée au consommateur est tirée de l'article 17 de la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 22, lequel est bien souvent adhérent au contrat de consommation.

77. À moins seulement que le commerçant ne puisse démontrer que la clause était bien connue de lui au moment de la formation du contrat : art. 1435 C.c.Q.; L.p.c., *id.*, art. 27-28.

78. *Id.*, art. 1436. L'article 25 de la *Loi sur la protection du consommateur* est au même effet.

principe, valide<sup>79</sup>, les clauses externes doivent être portées à la connaissance de l'adhérent au moment de la formation du contrat<sup>80</sup>.

Pour répondre à cette obligation de transparence qui leur est imposée par la loi, certaines précautions simples peuvent être prises par les entrepreneurs afin d'assurer la force exécutoire de la convention : minimiser l'utilisation d'hyperliens; toute publicité concernant un produit ou un service offert sur le site doit expressément faire référence aux termes et conditions du site, etc.

## ii) Les clauses illisibles ou incompréhensibles

La même diligence doit être apportée à la forme des différentes clauses de la convention. Leur libellé devra s'effectuer en ayant à l'esprit les difficultés et la rapidité de lecture d'un document informatique, la capacité de mémorisation limitée du consommateur et les erreurs de compréhension qui y sont associées. Les actes juridiques en ligne, plus que tout autre, doivent être rédigés simplement et de façon à pouvoir être compris par tous. De même, la présentation matérielle du texte, les caractères d'imprimerie par exemple, doit faciliter la lecture et le repérage de l'information. Par conséquent, si les commerçants en ligne ne veulent pas risquer de voir l'une ou l'autre des clauses de leur convention annulée, ils doivent opter pour un texte concis (éviter les longs défilements), clair (utiliser un vocabulaire simple, des phrases

---

79. Le principe de l'incorporation par référence est admis par l'article 4 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, supra, note 41, art. 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 structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments 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. Inversement, plusieurs documents technologiques, même réunis en un seul à des fins de transmission ou de conservation, ne perdent pas leur caractère distinct, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'assurer à la fois l'intégrité du document qui les réunit et celle de la reconstitution de chacun des documents qui ont été ainsi réunis.

80. Les conditions adressées au consommateur après la conclusion du contrat sont refusées par les tribunaux, car elles n'ont pu être connues de l'adhérent au moment de la formation du contrat. Voir sur cette importante question : B. MOORE, *loc. cit.*, note 66, pp. 213-214.

courtes, des caractères gras de dimension raisonnable, etc.), bien structuré dans la langue du consommateur<sup>81</sup>. C'est seulement à ce prix, l'information préalable à la confiance, que le commerce en ligne pourra prendre véritablement son envol.

### iii) Les clauses abusives

Les dispositions portant sur les clauses externes, illisibles ou incompréhensibles ont pour objectif de sanctionner des dispositions qui n'ont pas été librement consenties, soit par ignorance, soit encore par incompréhension : « Ces dispositions n'accordent pas au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat ou d'en modifier, sans qu'il soit flou, le contenu. L'article 1437 C.c.Q. donne désormais ce pouvoir aux tribunaux [...] : ceux-ci sont maintenant « armés » pour réajuster un contrat déséquilibré<sup>82</sup> ».

Ce genre de clauses foisonne dans les contrats de consommation en ligne. Par exemple, dans les contrats de fournitures d'accès à Internet, certaines clauses vont autoriser le fournisseur à déroger aux règles légales de compétence territoriale ou d'attribution de juridiction ou encore à s'exonérer de toute responsabilité ou de la limiter excessivement en cas de manquement à ses obligations contractuelles. Dans d'autres contrats, le fournisseur aura la possibilité de modifier unilatéralement, sans accord explicite de l'abonné, le service promis; de modifier le tarif d'un contrat à durée déterminée sans accord explicite ou encore de communiquer à des tiers les données nominatives concernant ses abonnés sans autorisation de leur part. Autant d'exemples qui permettent de mesurer la vulnérabilité du cyberconsommateur et le « caractère d'adhésion renforcé » du contrat de consommation en ligne<sup>83</sup>.

---

81. L.p.c., *supra*, note 22, art. 26.

82. B. MOORE, *loc. cit.*, note 66, p. 231.

83. A.-M. LEROYER, « L'épreuve d'Internet », dans *Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, D. FENOUILLET, F. LABARTHE (dir.), coll. « Études juridiques », n° 15, Paris, Economica, 2002, p. 174; É. WERY, « La Commission des clauses abusives émet une recommandation relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet », 14 février 2003, en ligne : <http://www.droit-technologie.org>.

### 3. La preuve du consentement et de l'existence du contrat

Une fois l'échange des consentements réalisé, l'efficience du contrat doit être recherchée. Bien que les conventions conclues au clic ne soient soumises à aucun formalisme particulier, la preuve d'un tel consentement et l'identification du cocontractant pourront toutefois poser certaines difficultés pour l'entrepreneur. Il leur est donc conseillé de se doter de technologies leur permettant d'avoir accès à de telles informations. Pour ce faire, la nouvelle *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* instaure un corps de règles visant à assurer la valeur juridique des documents par le biais d'un lien entre une personne et le document technologique<sup>84</sup>.

Plus précisément, il a été démontré que la philosophie de la Loi repose sur les principes de neutralité et d'équivalence fonctionnelle d'un document sur support informatisé, sous réserve de l'intégrité du document<sup>85</sup>. En fait, l'article 6 exige que l'information comprise dans le document ne soit pas « altérée et qu'elle [soit] maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue... au cours de son cycle de vie ». Ces principes cèdent le pas à quelques situations particulières. Il est possible dans certains cas qu'un consommateur doive présenter l'original d'un document, un document portant un sceau ou même une copie d'un document.

L'article 2860 C.c.Q. énonce que « l'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu », sauf lorsqu'il est impossible de fournir l'original<sup>86</sup>. L'article 12 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>87</sup> aborde cette question en proposant

---

84. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, supra, note 41, art. 1/par. 40, art. 38 et s.

85. *Supra*, note 41.

86. C.c.Q., art. 2860(1)(2) : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. Toutefois, lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens ».

87. *Supra*, note 41.

certains critères à respecter pour qu'un « document technologique [puisse] remplir les fonctions d'original ». Notamment, il est nécessaire que l'intégrité soit assurée, ce qui se produit lorsque le document est la source première de reproduction, qu'elle présente un caractère unique et qu'elle « est la forme première d'un document relié à une personne ». Tel qu'il appert, cette disposition reprend les principales fonctions d'un original. Cette approche a entraîné l'ajout d'un troisième alinéa à l'article 2860 C.c.Q. : « [à] l'égard d'un document technologique, la fonction d'original est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* et celle de copie qui en tient lieu, par la copie d'un document certifié qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi ».

L'apposition d'un sceau sert habituellement à protéger un document, à identifier une personne ou à assurer la confidentialité d'un document<sup>88</sup>. Dans un univers informatisé, ces fonctions sont assurées respectivement par la cryptographie, la biométrie et la protection de la confidentialité dans le mode de transmission<sup>89</sup>. Peu de contrats soumis à la *Loi sur la protection du consommateur* exigent un sceau, celui-ci étant réservé pour les contrats notariés<sup>90</sup>. La Chambre des notaires permet maintenant l'utilisation de la signature électronique par un notaire pour certifier une copie d'acte, le certificat rattaché à cette signature agissant comme une version informatisée du sceau traditionnellement utilisé par ce dernier<sup>91</sup>.

Enfin, l'article 15 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>92</sup> exige que « [p]our assurer

---

88. Art. 13.

89. Art. 34 et s.

90. *Loi sur le notariat*, L.Q. 2000, c. 44, art. 8; A. ROY, « Déontologie et procédure notariale », dans *Chambre des notaires du Québec*, R.D./N.S., « pratique notariale », Doctrine, Montréal, 2002, par. 134; Certaines lois (notamment la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 38-41 et la *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, *supra*, note 48, art. 6) mentionnent l'existence d'un sceau numérique devant rencontrer les exigences fixées par règlements ou figurant dans des annexes, or ces règlements et annexes ne sont pas adoptés pour l'instant.

91. Pour plus d'informations à ce sujet, voir le site Web de la filiale technologique de la Chambre des notaires, Notarius, en ligne : <http://www.notarius.com/siteNotarius>; *id.*, art. 22.

92. *Supra*, note 41.

l'intégrité de la copie d'un document technologique, le procédé employé doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source ». Il est donc nécessaire de tenir compte des circonstances entourant la confection de la copie, du procédé et de la date de confection. Il est clair qu'en pratique, une telle disposition est relativement difficile d'application, particulièrement pour un consommateur qui serait dans l'impossibilité de remplir les conditions pour présenter l'original d'un document informatisé. Il aurait été souhaitable que l'exigence qu'un document présente des « garanties suffisamment sérieuses » eût été prévue à l'article 12 de la Loi. En effet, ce concept, disparu de la première version des articles 2837-2838 C.c.Q., est toujours en vigueur dans certaines lois étrangères, tels l'article 4A-202(b) du *Uniform Commercial Code*<sup>93</sup> (« *commercially reasonable method* ») et l'article 5(2)(a) de la *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux*<sup>94</sup> (« méthode commercialement raisonnable de protection »).

## B. L'EXÉCUTION DU CONTRAT EN LIGNE

L'exécution d'un contrat conclu par Internet soulève deux problèmes de taille. D'abord, les paiements en ligne ne sont pas suffisamment sécuritaires, tant du point de vue technique que juridique, ce qui annihile la confiance des consommateurs (1). D'autre part, les problèmes de livraison du produit, y compris les garanties accessoires, sont non seulement fréquents, mais plus importants pour les achats en ligne (2).

### 1. Un problème majeur : le paiement en ligne

Afin de rehausser la confiance des consommateurs, il importe, d'une part, de connaître le cadre juridique qui gou-

---

93. *Uniform Commercial Code*, art. 4A (1990).

94. CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux*, dans *Annuaire de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international*, t. XXIII, 1992, New York, 14 mai-22 juin 1992, A/CN.9/346, Annexe II, p. 437, en ligne : <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>.

verne les nouveaux instruments de paiement (a) et, d'autre part, de voir quelle est l'obligation d'information qui est imposée à l'émetteur d'un mécanisme de paiement (b).

a) *Les paiements en ligne soumis à la Loi sur la protection du consommateur*

Les consommateurs disposent de plusieurs mécanismes de paiement pour effectuer leurs transactions. Outre le paiement en espèces, le paiement par chèque est utilisé depuis plus de deux siècles, malgré que les consommateurs l'aient délaissé depuis quelques années au profit des cartes de paiement. À la suite de la Seconde Guerre mondiale, la carte de crédit a été introduite sur le marché par quelques grandes banques américaines. Bien qu'elle n'ait fait son apparition au Canada durant les années 50, ce n'est qu'au cours des années 80 que la carte de crédit a réellement gagné en popularité. Ceci est dû en partie à la convivialité de cet instrument de paiement, de même qu'à l'insertion dans la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>95</sup> de 1978 de mesures protectrices pour les usagers d'une carte de crédit. Vers la fin des années 80, les institutions financières ont introduit les cartes de débit. Enfin, au milieu des années 90, quelques entreprises commerciales américaines, suivies peu de temps après par des institutions financières, ont proposé d'adapter les mécanismes de paiement existants — chèque, carte de crédit, argent comptant — pour une utilisation dans Internet.

Les chèques représentent des effets de commerce qui sont réglementés par le gouvernement fédéral dans la *Loi sur les lettres de change*<sup>96</sup>. Cette loi se caractérise par un formalisme très rigoureux, c'est-à-dire que si un chèque, ou un autre type d'effet de commerce, ne remplit pas les critères exigés, il devient régi par le droit commun d'une province. Du point de vue d'un consommateur, il est très intéressant d'invoquer la *Loi sur les lettres de change*, car entre autres, l'article 167(a) permet à un tireur d'arrêter le paiement. En pratique, un consommateur pourra se prévaloir de cette faculté lorsqu'il est

---

95. L.p.c., *supra*, note 22.

96. L.R.C. 1985, c. B-4.

insatisfait du produit ou du service acquis<sup>97</sup>. Bien sûr, sous réserve des articles 1590-1591 C.c.Q., le consommateur demeure débiteur envers son créancier pour le montant impayé. Depuis 1980, la *Loi sur les lettres de change* a été amendée pour gouverner les « lettres de consommation »<sup>98</sup>. Étant de compétence fédérale exclusive, les chèques ne sont donc pas soumis à la *Loi sur la protection du consommateur*.

La Section III de la *Loi sur la protection du consommateur* régit les contrats de crédit, dont les contrats de crédit variable<sup>99</sup>. Selon l'article 118, 2<sup>e</sup> alinéa, la carte de crédit est le seul instrument de paiement correspondant à un crédit variable. Les avantages pour un consommateur de pouvoir se prévaloir de la *Loi sur la protection du consommateur* lors de l'utilisation d'une carte de crédit sont très convaincants. Notamment, il est interdit d'émettre une carte non sollicitée<sup>100</sup> et d'augmenter une limite de crédit sans l'autorisation expresse du consommateur<sup>101</sup>. De plus, la responsabilité de ce dernier est limitée à un maximum de 50 \$ en cas de perte ou de vol de la carte<sup>102</sup>, et l'émetteur doit fournir un état de compte au consommateur — ou titulaire — qui doit être posté au moins 21 jours avant de pouvoir charger des frais de crédit<sup>103</sup>. Ces caractéristiques démontrent un souci de la part du législateur québécois d'équilibrer les forces du marché.

Tel qu'il appert, l'intention du législateur est de régler les contrats de crédit et non les instruments de paiement, excluant ainsi les chèques et autres effets de commerce

---

97. Le délai permis court jusqu'à ce que l'effet ne soit compensé, c'est-à-dire au plus 48 heures.

98. L'utilité de ces lettres de change destinées aux consommateurs visait à éviter l'application de la théorie du détenteur régulier, permettant au consommateur de mieux faire valoir ses droits contre le détenteur de l'effet en cas de problème avec le bien acquis. Toutefois, l'utilisation de ces chèques n'a été que temporaire, car tel que mentionné plus haut, la commodité des cartes de paiement a séduit les consommateurs.

99. L'article 118 de la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 22, définit un contrat de crédit variable comme étant un « 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. »

100. L.p.c., *id.*, art. 120.

101. *Id.*, art. 128.

102. *Id.*, art. 123-124.

103. *Id.*, art. 126.

— de compétence fédérale —, les cartes de débit et les nouveaux instruments de paiement émergents. En fait, puisque aucune législation au Canada ne réglemente les cartes de débit, elles sont régies par le droit commun. Toutefois, le Groupe de travail sur le transfert électronique de fonds, sous l'égide de l'Association des banquiers canadiens [ci-après ABC], a préparé le *Code de pratique canadien de services de cartes de débit* en 1992<sup>104</sup>, lequel est destiné à être intégré — en tout ou en partie — dans les contrats bancaires des émetteurs de cartes de débit. Bien que certains auteurs opinent qu'il n'est pas nécessaire de réglementer l'usage des cartes de débit par le biais d'une intervention étatique<sup>105</sup>, nous croyons plutôt qu'une telle approche permettrait de mieux protéger les consommateurs. D'ailleurs, les législations américaines<sup>106</sup>, britannique<sup>107</sup> et une récente directive de l'Union Européenne<sup>108</sup> appuient notre point de vue. À nos yeux, une ouverture en ce sens de la part du législateur québécois pourrait permettre de mieux réglementer les paiements en ligne. Le dilemme de la réglementation des paiements par Internet peut se résumer ainsi :

Que l'informatisation des moyens de paiement pose des problèmes difficiles, nul juriste ne saurait le nier. Mais le droit n'apparaît pas démuné. Le contrat peut déjà fournir un cadre qui légitime la spécificité de certains échanges. Ainsi, un contrat particulier régit-il la relation entre les parties pour ce qui est de la banque à domicile, de la carte bancaire ou tout

104. ABC, *Code de pratique de services des cartes de débit*, 1992, mis à jour en 1996 et 2002, en ligne : <http://www.cba.ca/fr/viewdocument.asp?f1=3&sl=65&tl=135&docid=266&pg=1>.

105. B. GEVA, « Consumer Liability in Unauthorized Electronic Funds Transfers », *32nd Annual Workshop on Consumer and Consumer Law*, 18-19 octobre 2002, pp. 399-402 [non publié].

106. *Electronic Fund Transfer Act*, 15 U.S.C. §1693g (2001) et *Regulation E*, 12 C.F.R. § 205.6(b) (2002).

107. *Consumer Credit Act (U.K.)*, 1974 c. 39, art. 84. Cette disposition ne traite pas spécifiquement de la carte de débit, mais elle doit être interprétée de manière à l'inclure : M. HAPGOOD, *Paget's Law of Banking*, 11<sup>e</sup> éd., Londres, Butterworths, 1996, p. 311; B. GEVA, *loc. cit.*, note 105, p. 377.

108. CE., *Recommandation de la commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire* : 97/489/CE, [1997] J.O. L 208/52.

simplement pour des échanges de données informatisées. Ce contrat cadre lui n'est pas dématérialisé.

Mais il va de soi que dans d'autres cas il n'est point de cadre contractuel classique. On songe à l'utilisation d'Internet. Que se passe-t-il en cas d'incident technique dans la transmission du message électronique? Comment engager les responsabilités? Comment prouver avec les règles du code civil?<sup>109</sup>

À ce jour, aucune décision québécoise ne permet de soumettre une forme de paiement en ligne à la *Loi sur la protection du consommateur*, mais quelques indices permettent de croire qu'une carte de crédit virtuelle pourrait être assujettie à la *Loi sur la protection du consommateur*. Il convient de noter qu'une carte de crédit virtuelle peut être définie comme la transmission d'un numéro de carte de crédit par le réseau Internet.

En effet, quelques décisions canadiennes et américaines appliquent le droit existant aux transactions par carte de crédit, que ce soit lors de la relation entre le titulaire et un émetteur, entre un marchand et un émetteur ou entre un titulaire et un marchand. Dans le premier cas (titulaire-émetteur), un requérant utilisait un site Web pour permettre à des titulaires de cartes de crédit de se procurer des biens et des services destinés aux Philippines par l'entremise du défendeur — un « marchand approuvé » (*approved merchant*)<sup>110</sup>. Ce dernier agissait comme un intermédiaire entre le demandeur et la Banque Scotia. Toutefois, Pesoexpress utilisait le site pour faciliter la transmission d'argent aux Philippines, ce qui était contraire à l'entente conclue avec la banque. Internet-secure a donc obtenu la fermeture du site et Pesoexpress n'a pu démontrer la nécessité d'une injonction pour faire rouvrir le site. La Cour a donc appliqué les termes du contrat, lesquels ne permettaient que l'achat de biens et/ou services mais non le transfert de fonds. Dans le deuxième cas (marchand-émetteur),

---

109. M. GERMAIN, « Sociologie de la dématérialisation », (1998) 42 *Archives de philosophie du droit* pp. 105-111.

110. *Pesoexpress Systems Inc. c. Internetsecure Inc.*, [1999] O.J. No. 4682 (C.S.). Aux États-Unis, voir : *America Online, Inc. c. Superior Court*, 108 Cal.Rptr.2d 699 (Cal.App. 1 Dist., 2001); *State by Humphrey c. Granite Gate Resorts, Inc.*, 1996 WL 767431 (Minn.Dist.Ct.,1996).

la décision québécoise *Banque Laurentienne du Canada c. Abdul-Wahab*<sup>111</sup> traite d'un acheteur londonien qui avait subtilisé des numéros de cartes de crédit dans Internet et commandé quelques ordinateurs au défendeur. La banque demanderesse a renversé les écritures comptables et débité le compte du défendeur, puisqu'elle considérait que le paiement effectué en entier par l'entremise d'une dizaine de numéros de cartes de crédit aurait dû attirer l'attention du défendeur sur une opération frauduleuse et, ainsi, elle alléguait que ce dernier avait commis une erreur grossière s'apparentant à la fraude. La banque a poursuivi pour le montant non disponible dans le compte du défendeur et a obtenu gain de cause. La dernière situation (titulaire-marchand) concerne les pratiques de commerce illégales, en particulier lorsque les opérateurs de sites pornographiques dans Internet chargent illégalement des frais à leurs clients sur leur carte de crédit<sup>112</sup>.

Comme il a déjà été mentionné, la confiance des consommateurs dans Internet ne pourra s'établir tant que les droits de ces derniers ne seront pas clairement définis. Les problèmes de la popularité de la carte de crédit virtuelle témoignent en ce sens<sup>113</sup>.

Par ailleurs, il est permis de constater que la carte de crédit est le seul instrument de paiement utilisé à grande échelle dans Internet, puisque les chèques virtuels et la monnaie digitale, ou autres variantes similaires, n'ont jamais vraiment dépassé le stade de prototype. Est-il souhaitable d'étendre l'emprise de la *Loi sur la protection du consommateur* à ces formes émergentes de paiement? Cette question revient d'abord à se demander si les chèques virtuels sont régis par la *Loi sur les lettres de change*. L'obstacle majeur découle de l'article 16(1) de cette loi qui définit la lettre de change — le chèque étant une forme particulière de la lettre de change — comme « un écrit *signé de sa main* par lequel une personne ordonne à une autre de payer... une somme

---

111. *Banque Laurentienne du Canada c. Abdul-Wahab*, REJB 2001-28058 (C.S.).

112. *F.T.C. c. Crescent Pub. Group, Inc.*, 129 F.Supp.2d 311 (S.D.N.Y., 2001); *F.T.C. c. Verity Intern., Ltd.* 124 F.Supp.2d 193 (S.D.N.Y., 2000).

113. *Infra*, note 156.

d'argent » [nos italiques]. Cette disposition a été interprétée de manière restrictive par les tribunaux, mais les dernières années ont suggéré une certaine ouverture, tant par l'entremise de la signature mécanique que par la troncature de l'effet. Certains juristes affirment sans hésitation que les récentes modifications législatives permettent l'admissibilité de la signature électronique et qu'un chèque virtuel devrait donc être soumis aux lois qui gouvernent les effets de commerce<sup>114</sup>. Il convient de préciser que la *Loi sur les lettres de change* étant de compétence fédérale, seule une modification à cette loi, ou à une autre loi fédérale, pourrait permettre de soumettre les cyberchèques à cette dernière. Bien que la *Loi sur les lettres de change* demeure silencieuse à cet égard, de récentes modifications à la *Loi sur la preuve*<sup>115</sup> pourraient cautionner notre point de vue. En d'autres termes, il demeure très optimiste à l'heure actuelle de considérer qu'un paiement par un chèque virtuel puisse être soumis à la *Loi sur la protection du consommateur* ou que celle-ci doive être modifiée pour couvrir ces nouveaux chèques.

Enfin, il est également incertain à savoir si la *Loi sur la protection du consommateur* pourrait réglementer la monnaie digitale. À l'instar des chèques virtuels, le gouvernement fédéral a compétence exclusive sur l'émission de la monnaie fiduciaire. Cette question délicate demeure non résolue, mais un survol du droit européen permet de constater que le Parlement européen autorise l'émission de la monnaie digitale par les entreprises commerciales<sup>116</sup>.

114. L. GAMERTSFELDER, « Electronic Bills of Exchange: Will the Current Law Recognize Them? », (1998) 21 *UNSW L.J.* 566, pp. 569-572.

115. L.R.C. 1985, c. C-5, art. 31.4, mod. par L.C. (2000), c. 5, art. 56. L'art. 2 de cette loi s'applique à « toutes les... matières de compétence fédérale ».

116. CE, *Résolution sur la monnaie électronique et l'Union économique et monétaire*, A4-0417/97 (19 déc. 1997), en ligne: Parlement européen <http://www.europarl.eu.int/plenary/en/default.htm>. Cette résolution adopte une étude fondée sur le rapport suivant: Commission économique, monétaire et de la politique industrielle, *Rapport sur la monnaie électronique et l'Union économique et monétaire*, A4-0417/97 (19 déc. 1997) (Rapporteur: M. John Stevens), en ligne: <http://www.europarl.eu.int/plenary/en/default.htm>. Sur cette question, voir généralement: B. CRAWFORD, « Is Electronic Money Really Money? », (1997) 12 *B.F.L.R.* 399; K.L. MACINTOSH, « How to Encourage Global Electronic Commerce: The Case for Private Currencies on the Internet », (1998) 11 *Harv. J.L. & Tech.* 733.

b) *La transparence dans les paiements en ligne*

La transparence dans les paiements en ligne implique une divulgation d'information par les émetteurs et les marchands au sujet des méthodes de paiement offerts. La *Recommandation de la commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire (97/489/CE)* [ci-après *Recommandation 97/489/CE*]<sup>117</sup>, est éloquente à cet égard. Rappelant que les systèmes de paiement « sont un élément essentiel... pour le bon fonctionnement du marché intérieur », la Commission a recommandé les exigences minimales pour informer adéquatement la clientèle utilisant des « instruments de paiement électronique »<sup>118</sup>. L'article 3 de la *Recommandation 97/489/CE* prévoit que des informations minimales ont trait aux conditions d'utilisations, indiquées dans une des langues officielles de l'État membre. Ces informations comprennent notamment une description de l'instrument de paiement, les droits et obligations du titulaire et de l'émetteur, le délai pour débiter le compte du titulaire ou le délai de facturation, et tous les frais à la charge du titulaire et les cotisations annuelles. De plus, l'émetteur doit fournir au titulaire les moyens de notifier la perte ou le vol d'un instrument de paiement<sup>119</sup>.

Cette recommandation rejoint l'essence de la *Loi sur la protection du consommateur* et du *Code de pratique canadien de services de cartes de débit*, particulièrement en ce qui concerne les mesures protectrices contre la perte ou le vol. Toutefois, *quid* de l'obligation d'information d'un marchand envers un consommateur?

Tout au plus, cette question est-elle effleurée par les codes de conduite. Au Canada, par exemple, le Groupe de

117. [1997] J.O. L 208/52.

118. Art. 1(a).

119. Art. 9(1). L'article 9(2) mentionne que « [l']émetteur... est tenu, dès la déclaration, et même si le titulaire a agi avec une négligence extrême ou de manière frauduleuse, de faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir pour empêcher toute nouvelle utilisation de l'instrument de paiement électronique ».

travail sur la consommation et le commerce électronique<sup>120</sup> a élaboré les *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*<sup>121</sup>. Le principe 4 énonce que « [l]es commerçants et les intermédiaires devraient prendre les mesures raisonnables pour s'assurer que les transactions auxquelles ils sont parties sont protégées. Les consommateurs devraient se montrer prudents lorsqu'ils prennent part à des transactions »<sup>122</sup>. En Ontario, la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*<sup>123</sup> prévoit qu'un fournisseur qui désire faire affaire en ligne avec un consommateur doit lui divulguer « les renseignements prescrits avant de conclure une convention électronique avec lui » et doit lui donner la possibilité expresse « d'accepter ou de refuser la convention et de corriger les erreurs immédiatement avant de la conclure »<sup>124</sup>. Le Manitoba<sup>125</sup> et la Saskatchewan<sup>126</sup> ont également adopté une législation similaire.

Bien qu'aucun règlement permettant de détailler les informations requises n'ait encore été adopté par les législatures de l'Ontario, du Manitoba et de la Saskatchewan, il est prévu dans ces lois que l'information doit être claire et compréhensible, que le consommateur doit avoir l'opportunité

---

120. Les membres de ce groupe sont les suivants : Action réseau consommateur, Alliance des manufacturiers et des exportateurs du Canada, Association canadienne de la technologie de l'information, Association canadienne des fournisseurs Internet, Association canadienne du marketing, Association des banquiers canadiens, Association des consommateurs du Canada, Bureau de la concurrence (Industrie Canada), Bureau de la consommation (Industrie Canada) Centre pour la défense de l'intérêt public, Conseil canadien du commerce de détail, CSA International, Fondation des normes de télévision par câble, Ministère de la Consommation et du Commerce, gouvernement de l'Ontario, *Ministry of Government Services, Consumer Affairs Division*, gouvernement de l'Alberta, Office de la protection du consommateur, gouvernement du Québec, Option consommateurs.

121. Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique, *op. cit.*, note 68.

122. *Id.* Il convient d'ajouter les clauses suivantes :

4.1 Les commerçants et les intermédiaires devraient protéger les paiements et les renseignements personnels échangés ou conservés par suite d'une transaction.

4.2 Les consommateurs devraient prendre des mesures raisonnables pour effectuer des transactions en toute sécurité.

123. L.R.O. 2002, c. 30, Ann. A. Cette loi n'est pas encore entrée en vigueur.

124. *Id.*, art. 38(1)(2).

125. *Loi sur la protection du consommateur*, C.P.L.M. c. C200, art. 129(1).

126. P.L. 20, *An Act to amend The Consumer Protection Act*, Saskatchewan, 2002, art. 75.52(1).

d'accéder à cette information et que celle-ci doit pouvoir être imprimée et téléchargée<sup>127</sup>. Il est possible de s'inspirer du droit européen en cette matière pour plus de détails sur les informations requises. La *Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE*<sup>128</sup>, destinée à compléter la Directive 97/7/CE sur les contrats à distance<sup>129</sup>, se montre relativement avant-gardiste. D'abord, l'article 3 mentionne que le fournisseur doit informer le consommateur de ses droits avant la conclusion d'un contrat à distance et fournir une description de ses coordonnées, des principales caractéristiques du service financier, des modalités de paiement, des frais et coûts supplémentaires, ainsi que l'existence ou non de procédures extrajudiciaires de réclamation et l'existence d'un fonds de garantie ou autres mécanismes d'indemnisation. Ensuite, l'article 5 mentionne les exigences concernant la communication des conditions contractuelles et des informations préalables.

Outre les dispositions prévues à la *Loi sur la protection du consommateur* et les dispositions relatives à la protection de la vie privée, un consommateur québécois n'a donc aucune autre protection juridique préalablement à un paiement en ligne<sup>130</sup>.

---

127. *Loi de 2002 sur la protection du consommateur, supra*, note 123, art., 38(2)(3), 39(1); *Loi sur la protection du consommateur, supra*, note 125, art. 129(2); *An Act to amend The Consumer Protection Act, Id.*, art. 75.52(2), 75.6.

128. [2002] J.O. L 271/16 (ci-après citée « Directive 2002/65/CE sur les services financiers »).

129. Directive 97/7/CE sur les contrats à distance, précitée note 14. Plus précisément, la raison de cette exclusion par la Directive 97/7/CE sur les contrats à distance s'explique par le fait, notamment, qu'il importait de « porter une attention particulière à la nature spécifique des services financiers dans une directive destinée à régir les contrats à distance dans ce domaine » : M. VAN HUFFEL, « Commercialisation à distance des services financiers : derniers développements d'une — déjà — longue histoire... », (2001) *R.E.D.C.* 295 à la p. 299.

130. La question de l'information préalable ne sera pas abordée en détail dans le présent article, car nous en discuterons lors du second volet de notre étude sur la protection des consommateurs en ligne.

## 2. La livraison

Une étude récente de l'Office de la protection du consommateur démontre qu'environ « 40 % des problèmes rencontrés par les internautes canadiens ont trait à la livraison du produit et prennent diverses formes : délai de livraison trop long ou non respecté à cause d'une rupture de stock, mauvais produit envoyé, non-réception de l'article »<sup>131</sup>. Ironiquement, les problèmes les plus courants ont trait à la livraison alors que les consommateurs demeurent surtout craintifs de divulguer leur numéro de carte de crédit! La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit quelques mesures permettant la résiliation et même la résolution en cas de défaut de livraison, ou plus généralement, de défaut de la part d'un commerçant d'exécuter sa prestation comme convenu<sup>132</sup>, particulièrement pour les contrats réglementés spécialement.

Les nouvelles modifications législatives du Manitoba et de la Saskatchewan représentent une percée importante pour les mouvements consuméristes canadiens. En ce qui concerne un défaut de livraison de la part d'un vendeur dans un laps de temps de trente jours, le consommateur peut demander l'annulation de la convention conclue par l'entremise d'Internet<sup>133</sup>. En Saskatchewan, il est également possible de demander l'annulation de la convention lorsque les renseignements ne sont pas divulgués<sup>134</sup>, tandis qu'en Ontario, un consommateur peut demander la résiliation le cas échéant<sup>135</sup>. Une telle possibilité se rapproche de l'annulation d'un contrat conclu avec un vendeur itinérant selon l'article 59 de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Toujours selon l'étude de l'O.P.C., il convient de distinguer le type d'achat effectué par les consommateurs québécois. Les achats ont surtout trait à des articles de moindre valeur, tels des livres et magazines, disques, logiciels, billets de concert ou de spectacle, etc. Ces achats proviennent sur-

---

131. Les pratiques des cybermarchands québécois, *op. cit.*, note 71, p. 16.

132. Par exemple, lorsqu'un commerçant itinérant ne livre pas le bien, le droit de résolution du consommateur est porté de 30 jours à un an : art. 59, 2<sup>e</sup> al.(e).

133. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 125, art. 130(1); *An Act to amend The Consumer Protection Act*, *supra*, note 126, art. 75.61(2)(3).

134. *An Act to amend The Consumer Protection Act*, *Id.*, art. 75.52(2), 75.61(1).

135. *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, *supra*, note 123, art., 40.

tout de sites canadiens (près de 60 %) et de sites américains (environ 35 %). Les consommateurs sont également friands du magasinage de comparaison. Les biens comparés ont surtout trait à des biens d'une grande valeur — automobile, maisons, biens durables<sup>136</sup>.

Bien qu'il ne semble pas, à première vue, que les consommateurs achètent des biens d'une certaine importance qui comportent habituellement une garantie, il convient de s'attarder sur cette question. En effet, dans certains cas, le commerçant doit non seulement remplir son obligation de délivrance, mais il peut également être tenu de fournir une garantie légale du droit de propriété<sup>137</sup> et/ou une garantie contre les vices cachés<sup>138</sup> ainsi qu'une garantie de sécurité<sup>139</sup>. La *Loi sur la protection du consommateur* l'oblige en plus à assurer une durabilité au bien vendu, que ce dernier serve aux fins auxquelles il est destiné<sup>140</sup> et, parfois, il doit fournir une garantie de conformité<sup>141</sup>. S'il n'apparaît pas que les transactions en ligne modifient le régime juridique des garanties, il est clair que l'exécution de celles-ci peut parfois être plus ardue, comme c'est habituellement le cas pour les ventes à distance.

Néanmoins, nous opinons avec les professeurs Gautrais et MacKaay à l'effet qu'une difficulté supplémentaire se pose quant à l'exclusion d'une garantie relative à la vente et la livraison en ligne d'un logiciel. La pratique des exclusions — ou limitations — de garantie est devenue un usage répandu et, si cela est parfois acceptable dans le domaine commercial, elle demeure plus que discutable lorsque l'acheteur est un consommateur au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*. Ces auteurs affirment qu'un tel contrat serait un contrat d'entreprise ou de service régit par l'article 2103 et « rendrait alors applicables... moyennant adaptation, les garanties prévues au chapitre de la vente », soit la présomption de responsabilité du professionnel et du

---

136. Les pratiques des cybermarchands québécois, *op. cit.*, note 71, p. 17.

137. C.c.Q., art. 1723; L.p.c., *supra*, note 22, art. 36.

138. C.c.Q., art. 1726; L.p.c., *supra*, note 22, art. 53.

139. C.c.Q., art. 1468.

140. L.p.c., *supra*, note 22, art. 37-38.

141. *Id.*, art. 40-42.

fabricant, lequel « comprendrait sûrement le fabricant ou éditeur de logiciels ». Ainsi, « [l]ues ensemble, ces règles forment un régime d'ordre public, qui permettrait de contester la pratique uniforme d'exclusion ou de limitation de garanties relatives aux logiciels »<sup>142</sup>. Quoi qu'il en soit, il importe de rappeler que l'article 10 de la *Loi sur la protection du consommateur* interdit « la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant ».

Par ailleurs, les biens de moindre valeur susceptibles d'attirer les consommateurs québécois, dont il a été discuté plus haut, peuvent comprendre une ou plusieurs formes de garanties légales. Notamment, la garantie de conformité de la *Loi sur la protection du consommateur* prend une toute nouvelle dimension pour les transactions en ligne. Il est permis de procéder par analogie avec les contrats de voyage. Les statistiques de l'O.P.C. démontrent clairement que les agences de voyages font l'objet d'un grand nombre de plaintes dû à un service non conforme aux prétentions d'un représentant et/ou d'une publicité<sup>143</sup>. Comme le mentionne la professeure Nicole L'Heureux, le droit de la consommation a donc élargi le cercle contractuel « pour tenir compte de toutes les circonstances qui ont affecté la prise de décision du consommateur [et] ne limite pas le contrat aux stipulations écrites »<sup>144</sup>. Ce formalisme est d'autant plus important pour les contrats de consommation en ligne que le consommateur peut parfois difficilement consentir à une transaction de cette nature.

Ainsi, les clauses externes peuvent être invoquées par un consommateur. L'article 1435 C.c.Q. prévoit que cette clause à laquelle « renvoie le contrat lie les parties » et est nulle dans un contrat de consommation à moins d'avoir été « expressément portée à la connaissance du consommateur » ou que le commerçant démontre « que le consommateur [...] en avait par ailleurs connaissance ». Notre position se justifie

---

142. V. GAUTRAIS, E. MACKAAY, *loc cit.*, note 40, p. 307.

143. *Infra*, note 223.

144. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 21. Voir également les décisions suivantes au sujet des agences de voyages : *Breault c. Voyage du Surcroît*, REJB 2001-25361 (C.Q.); *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.); *Delisle c. Unitours (Canada) Ltée*, J.E. 86-880 (C.P.).

également par le fait que cette clause peut être difficilement accessible, ce qui est habituellement le cas.

En conséquence, lorsqu'un bien ou un service acheté en ligne fait l'objet d'une garantie, un consommateur pourra se prévaloir des recours prévus dans la Loi en cas de défaut d'exécution de celle-ci, soit un recours en dommages-intérêts, une demande de résiliation et, parfois, une demande de résolution<sup>145</sup>.

## II. LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION AUX RÉALITÉS DU CYBERESPACE

La première partie de notre étude a mis en relief l'inadéquation de la *Loi sur la protection du consommateur* à l'égard de plusieurs aspects du contrat de consommation en ligne. Il convient maintenant de s'attarder à l'évolution qu'a subie la notion de consommateur depuis plus de trente ans (A) afin de suggérer au législateur une orientation à suivre (B).

### A. LA MÉTAMORPHOSE DU CONCEPT DE CONSOMMATEUR

À la suite de certaines pratiques de commerces commises par les commerçants au fil des ans, le législateur est intervenu pour protéger le consommateur (1). La nouvelle dimension virtuelle dans laquelle se retrouve ce dernier exige une réflexion nouvelle quant à son impact et sa nature (2).

#### 1. La transformation du droit de la consommation

Un préalable à l'étude de l'impact du commerce électronique sur le droit de la consommation nécessite l'analyse de l'évolution de la *Loi sur la protection du consommateur*, laquelle a permis notamment l'adoption d'un droit de résolution dans certain cas (a). En regard des contrats conclus en ligne, une attention particulière doit être portée au contrat de vente à distance et de vente conclue avec un commerçant itinérant (b).

---

145. L.p.c., *supra*, note 22, art. 272.

a) *L'histoire de la Loi sur la protection du consommateur*

La *Loi sur la protection du consommateur* a été créée en 1971 afin de corriger le déséquilibre des forces entre un consommateur et un commerçant, lequel se manifestait notamment par le surendettement provenant des contrats de crédit, par la sollicitation abusive des vendeurs itinérants et par le non-respect des garanties de conformité<sup>146</sup>. Cette première version de la Loi s'étant avérée insuffisante pour assurer la protection des consommateurs, un nouveau texte a donc été adopté en 1978. En particulier, le contrat de prêt d'argent et le contrat assorti d'un crédit, déjà réglementés dans la Loi de 1971, ont été modifiés pour y ajouter un droit de résolution de deux jours en faveur du consommateur<sup>147</sup>. La nouvelle *Loi sur la protection du consommateur* a évolué au fil du temps et a subi plusieurs modifications lorsque le besoin s'en faisait sentir. Par exemple, à la suite des abus survenus dans le secteur de la location à long terme d'automobiles neuves<sup>148</sup>, le législateur est intervenu en 1991 pour encadrer cette industrie<sup>149</sup>. Les contrats de location à long terme constituent maintenant des contrats réglementés spécialement, lesquels comprennent notamment le contrat de louage à valeur résiduelle garantie<sup>150</sup>. L'article 150.23 accorde au consommateur un droit de résolution de deux jours « sans frais ni pénalité » pour cette catégorie de contrat.

Enfin, le nouveau *Code civil du Québec* a contribué à un meilleur encadrement de la protection des consommateurs, reflétant ainsi la volonté du législateur de favoriser une

---

146. *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74 (ci-après citée « Loi de 1971 »). Il faut noter que la première loi québécoise à protéger le consommateur est la *Loi concernant les ventes à tempérament*, S.Q. 1947, c. 73.

147. Loi de 1971, *id.*, art. 73.

148. Les notions d'usure normale et de valeur résiduelle demeuraient à la totale discrétion du locateur, sans compter les risques pour force majeure supportés par le consommateur et les exclusions de garanties : N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, pp. 173-174.

149. *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1991, c. 24, art. 3.

150. L.p.c., *supra*, note 22, art. 150.1 et s. (Section III.1).

meilleure équité dans les relations contractuelles<sup>151</sup>. Ces nouvelles dispositions sont assurément salutaires, car certains contrats de consommation ne sont pas soumis à la *Loi sur la protection du consommateur* et sont plutôt régis par le C.c.Q. Il importe de s'interroger, toutefois, sur la nécessité de conserver ces deux niveaux de protection du consommateur. Si, à première vue, la définition de consommateur de l'article 1384 du C.c.Q. apparaît similaire à l'article 1(e) de la *Loi sur la protection du consommateur*, l'exigence de l'article 1384 à l'effet que les biens ou les services acquis par un consommateur servent strictement « à des fins personnelles, familiales ou domestiques » s'éloigne de l'application de la théorie de la commercialité toujours admise sous la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>152</sup>. Ainsi, contrairement au C.c.Q., la notion de consommateur utilisée sous la *Loi sur la protection du consommateur* permet d'inclure le cultivateur, l'artisan et le professionnel<sup>153</sup>. La décision du législateur québécois de conserver la définition actuelle de consommateur à la suite de l'adoption du nouvel article 1384 C.c.Q. confirme son acquiescement implicite à la tendance jurisprudentielle qui admet un élargissement du concept de consommateur au sens de l'article 1(e) de la *Loi sur la protection du consommateur*.

Encore de nos jours, les consommateurs sont de plus en plus l'objet d'un déséquilibre contractuel : les contrats d'adhésion pullulent, les techniques de ventes se raffinent jusqu'au point de menacer le fragile équilibre des forces que le législateur tente de maintenir depuis plus de trente ans<sup>154</sup>, sans parler de « l'épreuve d'Internet<sup>155</sup> » qui bouleverse la situation

---

151. Ainsi, quelques dispositions du C.c.Q. reprennent les grands principes de la L.p.c., *supra*, note 22, notamment l'interdiction de clauses abusives ainsi que le renforcement des obligations en matière de conformité, de sécurité et de garantie des produits.

152. P.-C. LAFOND, « Contours et ramifications de la "nouvelle" définition du contrat de consommation du Code civil du Québec », (1996) 56 *R. du B.* 569, pp. 574-579.

153. Voir notamment : *Bérubé c. Tracto Inc.*, [1998] R.J.Q. 93, 99 (C.A.); *Lajoie c. Bonaventure Ford Sales Ltd.*, [1974] C.S. 53; *Bowman c. Asphalte T.M.S. Inc.*, [1982] C.S. 586; *Pacific National Leasing Corp. c. Rose*, [2001] R.J.Q. 78 (C.A.); *Drake Personnel c. Normandin*, [1991] R.J.Q. 1789 (C.Q.).

154. Notamment en permettant de cibler les clients selon des caractéristiques bien personnelles par l'utilisation de *cookies*.

155. Cette expression est empruntée à A.-M. LEROYER, *loc. cit.*, note 83.

du consommateur et appelle une protection particulière de celui-ci.

Par contre, le consommateur — au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* — semble être plus vigilant et averti depuis plusieurs années. À cet égard, il prend avantage du réseau Internet qui lui permet de comparer plus facilement les caractéristiques des produits recherchés. Un sondage récent démontre d'ailleurs que le consommateur québécois est maintenant un adepte régulier d'Internet, mais demeure timide lorsque vient le temps d'un achat en ligne<sup>156</sup>. Il est maintenant reconnu que ce manque de confiance s'explique notamment par les problèmes de sécurité entourant la transmission des paiements en ligne et la livraison des produits, la protection des renseignements personnels, et l'absence de contact humain, pour ne nommer que ceux-là.

b) *L'évolution de la vente à distance et de la vente par un commerçant itinérant*

Lorsque la Loi de 1971 a été adoptée, les ventes à distance n'étaient encore qu'une préoccupation mineure pour le législateur<sup>157</sup>, vu les techniques de vente par correspondance relativement limitées et ce, en dépit de leur existence sous cette forme depuis plus d'un siècle<sup>158</sup>. À cette époque, l'attention du législateur était portée principalement vers les abus flagrants causés par les commerçants itinérants, ce qui explique qu'il a fallu attendre la nouvelle version de la *Loi sur la protection du consommateur* de 1978 pour voir apparaître les dispositions gouvernant les contrats à distance.

---

156. Un peu plus de 50 % des Québécois utilisent l'Internet régulièrement, mais environ 21 % des Québécois (500 000) pratiquent le lèche-vitrines virtuelles, 20 % ayant fait au moins un achat par Internet (8,4 au cours du dernier mois), et les deux tiers estiment que le paiement par carte de crédit par Internet est non sécuritaire : CEFRIO, Léger Marketing, *Sondage NETendances 2002*, Janvier 2003, p. 9, 14 à 18, en ligne : <http://www.infometre.cefrio.qc.ca/loupe/sistech/default.asp>. Voir aussi : Les pratiques des cybermarchands québécois, *op. cit.*, note 71, p. 17.

157. Les débats tenus à l'Assemblée législative du Québec qui ont précédé l'adoption de cette loi traitaient peu de cette question.

158. En fait, il semble que l'impression des premiers catalogues datent du 15<sup>e</sup> siècle : J. ALLIX, « La protection du consommateur en matière de contrats à distance », (1993) *R.E.D.C.* 95.

La professeure Nicole L'Heureux note que « [l]e contrat à distance présente des dangers différents que ceux qu'on identifie dans le contrat par commerçant itinérant »<sup>159</sup>. Cette affirmation, datant de l'époque « pré-commerce électronique », s'explique par le fait que, dans le premier cas, le consommateur n'a pas la possibilité de voir ou même de palper le produit ni de prendre connaissance des caractéristiques du service lors de la commande et, dans le second cas, qu'il peut être l'objet de pressions excessives de la part des commerçants itinérants<sup>160</sup>. Cette nuance, qui jadis expliquait l'existence d'un droit de résolution pour le consommateur faisant affaire avec un commerçant itinérant, mais qui le lui niait lors de la conclusion d'un contrat à distance, devient illusoire dans un environnement cybernétique, puisque tant les vendeurs à distance que les vendeurs itinérants offrent maintenant leurs services par l'entremise d'une vitrine virtuelle. Le cas échéant, non seulement l'éventail des dangers auxquels le consommateur est exposé s'élargit, mais un contrat conclu en ligne peut représenter une menace aussi sérieuse qu'un contrat conclu avec un commerçant itinérant.

D'où la question de savoir si la Loi protège adéquatement le consommateur? Certaines mesures prévues dans la Loi sont salutaires, certes, mais font parfois l'objet d'une difficulté d'application en pratique, comme par exemple l'exercice du droit de rétractation. Par ailleurs, où se situe le consommateur dans cette tourmente? Devrait-on plutôt remplacer ce concept par celui d'adhérent? En d'autres termes, quels sont les nouveaux défis du législateur?

## 2. La nouvelle réalité du cyberconsommateur

Malgré une tendance vers la rédaction de contrats en langage usuel (« *plain language* ») et les raisons d'ordre pratique évidentes de l'adoption de tels contrats par les commerçants, il importe de noter que presque tous les contrats de consommation sont en fait des contrats d'adhésion dans lesquels le consommateur n'a aucune — ou presque — marge de

---

159. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 42.

160. J. ALLIX, *loc. cit.*, note 158, pp. 102-103; M. VIVANT *et al.*, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2002, n° 2930, p. 1646.

manœuvre lors de la négociation<sup>161</sup>. Il va sans dire que les contrats de vente ou de location en ligne se classent habituellement dans cette catégorie.

La professeure Catherine Kessedjian estime qu'« Internet nous oblige à réévaluer complètement les éléments de l'analyse que nous avons tendance à considérer comme acquis », ce qui revient à analyser la possibilité de transformer le concept de consommateur par celui d'adhérent<sup>162</sup>. Selon la professeure Sylvette Guillemard, cette thèse repose sur le fait que le clivage traditionnel entre le consommateur et le professionnel s'est transformé dans le cyberspace. D'une part, « [l]es caractéristiques personnelles qui... rendent [le consommateur] faible dans le monde terrestre et qui, par là, justifient sa protection ne résistent pas à l'examen des relations cyberspatiales »<sup>163</sup>. Ainsi, le consommateur qui navigue dans Internet possède un niveau d'éducation et des revenus supérieurs à la moyenne et il aurait une propension à visiter de nombreux sites, ce qui le distingue du consommateur classique<sup>164</sup>. D'autre part, le cybercommerçant ne possède pas nécessairement les attributs lui étant habituellement reconnus : « [i]l peut être très modeste, en taille et en expérience »<sup>165</sup>. Cette auteure ajoute même que la « puissance du commerçant » serait moindre que dans un contexte traditionnel, vu le nombre important de vitrines virtuelles qui appartiennent à des PME<sup>166</sup>. Face à cette diminution dans le cyberspace à la fois de la puissance du commerçant et de la faiblesse du consommateur, la professeure Guillemard est d'avis que « la présomption d'inégalité entre les contractants tombe, entraînant avec elle la distinction classique »<sup>167</sup>.

---

161. V. GAUTRAIS, « Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le contexte nord-américain » dans É. MONTERO (dir.), *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du centre de recherches informatique et droit, Bruxelles, Bruylant, 2000, 107, p. 112.

162. C. KESSEDJIAN, « Aspects juridiques du e-trading : règlement des différends et droit applicable » dans L. THÉVENOZ, Ch. BOVET (dir.), *Journée 2000 de droit bancaire et financier*, vol. 6, Berne, Staempfli, 2000, p. 65.

163. S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, thèse de doctorat en droit, Université Laval et Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002, p. 430 (non publiée).

164. *Id.*, pp. 414-419.

165. *Id.*, p. 430.

166. *Id.*, pp. 419-420.

167. *Id.*, pp. 430-431.

Bien que le point de vue de la professeure Guillemard apparaisse très intéressant, il est possible de s'interroger sur l'impact de l'évolution des usages dans Internet. En effet, s'il est vrai que les statistiques révèlent que les usagers d'Internet sont des consommateurs avertis — éduqués et de revenus supérieurs —, cette affirmation tendra à s'amenuiser avec le temps à la suite de la démocratisation d'Internet et du commerce électronique. Au surplus, le commerce en ligne se caractérise aujourd'hui principalement par des relations interentreprises et les consommateurs y demeurent minoritaires en nombre et surtout en revenus générés. Enfin, certaines grandes entreprises, pourvues de ressources importantes, pourraient abuser de leur position et utiliser le contrat d'adhésion à leur avantage, exploitant ainsi la bonne foi d'un stipulant de moindre envergure.

Quoi qu'il en soit, en considérant les développements énoncés ci-dessus, et particulièrement la rapidité à laquelle les transactions en ligne sont conclues ainsi que les pratiques de commerce abusives qui nuisent à l'expression d'un consentement libre et éclairé du consommateur, nous sommes d'avis, à l'instar de l'ancien bâtonnier du Québec, Claude Masse, que la *Loi sur la protection du consommateur* nécessite une révision en profondeur<sup>168</sup>. Le premier jalon de cette révision devrait concerner le concept de consommateur. Notamment, puisque les transactions virtuelles peuvent avoir un effet néfaste sur la manifestation du consentement de ce dernier, il convient de se tourner vers une alternative : un formalisme accru dans les contrats de consommation en ligne.

## B. LE PLAIDOYER POUR UN FORMALISME ACCRU DU CONTRAT DE CYBERCONSOMMATION

Bien que l'obligation de renseignement soit généralisée et oblige le commerçant dans la phase précontractuelle à fournir au consommateur toutes les informations nécessaires à un consentement éclairé, la nature particulière de l'échange électronique des consentements amène à s'interroger sur la

---

168. J. LEMIEUX, « Une loi perfectible », *Le Soleil [de Québec]*, (25 octobre 2002) A 14.

nécessité pour le législateur d'intervenir afin d'imposer un cadre minimum obligatoire (1). De plus, en considérant les risques entourant la conclusion d'un contrat en ligne, ne serait-il pas nécessaire — voire impératif — d'offrir au consommateur la possibilité d'un engagement réfléchi en lui permettant de revenir sur sa décision? (2).

### 1. Le raffinement de l'obligation d'information : les mentions obligatoires

Dans son ouvrage sur le droit de la consommation, la professeure Nicole L'Heureux exprime l'opinion que « [s]ans une information utile et complète, le consommateur ne peut faire un libre choix. L'obligation que le *Code civil du Québec* impose à l'acheteur de se renseigner avant de contracter est irréaliste »<sup>169</sup>.

C'est pourquoi, dans certaines circonstances particulières, le législateur est d'avis qu'il n'est plus suffisant pour le cocontractant « de répondre honnêtement aux questions de l'autre partie »<sup>170</sup>, il doit prendre les devants et lui divulguer certaines informations susceptibles d'influencer son consentement. Il s'agit de l'approche adoptée par la *Loi sur la protection du consommateur* qui impose au commerçant, pour chaque type de contrat réglementé<sup>171</sup>, l'obligation de fournir des informations précises. Le respect de l'obligation d'information est, dans ces cas, sanctionné par la formation du contrat.

En effet, afin d'assurer au consommateur une prise de décision éclairée, la signature par les parties, apposée sur le contrat écrit<sup>172</sup>, se substitue alors à l'accord de volonté. Ce formalisme est tellement important pour la protection du consentement du consommateur, que le législateur a créé une exception à la règle de la « liberté de choix du support » dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>173</sup> et maintenu l'exigence du support papier pour la

169. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 19.

170. J.-L. BAUDOIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, p. 261.

171. L.p.c., précitée note 22, art. 23.

172. *Id.*, art. 30.

173. *Supra*, note 41, art. 101 modifiant l'article 25 de la L.p.c., *supra*, note 22.

rédaction de ces contrats. Enfin, ce formalisme contractuel engendre des conséquences même sur la force exécutoire du contrat, puisque le consommateur n'est tenu à l'exécution de ses obligations qu'à partir du moment où il est en possession d'un double du contrat<sup>174</sup>.

Ces contrats, assujettis à une obligation spéciale d'information, sanctionnée par un formalisme contractuel, ne protègent malheureusement pas le cyberconsommateur dont l'encadrement juridique est assuré par les dispositions sur le contrat à distance. Il s'avère donc important de s'interroger sur l'opportunité pour le législateur québécois de réglementer plus formellement le contrat à distance en fonction des nouveaux dangers que représente la conclusion d'un contrat en ligne. L'expérience étrangère est à cet égard riche d'enseignement :

Les règles traditionnelles de la vente à distance et sous certaines conditions celles du démarchage ont évolué pour s'appliquer aux ventes en ligne. [...]

Il s'agissait d'empêcher que l'utilisation des techniques de communication à distance ne conduise à une diminution de la protection des consommateurs. La Directive du 20 mai 1997 sur la vente à distance s'est inspirée de la loi française, qui elle-même s'est enrichie des dispositions de cette Directive en la transposant par son ordonnance du 23 août 2001. Cette réglementation instaure l'obligation d'information préalable du consommateur et la faculté de se rétracter<sup>175</sup> (nos soulignés).

Ainsi, les informations préalables obligatoires, « condition *sine qua non* d'un contrat équilibré obtenu moyennant un consentement complet et éclairé »<sup>176</sup>, peuvent en France être regroupées en quatre catégories :

- les informations sur le vendeur que l'on trouve principalement — mais pas uniquement — dans la directive sur le commerce électronique;

---

174. L.p.c., *Id.*, art. 33.

175. C. GUIGOU, « Les contrats avec les consommateurs : un outil de développement du commerce électronique », *Le droit de l'entreprise et Internet*, Actes du Colloque de Marseille (15 juin 2001), Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, 141, pp. 143-144.

176. T. VERBIEST, *op. cit.*, note 8, p. 64.

- les informations relatives au produit ou au service proposé à la vente, issues de la directive sur les contrats à distance et la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs;
- les informations sur le prix du produit ou du service;
- les informations précontractuelles sur le processus de commande introduites par la directive sur le commerce électronique<sup>177</sup> (nos soulignés).

Par conséquent, pour qu'un cyberconsommateur français puisse prendre une décision éclairée sur les modalités d'une offre en ligne, le cybercommerçant doit lui transmettre préalablement un ensemble d'informations. Le formalisme contractuel ne s'arrête cependant pas là : la conclusion du cybercontrat s'effectue selon un processus en trois étapes. En partant du principe que le contrat prend la forme d'une page de commande en ligne : (1) la commande doit être remplie et vérifiée; (2) les conditions générales de la vente doivent être acceptées et; (3) la commande doit être confirmée.

La tendance est identique de ce côté de l'Atlantique. À l'instar, des *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*<sup>178</sup>, les provinces de l'Ontario<sup>179</sup> et du Manitoba<sup>180</sup> ont incorporé récemment dans leur législation sur la protection du consommateur une obligation expresse de divulgation de renseignements au consommateur préalablement à la conclusion du contrat en ligne.

## 2. La protection du consentement

Afin d'assurer une meilleure protection au consommateur, les législateurs contemporains s'intéressent non seulement à la dimension éclairée du consentement, mais aussi à son caractère réfléchi. Ainsi, afin de protéger le consumma-

---

177. *Id.*, p. 65 et 66.

178. *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, *op. cit.*, note 68.

179. *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, *supra*, note 123, art. 38(1).

180. *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, note 125, art. 129(2).

teur contre des décisions précipitées, ils l'autorisent à se rétracter (a) et à obtenir le remboursement du paiement (b).

a) *Le consentement réfléchi : la possibilité pour le consommateur de revenir sur sa décision*

Les auteurs Baudouin et Jobin expriment l'idée qu'une autre dimension du consentement, un complément de son caractère éclairé, constitue une source de difficultés dans certains domaines<sup>181</sup>. Il s'agit du consentement réfléchi. Dans certaines situations, des cocontractants succombent à la tentation d'offres « séduisantes » sans avoir considéré l'impact réel de leur engagement. En outre, ils risquent de recevoir des objets qui ne correspondent pas à leur attente ou encore d'avoir payé et de ne rien recevoir ; sans parler de la difficulté à faire valoir leur droit lorsque le vendeur est éloigné. C'est pourquoi le législateur accorde à ces personnes le droit de revenir sur leur engagement, qui constitue la pièce maîtresse de la réglementation sur les contrats à distance<sup>182</sup>.

Dans la *Loi sur la protection du consommateur*, le législateur reconnaît ce droit dans la plupart des contrats réglementés spécialement<sup>183</sup> : « Le consentement du consommateur est présumé ne pas avoir été donné librement et sa volonté avoir été imparfaite au moment de sa signature. Le délai qui lui est accordé, dont l'étendue varie selon l'effet présumé de la pratique sur la volonté du consommateur, lui permet de retrouver son libre arbitre et de renoncer au contrat après une réflexion suffisante »<sup>184</sup>.

Le cyberconsommateur devrait-il bénéficier d'une telle présomption ?

181. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, p. 260.

182. J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, 2000, p. 94 et s.

183. Contrat conclu par un commerçant itinérant (L.p.c., art. 59), le contrat de crédit (L.p.c., art. 72), le contrat accessoire (L.p.c., art. 209) et le contrat d'arrangements préalables de services funéraires et de sépulture. Il en va de même dans le C.c.Q. pour le contrat provisoire relatif à l'achat d'immeuble d'habitation (C.c.Q., art. 1785 al. 2).

184. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 20.

L'existence d'un droit de rétractation en matière de contrat à distance est fondée sur la prémisse suivante : comme les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre, le consommateur peut difficilement concevoir matériellement le produit offert ou encore apprécier le service malgré la précision de la technologie. Par conséquent, il doit pouvoir se faire rembourser lorsque le bien ne répond pas à ses attentes<sup>185</sup>. Ce droit pour la personne de revenir sur son engagement implique un acte positif puisque « le cocontractant a [déjà] apposé sa signature sur le contrat et quelques temps plus tard, il se ravise ou à tout le moins, il manifeste ostensiblement la volonté de ne pas tenir ce [qu'il] a promis<sup>186</sup> ».

Le droit de revenir sur son engagement apparaît souvent comme une faveur pour les faibles<sup>187</sup>, une mesure de protection pour prémunir le consommateur contre des gestes irréflectifs et des sollicitations agressives. Les délais de rétractation ont donc pour objectif d'autoriser les consommateurs à se raviser et ce, peu importe la raison, puisque aucune justification n'est nécessaire. De même, pour assurer l'efficacité du droit, il doit être porté expressément à l'attention du consommateur et ce dernier ne doit pas pouvoir y renoncer.

Il est intéressant de constater que ce souci de protection du consommateur est partagé par une grande majorité d'États dans des secteurs d'activités importants<sup>188</sup>. En effet, dans le cadre d'une étude comparative menée pour le compte du Réseau international de contrôle de la commercialisation<sup>189</sup>, il a été examiné dans quelle mesure les pays membres<sup>190</sup> du

---

185. Y. BRULART, P. DEMOLIN, « À propos de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance et spécialement à propos du commerce électronique », (1997), *Lex electronica*, vol. 3, n° 2, en ligne : <http://www.lex-electronica.org>.

186. P. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », (1998) 60 *Droit & Patrimoine* pp. 78-79.

187. *Id.*, p. 80.

188. B. LE TAVERNIER, « Comparaison internationale des délais de rétractation et de réflexion prévus par les réglementations relatives à la protection du consommateur », (1995) 87 *Revue de la concurrence et de la consommation* 72.

189. Il s'agit d'une structure de coopération informelle entre les administrations chargées de la protection des consommateurs des pays membres ou observateurs de l'OCDE.

190. Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Espagne, États-Unis, Finlande, France, Hongrie, Irlande, Japon, Luxembourg, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède et Suisse.

Réseau ont prévu de telles dispositions et en a comparé le contenu. Les conclusions de l'étude permettent ainsi de constater qu'un droit de rétractation variant entre deux et quinze jours est prévu en faveur des consommateurs dans la quasi-totalité des pays, particulièrement lorsque les secteurs d'activités ont fait l'objet d'une intervention communautaire :

On remarque que pour [la vente à distance] qui intéresse tout particulièrement les échanges transfrontières, une grande majorité des États ont prévu des délais de rétractation avant même que le projet de directive communautaire soit adopté. Cela indique bien le souci des États d'intervenir pour accorder aux consommateurs une protection d'autant plus nécessaire que les moyens de communication à distance se développent très rapidement. [...]

Le point de départ du délai de rétractation est généralement celui de la réception de la marchandise. En Allemagne et en Norvège, c'est celui de la remise des documents informatifs sur le droit de rétractation, en Nouvelle-Zélande, celui de la signature du contrat. Les mêmes exigences que pour le démarchage à domicile (remise des documents informatifs, prise en compte des jours non ouvrables) s'imposent aussi pour la vente à distance.<sup>191</sup>

Enfin, l'étude permet aussi de constater l'importance des textes sur le démarchage à domicile qui, en sus de prévoir des délais de rétractation assurent la protection des consommateurs qui contractent en dehors de leur pays de résidence<sup>192</sup>.

Il existe tout un jargon pour désigner le droit d'une personne de revenir sur son engagement : droit de repentir, droit de rétractation, droit de révocation, droit de résolution ou encore droit de se dédire<sup>193</sup>. En effet, si l'objectif recherché est

---

191. B. LE TAVERNIER, *loc. cit.*, note 188, p. 74 (tableau).

192. Ce point a été mis en évidence lors de la réunion thématique organisée par la Présidence française du Réseau international de contrôle de la commercialisation sur la multipropriété, en juin 1994. Cette réunion qui avait pour objectif d'examiner les moyens de lutte contre les pratiques commerciales transfrontières agressives qui sont parfois déployées dans le cadre de cette activité a montré que la réglementation sur le démarchage à domicile pouvait permettre de tenir en échec des méthodes de vente agressives déployées par des opérateurs peu scrupuleux en dehors de leurs établissements commerciaux : *id.*, p. 76.

193. P. BRUN, *loc. cit.*, note 186, p. 79.

généralement clair, la terminologie est pour le moins fluctuante : « en l'absence de réglementation précise, il n'est pas rare de voir s'établir des confusions ou des assimilations entre la clause de dédit et les clauses avoisinantes »<sup>194</sup>. Pour « se dédire », il faut d'abord avoir « dit »<sup>195</sup>. Le dédit intervient donc après le consentement, à la différence des droits de réflexion dont l'existence ne suppose pas un engagement initial.

Le C.c.Q. nous donne un exemple de faculté de dédit dans le cas de vente d'immeubles à usage d'habitation<sup>196</sup>. Dans la *Loi sur la protection du consommateur*, le législateur emploie un vocabulaire différent, bien qu'il s'agisse de la même technique<sup>197</sup>. Ainsi, dans le cas du contrat conclu avec un commerçant itinérant<sup>198</sup> et de celui de prêt d'argent<sup>199</sup>, ils peuvent « être résolus »; dans le contrat du louage de services à exécution successive<sup>200</sup>, le consommateur a le droit « de résilier » l'engagement; alors que dans les contrats dits accessoires<sup>201</sup>, il s'agit « de résoudre » la convention.

#### b) Le remboursement en cas d'annulation ou de non-livraison

Le droit pour un consommateur de se rétracter comporte comme corollaire le droit d'obtenir le remboursement, si un paiement a été effectué au préalable. Un tel droit existe également lorsqu'il y a absence totale ou partielle de livraison du produit ou du service<sup>202</sup>. Avant d'aborder cette question, il convient de rappeler que l'article 22 de la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit qu'un commerçant qui sollicite la conclusion d'un contrat à distance ne peut exiger qu'un consommateur paie pour un produit ou un service avant que le

194. C. HUMAN, « La spécialité de la clause de dédit », (1997) 19 (2) *Revue de droit immobilier* 169.

195. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1991, n° 63.

196. C.c.Q., art. 1783.

197. J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 6, pp. 274-275.

198. L.p.c., *supra*, note 22, art. 59.

199. *Id.*, art. 73.

200. *Id.*, art. 193.

201. *Id.*, art. 209.

202. C.c.Q., art. 1590.

commerçant ne fournisse sa prestation<sup>203</sup>. Le législateur apporte quelques tempéraments à ce principe. D'abord, un commerçant qui respecte les termes de l'article 309 et qui a fourni un cautionnement pourra passer outre à l'exigence de l'article 22. Tel que le rappelle la professeure Nicole L'Heureux, un cautionnement « sert à garantir le paiement des réclamations contre le commerçant »<sup>204</sup>. Ensuite, l'article 4 du Règlement d'application<sup>205</sup> exclut les organismes gouvernementaux de l'application de l'article 22 de la Loi. Enfin, un « contrat d'abonnement à un journal, à une revue ou à un magazine » n'est pas soumis à la Loi<sup>206</sup>. Comment concilier cette règle de droit avec la pratique usuelle des commerçants d'exiger un paiement préalablement à la conclusion d'un achat en ligne?

Vue sous un angle théorique, cette règle de droit paraît raisonnable afin d'assurer la protection des droits des consommateurs. Elle s'inscrit dans le même sens que l'exigence d'un cautionnement lors d'une demande de permis pour un commerçant itinérant ou d'un contrat de service à exécution successive<sup>207</sup>. Dans ces derniers cas, les commerçants doivent verser toute somme reçue avant d'exécuter leur prestation dans un compte en fiducie<sup>208</sup>. Selon une étude de l'Office de la protection du consommateur, il semble toutefois que l'exigence du cautionnement ne soit pas respectée en pratique et, qu'en fait, seule une infime minorité de commerçants se plie à l'obligation de verser un cautionnement — peu importe pour quel type de contrat<sup>209</sup>. Ceci peut s'expliquer en partie par l'amende imposée en cas d'infraction à cette obligation qui

---

203. Office de la protection du consommateur c. Golfier, C.Q. Hull, n° 550-61-000080-016, 29 oct. 2001, juge George Benoit, (non publiée).

204. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 377. Le commerçant peut même indiquer dans sa publicité qu'il a fourni un tel cautionnement : *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., c. P-40.1, r-1, art. 130 (ci-après cité « Règlement d'application »).

205. *Ibid.*

206. Règlement d'application, art. 6.

207. Règlement d'application, art. 102 et s.

208. L.p.c., *supra*, note 22, art. 254 et s.

209. En effet, plus de 97 % des sites fonctionnent en contravention des articles 22 et 309 de la *Loi sur la protection du consommateur*, *id.* : A. GIGUÈRE, « Les sites de e-commerce québécois agissent presque tous dans l'illégalité », *Journal les Affaires*, (13 janvier 2001) 7.

n'est souvent que peu persuasive<sup>210</sup> ainsi que par le faible nombre de recours, le cas échéant<sup>211</sup>. Cette obligation semble non seulement inadéquate, mais se révèle difficilement applicable pour les contrats à distance. Il est donc aisé de partager la crainte de certains auteurs quant à son efficacité dans le commerce électronique<sup>212</sup>.

La *Loi sur la protection du consommateur* prévoit les modalités de remboursement lors de l'exercice d'un droit de résolution. Dans le cas d'une vente par un commerçant itinérant, par exemple, l'article 63 prévoit un délai de 15 jours pour que les parties se restituent « ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre » et exige que le commerçant assume les frais. L'alinéa 2 de cette disposition mentionne que si un commerçant ne peut restituer le bien reçu du consommateur en paiement, il doit en remettre le plus élevé de la valeur du bien ou du montant indiqué au contrat. Également, le commerçant assume tous les risques, même en cas de force majeure, mais sauf en cas d'un fait ou d'une faute du consommateur<sup>213</sup>.

Les modalités de remboursement lors de l'exercice d'un droit de rétractation sous la *Loi sur la protection du consommateur* sont similaires à la Directive 97/7/CE sur les contrats à distance<sup>214</sup>, mais dans ce dernier cas, le consommateur doit assumer les frais de retour<sup>215</sup>. Par ailleurs, ajoutons que la Directive 2002/65/CE sur les services financiers permet dans certains cas le paiement d'un service financier avant l'expiration du délai de rétractation<sup>216</sup>.

Dans un cas comme dans l'autre, ces mesures demeurent difficiles d'application dans le cyberspace. L'obligation de fournir un cautionnement n'est pas respectée par les entreprises québécoises, et cette situation pourra difficile-

---

210. Selon l'article 279(b), l'amende se situe entre 1 000 \$ et 40 000 \$ pour les personnes morales qui ne respectent pas la Loi.

211. *Office de la protection du consommateur c. Golfier*, *supra*, note 203.

212. V. GAUTRAIS, « L'encadrement juridique du "cyberconsommateur" québécois », dans V. GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, 261 à la p. 279.

213. L.p.c., *supra*, note 22, art. 65.

214. [1998] J.O.L. 144/19.

215. *Id.*, art. 6(2).

216. Notamment, les services déjà fournis sont exclus : Directive 2002/65/CE sur les services financiers, *supra*, note 128.

ment s'améliorer dans un environnement cybernétique. Quelle est la solution à cette énigme? Un système de livraison contre paiement, en l'occurrence le crédit documentaire, représente la solution idéale, mais ce dernier est principalement utilisé en droit commercial international et il est inadapté pour les achats de consommation. Puisque nous considérons qu'il est utopique d'utiliser le crédit documentaire dans le contexte sous étude, il importe de se tourner vers des solutions plus rationnelles.

La préparation de la Directive 97/7/CE sur les contrats à distance<sup>217</sup> démontre que les rédacteurs ont songé à quelques solutions. D'abord, il pourrait y avoir un système d'enregistrement des entreprises demandant un paiement à l'avance. Cette avenue semble très intéressante, surtout en la conjuguant avec l'obligation des articles 254 et suivants de la *Loi sur la protection du consommateur* qui exigent qu'un commerçant verse les sommes reçues à l'avance dans un compte en fidéicommiss. Ensuite, l'interdiction des paiements à l'avance a été soulevée, mais comme il a été démontré, cette idée est difficilement applicable en pratique. Enfin, l'idée d'un fonds de garantie a aussi été avancée, à l'image du fonds de garantie pour les ventes par correspondance qui fonctionne très bien au Royaume-Uni (« *Mail Order Protection Scheme* » ou MOPS)<sup>218</sup>. Cette dernière solution correspond à une sorte de fonds d'assurance-caution pour les consommateurs qui auraient perdu leur argent lorsque le commerçant est en faillite ou a cessé ses opérations. L'O.P.C. est déjà favorable à cette idée<sup>219</sup> et la Directive 2002/65 sur les services

---

217. *Supra*, note 14.

218. Plus spécifiquement, un annonceur désirant annoncer dans un journal britannique doit s'inscrire auprès de MOPS en versant un paiement prédéterminé par un barème établi; les fonds ainsi amassés servent à dédommager un client victime d'une fraude ou d'une absence de livraison. Pour des détails sur MOPS, voir le site Web de cette entreprise qui existe depuis 1975, en ligne: <http://www.mops.org.uk>; J. ALLIX, *loc. cit.*, note 158, pp. 106-107.

219. Cette assurance peut être souscrite pour une centaine de dollars par an. L'O.P.C. n'exige pas un dépôt en argent, ce qui permet aux commerçants de se tourner vers l'assurance-caution ou vers les banques qui pourront délivrer une lettre de garantie. Lorsque cette caution est déposée, l'O.P.C. a l'entière liberté pour l'encaisser si elle le juge nécessaire: C. GIGUÈRE, « E-commerce: à défaut de dépôt, une assurance », *Journal les Affaires*, (27 janvier 2001) 11.

financiers prévoit explicitement que le fournisseur doit avertir le consommateur de l'existence d'un fonds de garantie<sup>220</sup>.

Par ailleurs, l'article 39 de *Loi modifiant la Loi sur les agents de voyages et la Loi sur la protection du consommateur*<sup>221</sup> prévoit que « [l]es actifs et les passifs des fonds de cautionnement collectif des agents de voyages sont transférés à un fonds institué par règlement à des fins d'indemnisation de clients d'agents de voyages à la date, aux conditions et de la manière déterminées par le gouvernement »<sup>222</sup>. Puisqu'il est permis de considérer que l'approche du législateur québécois se justifie par le nombre élevé de plaintes à l'endroit des agents de voyages ainsi que des irrégularités commises par ceux-ci<sup>223</sup>, nous croyons qu'il est légitime de créer un fonds d'indemnisation pour les victimes de fraudes ou d'abus lors d'un achat dans Internet.

Si cette solution semble intéressante, il importe de rappeler cependant que la transmission d'un paiement par le réseau Internet représente un obstacle majeur pour son développement dû aux nombreux cas de fraudes et, en particulier, aux substitutions de numéros de cartes de crédit<sup>224</sup>. Il semble que les fraudes de cartes de crédit par Internet représentent 1,1 %, par rapport à 0,026 % pour les mêmes

---

220. *Supra*, note 128, art. 3(4)(b).

221. L.Q. 2002, c. 55.

222. Un comité consultatif sera également créé pour la constitution du fonds d'indemnisation : art. 39(2). Un fonds de garantie pour les voyageurs existe également en Suisse et en Belgique. Voir : Fondation du fonds de garantie légal de la branche suisse du voyage, en ligne : <http://www.garantiefonds.ch/garantif.htm> et Fonds de garantie voyages (Belgique), en ligne : <http://www.garantiefonds-reizen.be>.

223. Les enquêtes contre les agents de voyages se situent au 3<sup>e</sup> rang (10 % ou 42 plaintes sur un total de 423), derrière la publicité et les pratiques de commerce (41 % ou 175 plaintes sur un total de 423) ainsi que le secteur du crédit (31 % ou 133 plaintes sur un total de 423). À titre de comparaison, les enquêtes contre les studios de santé, le secteur de l'automobile et les commerçants itinérants ne représentent que 3,5 % (15 plaintes sur un total de 423), 3,1 % (13 plaintes sur un total de 423) et 2,8 % (12 plaintes sur un total de 423) respectivement. À ce sujet, voir notamment : Office de la protection du consommateur, *Rapport de gestion 2001-2002, 2002*, pp. 29, 57-58, en ligne : [http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/rap\\_annuel/3046\\_e.pdf](http://www.opc.gouv.qc.ca/publications/rap_annuel/3046_e.pdf).

224. La décision *Banque Laurentienne du Canada c. Abdul-Wahab*, *supra*, note 111, représente un exemple éloquent de cette situation.

types de transactions hors Internet<sup>225</sup>. Bien que les articles 123 et 124 de la *Loi sur la protection du consommateur* limitent à 50 \$ la responsabilité d'un titulaire lors d'une perte ou d'un vol, les consommateurs demeurent réticents à payer leurs achats en ligne. Cette situation s'explique simplement. Habituellement, un titulaire de carte de crédit est rarement victime d'une fraude et, le cas échéant, une institution financière se montrera coopérative pour lui fournir une nouvelle carte de crédit. Les cas de fraudes dans Internet étant de loin supérieurs à la situation traditionnelle, de quelle manière une institution financière réagira-t-elle face à un consommateur qui serait victime d'une fraude par Internet à quelques reprises au cours de la même année? En pratique, le danger n'est pas immédiat, mais il est latent et il se révélera après quelques cas de fraude au cours d'une courte période de temps. Le cas échéant, il est possible qu'une institution financière se montre timide, voire réticente, à fournir un nouveau numéro de carte de crédit à ce consommateur.

Pourvu de bonnes intentions, le législateur demeure impuissant à résoudre seul cette épineuse question. La solution est hybride, soit partiellement technique et juridique. Il faut d'abord convenir qu'il est impossible d'enrayer totalement la fraude, mais qu'il est possible de la diminuer. Le volet technologique est en partie résolu par l'utilisation de la cryptographie asymétrique. Cette méthode permet l'utilisation d'un moyen relativement efficace tant pour identifier une partie à une transaction électronique que pour assurer une transmission en sécurité de l'information. Il serait même possible dans certains cas de coupler cette technologie avec la biométrie pour diminuer les usurpations d'identité. Puisque la cryptographie nécessite l'utilisation d'un intermédiaire de confiance, les droits et les obligations de ce dernier sont maintenant réglementés dans plusieurs juridictions, dont au

---

225. D. BEAU, C. MARTIN, « La sécurité des moyens de paiement sur Internet », (Février 2002) 98 *Bulletin de la Banque de France* 37 à la p. 40. Notons que les statistiques sur les fraudes bancaires sont très difficiles à obtenir, puisque les banques sont réticentes à dévoiler les infractions commises par des pirates de l'informatique.

Québec<sup>226</sup>. Il convient également de mentionner d'autres développements technologiques, tels le protocole *Secure Electronic Transaction* — mieux connu sous l'acronyme de SET — et la création de « labels » ou de sceaux de certification, à l'image de normes standards émises par des organismes telle l'Organisation internationale de normalisation<sup>227</sup>.

Afin d'assurer la confiance du consommateur, l'article 8 de la Directive 97/7/CE sur les contrats à distance<sup>228</sup> ainsi que l'article 8 de la Directive 2002/65 sur les services financiers<sup>229</sup> prévoient qu'en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte, le consommateur peut demander l'annulation du paiement auprès de l'émetteur et exiger que les sommes soient recréditées. Cette alternative est très attrayante pour permettre aux consommateurs d'avoir confiance dans le commerce électronique<sup>230</sup>. Cette solution comporte certains inconvénients, puisque après tout, l'émetteur d'une carte agit comme l'assureur d'un consommateur<sup>231</sup>. Au Canada, le Manitoba et la Saskatchewan permettent qu'un consommateur demande à un émetteur de lui rembourser les frais de

---

226. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, supra, note 41, art. 47-62. Une analyse approfondie de cette question dépasse le cadre de notre étude. Pour une revue comparée en droit américain, européen et canadien, voir généralement : M. LACOURSIÈRE, « La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique : impact des autorités de certification », (2001) 42 *C. de D.* 961.

227. D. BEAU, C. MARTIN, *loc.cit.*, note 225, p. 44 et 46; A. SALAÛN, « Les paiements électroniques au regard de la vente à distance », (1999) *Droit de l'informatique et des télécoms* 19, pp. 27-28.

228. *Supra*, note 14. Plus précisément, la Commission économique et monétaire est d'avis que :

« La Commission devrait apporter un soutien accru à la mise au point de méthodes visant à réduire l'ampleur de la fraude occasionnée par les transactions en ligne, notamment de techniques d'authentification et d'identification. Un cadre législatif conférant au consommateur le droit d'être remboursé par les émetteurs de cartes de paiement en cas de transaction non autorisée ou de non-livraison serait acceptable dès lors qu'il vaudrait pour tous les types de cartes de paiement et s'accompagnerait de mesures visant à réduire les possibilités de détournement du système. Une législation de cette nature est déjà en vigueur au Royaume-Uni et aux États-Unis. »

229. *Supra*, note 128.

230. Cette solution est également adoptée par la doctrine : N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *Droit bancaire*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1999, pp. 521-523.

231. A. SALAÛN, *loc.cit.*, note 227, pp. 26-27.

crédit en cas d'annulation d'un contrat en ligne<sup>232</sup>. À nos yeux, il est nécessaire que le législateur québécois accorde à un consommateur, non seulement la permission de se faire rembourser les frais de crédit chargés par un émetteur de carte de crédit, mais de pouvoir se faire rembourser le montant d'un achat auprès d'un commerçant lorsque ce dernier refuse d'obtempérer à la suite de la résolution d'un contrat conclu en ligne. Loin de paraître théorique et utopique, cette solution, prônée par la professeure Nicole L'Heureux<sup>233</sup>, peut être aisément réalisée en pratique. En effet, une institution financière devant rembourser un consommateur pourra tout simplement renverser les écritures comptables dans le compte d'un commerçant, comme cela se produit déjà à l'heure actuelle lorsqu'elle soupçonne un commerçant d'être partie à une fraude<sup>234</sup>. Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que le développement d'un système de virement bancaire adapté à Internet serait préférable à l'utilisation de la carte de crédit, comme le démontre une expérience finlandaise<sup>235</sup>.

En plus de cette solution, il est primordial, d'une part, que l'O.P.C. et les organismes de protection du consommateur sensibilisent et éduquent les consommateurs quant à leurs droits fondamentaux et, d'autre part, que ces organismes sensibilisent les entreprises quant à l'importance de prévoir des modalités de retour de marchandise et de remboursement dans les sites Web<sup>236</sup>.

---

232. *Loi sur la protection du consommateur, supra*, note 125, art. 134; *An Act to amend The Consumer Protection Act, supra*, note 126, art. 75.81.

233. N. L'HEUREUX, É. FORTIN, *op. cit.*, note 230, pp. 521-523.

234. *Pesoexpress Systems Inc. c. Internetsecure Inc., supra*, note 110. Cette solution pourrait également être mise en œuvre par un émetteur qui n'est pas une institution financière ou une institution de dépôt, puisque le cas échéant, cet émetteur fait directement affaire avec une telle institution.

235. J. ALLIX, « La politique communautaire dans le domaine des moyens de paiement : l'espace unique de paiement », (2000) *R.E.D.C.* 337 à la p. 357.

236. Il convient de noter que certaines entreprises offrent volontairement une politique de retour de la marchandise dans un délai de trente jours.

## CONCLUSION

La raison d'être de la timidité des consommateurs envers le commerce électronique est due aux lacunes de la sécurité technique et juridique des transactions en ligne. Cette analyse a, en effet, permis de constater qu'il est nécessaire de protéger les consommateurs, tant lors de la phase précontractuelle que lors de celle de son exécution.

Au moment de la formation du contrat, il existe une ambiguïté quant à la qualification juridique de la notion de sollicitation de l'offre en ligne. Cette question est importante puisqu'elle conduit à l'application ou non de la réglementation sur les contrats à distance. De plus, l'acceptation des contrats électroniques par le biais d'un simple clic conduit à privilégier l'application d'un formalisme particulier pour s'assurer de la manifestation claire du consentement du consommateur.

Un autre obstacle soulevé par le problème de la formation des contrats en ligne découle du fait que les informations préalables dispensées aux consommateurs sont souvent incomplètes ou difficiles d'accès. Quelques lois canadiennes et européennes, ainsi que les lignes directrices canadiennes visant la protection des consommateurs en ligne — inspirées de l'OCDE — exigent maintenant que les commerçants fournissent des informations préalables dans leur site WEB. Ce cadre réglementaire et normatif permet également aux consommateurs de se rétracter sans aucune raison dans un certain délai. Pour le moment, cet éventail de protection est ignoré par le législateur québécois.

L'exécution du contrat conclu par Internet soulève encore des difficultés en ce qui a trait au paiement et à la livraison. Plusieurs études ont, en effet, démontré que les consommateurs craignent d'abord et avant tout d'être confrontés à une fraude en transmettant leur numéro de carte de crédit par l'entremise d'Internet. Le problème est très important, car même en l'absence d'une fraude, il peut être très difficile pour un consommateur d'être remboursé lors du retour de la marchandise. Les consommateurs appréhendent également les problèmes d'absence totale ou partielle de livraison, sans compter les longs délais de livraison.

Les développements juridiques exposés dans cet article permettent de proposer les recommandations suivantes :

1. considérant la difficulté pour un consommateur de transmettre un consentement valide et réfléchi lors d'une transaction en ligne, il convient de réglementer spécialement les contrats conclus en ligne par la *Loi sur la protection du consommateur* afin de renforcer le formalisme entourant la conclusion de ces contrats;
2. considérant la possibilité d'utiliser une signature électronique et/ou des documents sur un support électronique pour les transactions par Internet, il est suggéré que ces nouvelles technologies soit acceptées pour les nouveaux contrats conclus par Internet réglementés spécialement par la *Loi sur la protection du consommateur* et ce, notwithstanding les dispositions de l'article 23 de la *Loi sur la protection du consommateur* et des articles 2, 29 et 101 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*<sup>237</sup>;
3. considérant le comportement des commerçants en ligne, il est nécessaire d'exiger de la part de ceux qui désirent transiger avec des consommateurs québécois qu'ils fournissent des informations préalables dans leur site Internet, à savoir :
  - a. leurs coordonnées : identité, adresse postale;
  - b. les restrictions géographiques;
  - c. la description exacte des produits et services;
  - d. les modalités de protection des renseignements personnels;
  - e. les conditions de ventes, incluant les renseignements relatifs à la livraison;
  - f. les politiques de retour de la marchandise et, le cas échéant, les modalités de remboursement;
  - g. les modalités de paiement, y compris les mécanismes de sécurité;
4. considérant les dangers inhérents aux contrats à distance et, particulièrement les contrats conclus par Internet, il est nécessaire d'accorder une période de dix jours à partir de la conclusion du contrat afin de permettre au consommateur

---

237. *Supra*, note 41.

- qui transige par Internet de se rétracter, cette période étant portée à un an si des conditions similaires à l'article 59 de la *Loi sur la protection du consommateur* qui concernent les commerçants itinérants sont rencontrées;
5. considérant la pratique commerciale des commerçants d'exiger le paiement avant la livraison, nous suggérons :
- a. l'utilisation d'un fonds de garantie;
  - b. lorsque le commerçant refuse, à la suite de la résolution d'un contrat conclu en ligne, de rembourser le consommateur qui a transmis son numéro de carte de crédit en ligne pour l'achat d'un bien ou d'un service, qu'il soit nécessaire de permettre à ce dernier de se faire rembourser auprès de l'émetteur de sa carte de crédit;
  - c. la sensibilisation et l'éducation des consommateurs;
  - d. la sensibilisation et l'éducation des commerçants pour les inciter à adopter des politiques de retour de marchandises et de remboursement.

Charlaine Bouchard  
Faculté de droit  
Université Laval  
QUÉBEC (Québec) G1K 7P4  
Tél. : (418) 656-2131 poste 6949  
Télec. : (418) 656-7230  
Courriel : [Charlaine.Bouchard@fd.ulaval.ca](mailto:Charlaine.Bouchard@fd.ulaval.ca)

Marc Lacoursière  
Faculté de droit  
Université Laval  
QUÉBEC (Québec) G1K 7P4  
Tél. : (418) 656-2131 poste 3855  
Télec. : (418) 656-7230  
Courriel : [Marc.Lacoursiere@fd.ulaval.ca](mailto:Marc.Lacoursiere@fd.ulaval.ca)