

Les 7 péchés de la L.p.c. : actions et omissions applicables au commerce électronique*

Vincent GAUTRAIS** et Adriane PORCIN***

Résumé

«Encore des mots toujours des mots, les mêmes mots.» Malgré de bonnes intentions, la Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances adoptée en 2006 peine à convaincre en matière de commerce électronique. D'actions en omissions, un examen attentif révèle les failles de la législation consumériste appliquée aux technologies de l'information: l'innovation révolutionnaire qu'est le commerce électronique est souvent mieux encadrée par des normes génériques que par des normes spécifiques. Il n'en reste pas moins nombre d'hypothèses où le législateur se révèle d'un soutien indéniable...

Abstract

«Encore des mots toujours des mots, les mêmes mots.» Despite good intentions, the 2006 Act to amend the Consumer Protection Act and the Act respecting the collection of certain debts is not convincing when it comes to e-commerce. Legislator's actions and omissions reveal legal drafting drawbacks when applied to information technology. E-commerce, no matter how revolutionary, is more accurately regulated by generic norms than by specific ones. That is not to say that legislative intervention cannot be relevant in some cases...

* Cette recherche a été rendue possible grâce à une subvention de la Fondation Claude Masse portant sur la « Modification de la Loi sur la protection du consommateur au regard des technologies de l'information ».

** Professeur agrégé, avocat, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Site Internet : www.gautrais.com. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca.

*** Candidate au doctorat, Université de Montréal et Université Montpellier I. Coordinatrice, Centre de recherche en droit public (CRDP), Faculté de droit, Université de Montréal. Courriel : adriane.porcin@umontreal.ca.

Plan de l'article

Introduction.....	563
I. L.p.c. : Péchés par action	563
A. Contrats à distance : une obstination coupable	564
1. Contrat à distance en général.....	564
a. Inapplication généralisée du contrat à distance	565
b. Indéfinition du concept de neutralité technologique	569
2. Contrat formel : où l'on espère par présomption se sauver sans mérite	572
a. Écrit.....	574
b. Double	574
c. Usage du français.....	576
d. Signature	577
B. Contenu contractuel : éloge du vague et crainte de l'article 54.4 L.p.c.	578
1. À une loi trop gourmande	578
2. ... on suggère le Carême	581
II. L.p.c.: Péchés par omission	583
A. Omissions matérielles.....	583
1. Publicité oubliée.....	583
a. Publicité en général	584
b. Publicité par pourriel.....	586
c. Publicité aux enfants.....	587
2. Caractère abusif de certaines clauses.....	590

B. Omission processuelle: pour un encadrement normatif plus évolutif	593
1. Accessibilité des recours	593
a. Recours <i>a priori</i> aux associations de consommateurs	594
b. Arbitrage collectif	596
2. Vers une <i>lex consumatica</i> ?	599
a. Amorce d'un dialogue	600
b. Exemple des recommandations sur les clauses abusives.....	601

En décembre 2006, la *Loi sur la protection du consommateur*¹ (ci-après « L.p.c. ») a innové en offrant des adaptations majeures afin que cette loi de près de 30 ans soit davantage en conformité avec la réalité commerciale, et tout particulièrement la réalité électronique. Nous avons déjà dit que les modifications apportées par le projet de loi 48 étaient fort pertinentes ; pertinentes mais peut-être pas suffisantes. Aussi, cet article constitue la suite d'un précédent que nous avons déjà publié² et vise à analyser si davantage devrait être entrepris afin de sécuriser le marché électronique.

Si les quelques lignes qui suivent ne militent pas systématiquement pour une intervention massive sur le plan législatif, considérant qu'en fin de compte, sans jeu de mots, l'innovation révolutionnaire qu'est le commerce électronique est souvent plus apte à s'adapter à des normes génériques qu'à des normes spécifiques au commerce électronique, il est des hypothèses où le législateur peut être d'un soutien indéniable. Aussi, nous quitterons le point de vue très globalement positif de notre article précédent, pour identifier certaines failles susceptibles de compromettre la qualité des normes relatives au commerce électronique de consommation. Quelques péchés donc qui se matérialisent soit par des actions qui nous apparaissent, en toute déférence, maladroites (Partie I), soit par des silences que nous aurions aimé voir comblés (Partie II).

I. L.p.c. : Péchés par action

Dans les apports récents modifiant la L.p.c., il est deux éléments qui nous semblent poser problème. Le premier découle du projet de loi 48 lui-même qui, par souci de protection, a voulu étendre la protection renouvelée à l'ensemble des contrats à distance, sans

¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »), modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, c. 56 (ci-après « projet de loi n° 48 »), entré en vigueur le 14 décembre 2006, sauf l'article 1, entré en vigueur le 1^{er} avril 2007, en vertu de l'article 18, à l'exception des articles 3, 5, 9 et 10 entrés en vigueur le (décret)

² Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 105, disponible en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/econsommation15062007.pdf>>.

distinction du mode de communication (A). Le second est le fruit du règlement d'application de la L.p.c. qui, près d'un an après l'adoption du projet de loi, a mis en place des mesures plus précises pour l'application de la première. Précisément, le règlement vint encadrer la conclusion de contrat formel qui préalablement ne pouvait se faire qu'en utilisant le papier. Or, ces changements s'opèrent selon nous au détriment de la protection du consommateur (B).

A. Contrats à distance : une obstination coupable

Mais commençons par ce concept de contrat à distance ; un concept qui ne s'impose pas dès lors que l'on souhaite l'appliquer à l'ensemble des technologies de l'information, lesquelles présentent bien des différences (1). Aussi, nous sommes pour le moins critiques d'une notion qui serait susceptible de s'appliquer du téléphone à Internet, en passant par une signalétique papale utilisant des « signaux de fumée ». Les technologies ne sont pas neutres, en dépit de la notion de neutralité technologique qui « sévit » en droit québécois, avec beaucoup d'imprécision (2).

1. Contrat à distance en général

Péché numéro 1. La loi et les juristes sont souvent décrits comme luttant péniblement pour rattraper les avancées de la technologie³. L'apparition de nouveaux outils techniques génère en effet de nouvelles pratiques et de nouvelles possibilités que la plupart des textes existants ne sont pas en mesure de prendre en compte adéquatement au moment où elles émergent. Le législateur se retrouve alors responsable de la délicate tâche d'assurer l'adaptation de la loi au possible⁴.

En matière de contrats, et afin de permettre le développement de nouvelles formes de commerce électronique, les rédacteurs de ces modifications ont poursuivi dans la lignée de la L.p.c. et se sont attardés, non pas aux contrats électroniques – comme ce fut le cas

³ Lyria BENNETT-MOSES, « Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change », *UNSW Law Research Paper No. 2007-21* (2007) 4, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=979861>>.

⁴ *Id.*, p. 12.

dans de nombreuses juridictions⁵ – mais à l'établissement d'un processus contractuel applicable à l'ensemble des contrats à distance. Par cette expression, l'on entend la définition suivante :

« Un contrat à distance est un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat »⁶ (nos soulignements)

Délibérément, la L.p.c. a choisi une certaine forme de neutralité en ne favorisant ni le papier par rapport à l'électronique, ni les différents modes électroniques de communication entre eux, ni en établissant une hiérarchie ou un « pont », d'un support à l'autre. Ce choix ne s'imposait pas et réclame une discussion préalable sur ce principe bien peu maîtrisé de neutralité technologique qui est souvent mis en avant comme un précepte fondateur du droit (b). Mais avant cela, il convient de dire que l'application de ce concept de contrat à distance est loin d'être évidente et va poser des difficultés pour certaines technologies (a).

a. Inapplication généralisée du contrat à distance

Nous l'avons vu, la L.p.c. propose une définition très large du contrat à distance qui, outre les conditions habituelles de l'offre, se base sur la seule « non-présence » physique entre le consommateur et le commerçant. Une définition qui est d'ailleurs passablement plus large que celle que l'on trouve dans l'une des rares sources législatives à utiliser ce concept, à savoir la *Directive européenne sur les contrats à distance*⁷. En effet, cette dernière considère le contrat comme conclu à distance dès lors que le commerçant « utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance »⁸.

⁵ Par exemple, la France et l'Ontario, comme la plupart des provinces de *common law* au Canada, etc.

⁶ L.p.c., art. 54.1.

⁷ *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* (ci-après « Directive européenne sur les contrats à distance » ou « Directive européenne »), disponible en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:FR:HTML>>.

⁸ *Id.*, art. 2 (1) : « “contrat à distance” : tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur,

Ainsi, la définition québécoise entend, par sa généralité, s'appliquer à un grand nombre de situations ; une variété qui a été quelque peu limitée dans le Règlement d'application⁹ – dans la foulée du projet de loi 48¹⁰ – qui prévoit quelques exceptions liées au mode de communication : sont par exemple cités les distributrices ou les guichets automatiques, les bornes de stationnement, certaines formes de téléphonie comme celles à partir des bornes publiques¹¹. Notons que toutes ces exceptions sont pour la plupart mentionnées dans la Directive européenne¹².

Ces exceptions s'imposent, étant donné la généralité du concept, mais ne nous semblent pas toujours faciles à appliquer. Par ailleurs, cette approche est généralement différente de celle utilisée dans les autres provinces canadiennes. En effet, autant que nous sachions, le concept de contrat à distance n'est pas utilisé¹³, les autres provinces ayant préféré une approche moins neutre sur le plan technologique en optant pour un encadrement propre au médium électronique, voire à Internet. La *Loi sur la protection du consommateur* ontarienne¹⁴, modifiée en 2002, évoque les conventions électroniques¹⁵. Les lois sur la protection du consommateur du Manitoba¹⁶ et de la

qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

⁹ *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., 1981, P-40.1, r. 1 (ci-après « Règlement d'application »), modifié par le *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, (2007) 139 G.O. II, 4779B, art. 3 (Décret 1042-2007, 28 novembre 2007).

¹⁰ Préc., note 1.

¹¹ *Règlement d'application*, art. 6 et suiv.

¹² *Directive européenne sur les contrats à distance*, préc., note 7, art. 3 s'intitulant « Exceptions ».

¹³ Voir, par exemple, le *Business practices and consumer protection Act*, S.B.C. 2004, c. 2, en ligne : <http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/B/04002_04.htm#section47>. La loi de la Colombie-Britannique prévoit des dispositions particulières, d'une part, pour le contrat à distance (art. 46 à 52) et, d'autre part, pour le contrat à distance en format électronique (art. 47).

¹⁴ *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, c. 30, en ligne : <http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/French/02c30_f.htm>.

¹⁵ *Id.*, art. 37 et suiv.

¹⁶ *Electronic Commerce and Information, Consumer Protection Amendment and Manitoba Evidence Act*, Manitoba, 2000, c. 32, art. 127 et suiv., en ligne : <<http://www.canlii.org/mb/legis/loi/c-200/20060220/tout.html>>.

Saskatchewan¹⁷ ont opté plutôt pour les contrats par Internet. La Colombie-Britannique, nous l'avons vu, a développé quant à elle une vision autre, mais prévoit comme dans les autres cas un régime propre à l'électronique avec les « Distance sales contract in electronic form »¹⁸. Mais cet état des lieux doit également citer le *Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet*¹⁹ provenant du gouvernement du Canada, d'autant qu'il a inspiré directement plusieurs lois canadiennes, dont le projet de loi 48²⁰. Or, comme son titre l'indique, il cible Internet et vérifie la pertinence des exigences au regard de ce seul médium. Même approche en Europe où, si les premières mentions de ce type de contrat faisaient référence aux contrats à distance²¹, ce qui se comprenait bien étant donné qu'Internet n'existait pas encore ou était encore balbutiant, la déferlante électronique fut telle, avec ses spécificités propres, que plusieurs pays introduisirent des règles complémentaires pour les ventes au consommateur en ligne²².

Dans l'immense majorité des cas, on prévoit donc un régime propre au médium électronique. À cet égard, le Québec fait preuve d'une spécificité assez unique en utilisant le régime englobant de contrats à distance, et ce, sans apporter de spécificités au médium électronique. Plus exactement, la L.p.c. propose un régime prévu pour l'électronique, mais applicable à l'ensemble des contrats à distance. Cette transposition du terme générique à l'ensemble des médiums concernés ne se fera pas sans anicroche.

¹⁷ *Act to Amend The Consumer Protection Act*, Saskatchewan, 2002, c. 16, art. 75.51, en ligne : <<http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/Chapters/2002/chap-16.pdf>>.

¹⁸ *Business practices and consumer protection Act*, préc., note 13, art. 41.

¹⁹ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Modèle d'harmonisation de contrat de vente par Internet*, (2001), en ligne : <[http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/\\$FILE/Sales_Template_fr.pdf](http://consommateur.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/$FILE/Sales_Template_fr.pdf)>.

²⁰ Les notes explicatives du projet de loi n° 48 identifient d'ailleurs clairement que ce Modèle d'harmonisation fut la source d'inspiration première de cet amendement législatif.

²¹ *Directive européenne sur les contrats à distance*, préc., note 7.

²² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après « LCEN »), J.O. n° 143 du 22 juin 2004, page 11168. Voir aussi la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* (« directive sur le commerce électronique »), *Journal officiel* n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016.

En effet, cette volonté de recourir à un régime protecteur applicable à des contrats de consommation où les personnes ne sont pas en présence l'une de l'autre ne va pas manquer d'avoir des conséquences sur la mise en œuvre des dispositions substantielles en cause.

La première conséquence qu'il importe d'identifier quant à la perpétuation du terme « contrat à distance » tient au fait, comme mentionné plus tôt, qu'il faille forcément prévoir des exclusions d'application. Si un certain nombre a déjà été évoqué, il est tout à fait possible de croire qu'à l'avenir, et au gré des avancées technologiques, il faudra en intégrer, par règlement, de nouvelles.

Sans que cela ne soit de la science-fiction, il est déjà possible de contracter par le biais d'un téléphone cellulaire. Or, les nouvelles dispositions relatives aux obligations d'information du marchand énumèrent une liste assez importante d'informations qui doivent obligatoirement être transmises au consommateur. Cette liste d'une douzaine de renseignements préalables à la conclusion du contrat peut éventuellement se concevoir pour Internet, bien que l'on puisse déjà émettre des doutes quant à sa lisibilité²³. Il est donc facile d'imaginer le caractère pour le moins laborieux de la lecture d'un contrat sur un téléphone ne disposant que d'un écran de très petite taille, tout comme elle peut l'être par téléphone traditionnel où le respect de ces exigences risque d'avoir pour effet d'inonder le consommateur d'informations.

Il ne s'agit pas là de nier que la distance inhérente à un contrat par téléphone, avec ou sans écrit – entendons avec ou sans écran, mette le consommateur dans un état de vulnérabilité justifiant un régime dérogatoire plus protecteur. Le problème tient au fait que les modalités d'une bonne information ne s'organisent pas de la même façon d'un support à un autre. Par exemple, l'alinéa (d) de l'article 54.1 de la L.p.c., demandant que le commerçant divulgue « une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécificités techniques », se comprend aisément dans le cadre d'une transaction par Internet ; mais il risque en revanche d'être difficile à appliquer pour les différents types de contrats téléphoniques : que ce soit les contrats par téléphone traditionnel où plusieurs minutes seront assurément

²³ *Infra*, I. A. 2.

nécessaires pour respecter l'obligation d'information du marchand ; que ce soit par téléphone cellulaire où la lecture sur un écran de quelques centimètres carrés paraît pour le moins hasardeuse. D'ailleurs, la liste que l'on trouve dans la loi québécoise est passablement plus longue que celle que l'on trouve dans la *Directive européenne sur les contrats à distance*²⁴. Elle est en revanche identique, ou presque, à la loi de Colombie-Britannique qui traite également de contrats à distance²⁵ qui, il est vrai, dispose d'un régime distinct entre électronique et autres médiums à distance.

Autre problème potentiel encore causé par l'application de règles prévues pour Internet à des situations correspondant à la situation plus large de contrats à distance, l'article 54.4 *in fine* L.p.c. énonce que leur format doit permettre la conservation et l'impression papier desdits contrats. Là encore, s'il est clair que cela ne s'applique pas aux contrats par téléphone traditionnel, forcément oraux, cela devrait sans doute s'appliquer à ceux conclus par le biais d'un cellulaire, ce qui est loin d'être technologiquement possible.

b. Indéfinition du concept de neutralité technologique

En fait, en utilisant ce concept de contrat à distance dans la L.p.c., on pourrait presque affirmer qu'il existe une double neutralité. En premier lieu, on souhaite établir un régime qui reprend des règles qui étaient applicables au papier et qui pourront s'appliquer de la même manière aux transactions par Internet. En second lieu, on souhaite mettre en place des règles qui vont s'appliquer à tous les contrats à distance, et notamment, à toutes les sortes de contrats électroniques, de la même façon.

On peut aussi s'interroger sur la pertinence de règles utilisables pour tous les modes de communication et d'un principe, celui de la neutralité technologique, qui fut d'abord et avant tout uniquement utilisé dans le strict cadre du droit de la preuve²⁶. On peut également s'interroger sur l'adoption d'un principe, nouveau, non défini, non

²⁴ Préc., note 7, art. 4.

²⁵ Préc., note 13, art. 46.

²⁶ Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer*: dommage! », (2007) 37 *R.G.D.* 6, par. 26 et 27.

issu du droit et adoubé en dogme tout puissant qui puisse s'appliquer à toutes les situations et à tous les contextes²⁷.

Car d'une conception originale très circonscrite dont l'objectif est d'assurer que les lois ne favorisent pas en certains cas une technologie en particulier, le principe de neutralité technologique a glissé vers une conception selon laquelle les technologies doivent et peuvent être régies de la même façon ; à faire penser que les technologies de l'information se régissent identiquement. D'un objectif législatif très ponctuel, fonctionnel, voulant qu'une loi ne soit pas obsolète au gré des avancements technologiques, forcément plus rapides que le droit, la neutralité technologique a voulu que l'on produise des lois qui puissent s'appliquer à tous les modes de communication à la fois. Or, ce n'est pas le cas, et l'exemple de l'exigence informationnelle des marchands à l'article 54.4 L.p.c. est à cet égard une illustration éloquent : pour des fins de protection du consommateur, le législateur précise en profondeur ses obligations d'information en énumérant des mesures particulièrement appliquées à Internet. Mais ces mesures sont-elles également applicables au téléphone cellulaire, au téléphone traditionnel, au catalogue, et bien sûr à d'éventuelles autres formes de communication en devenir ? Faudra-t-il prévoir d'autres exceptions par le règlement d'application ? Si tel est le cas, alors pourquoi conserver la terminologie de contrat à distance ?

La nécessité bien entendue de ne pas freiner l'émergence d'une nouvelle technologie mériterait peut être quelques aménagements : tirer de cette équivalence fonctionnelle la règle selon laquelle un contrat électronique doit être considéré comme conclu dans les mêmes conditions qu'un contrat sur support papier équivaut à franchir sans remords les frontières originales des dispositions de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Cela revient en fait à ignorer les spécificités propres au commerce électronique²⁸, au nombre desquelles figurent l'isolement du consommateur, ou encore l'éclatement des supports contractuels. De là à rendre implicitement ces dispositions plus favorables au commerce qu'à la consommation, il n'y a qu'un pas, aisément franchi selon nous par la Cour suprême dans l'arrêt *Dell*²⁹.

²⁷ Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 61.

²⁸ *Id.*, 69.

²⁹ *Id.*, au pt 17.

Aussi, nous croyons que l'encadrement législatif appliqué au développement des nouvelles technologies présente deux caractères dignes de mention dès lors qu'on l'applique au droit de la consommation : d'abord, l'évolution rapide génère des incertitudes quant au sens des termes employés dans la loi³⁰, comme on peut le vérifier en matière de portée du formalisme contractuel³¹. Par exemple, nous verrons que les fonctions du double risquent d'être interprétées trop libéralement par le biais de définitions qui veulent en bout de ligne s'assurer que le commerce électronique puisse se faire.

Ensuite, le fait de classer de nouveaux phénomènes dans de nouveaux textes en les intégrant dans des catégories juridiques pré-existantes³² peut amener le législateur à rater sa cible, soit parce que ses visées sont trop larges, soit au contraire parce que certains aspects sont négligés. C'est par exemple le cas lorsque l'on souhaite intégrer un document électronique comme pouvant satisfaire à l'exigence de l'écrit³³. L'objectif de neutralité technologique nous paraît, à cet égard, « surenglobant », pour reprendre l'expression de Lyria Bennet Moses³⁴, en ce sens qu'il a été étendu de manière automatique par le législateur à tous les textes gérant l'utilisation de l'écrit, sans prendre en considération la pertinence de cette extension au cas par cas, ni les fonctions de l'écrit auxquelles les précédents rédacteurs avaient voulu recourir.

Nous plaçons par conséquent pour une restriction du principe de neutralité technologique aux situations où seules les qualités probatoires du document importent : dès lors que l'écrit comporte une dimension symbolique et psychologique, il devrait pouvoir bénéficier d'un régime à part, comme cela était le cas en France dans le

³⁰ L. BENNETT MOSES, préc., note 3, 22 et 23.

³¹ Voir *infra*, sur la fonction du double par exemple.

³² L. BENNETT MOSES, préc., note 3, 28, pour l'exemple de l'écrit et de la signature.

³³ Vincent GAUTRAIS, *Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois*, Rapport commandé par Justice Canada, en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf>.

³⁴ L. BENNETT MOSES, préc., note 3, 36, à propos du caractère « sur-englobant » ou « sous-englobant » des lois.

domaine des contrats de consommation qui étaient effectués *ad validitatem*³⁵.

En définitive, la sagesse législative exige que les lois soient en accord avec la « réalité vivante »³⁶ qu'elle se doit d'encadrer ; elle doit bien sonder les différences que présente chaque technologie et contrer la tendance lourde qui consiste à les aplanir. Les lois ne sont donc pas forcément « future proof »³⁷ et doivent s'assurer d'être en phase avec les changements. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le législateur légifère « trop » et suit une approche par trop « bavarde » en conditionnant, et limitant, la possibilité interprétative des juges. Des juges qui ont en effet toujours eu à interpréter le droit face à la nouveauté et qui sont d'autant plus contraints de le faire quand la loi les y empêche par trop de précision. Des juges qui l'ont d'ailleurs souvent fait en faisant preuve de l'ouverture que l'on se doit d'avoir à l'égard des technologies³⁸.

2. Contrat formel : où l'on espère par présomption se sauver sans mérite

Péché numéro 2. La L.p.c. protège certains types de contrats par le biais d'un encadrement spécifique et supposé plus protecteur. Tel est le cas par exemple, des contrats de vente d'automobiles³⁹, des contrats à exécution successive passés avec des studios de santé⁴⁰, ou encore des contrats de crédit⁴¹. Disséquons plus avant ce dernier exemple, afin de bien discerner les impacts de la législation sur la neutralité technologique une fois combinée aux régimes spéciaux de la L.p.c.

³⁵ Le contrat de cautionnement bénéficie par exemple d'un régime très protecteur : l'article L. 341-2 du *Code de la consommation* prévoit en effet que l'absence de certaines mentions manuscrites ou que l'engagement du consommateur ne sera pas valide.

³⁶ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 57.

³⁷ L. BENNETT MOSES, préc., note 3, 62.

³⁸ Voir la discussion sur le blogue juridique à cet égard dans Vincent GAUTRAIS, « Calme-toi la Loi ! », en ligne : <<http://www.gautrais.com/Calme-toi-la-Loi>>.

³⁹ Art. 158 L.p.c.

⁴⁰ Art. 199 L.p.c.

⁴¹ Art. 80 L.p.c.

Il nous semble important de rappeler que le récent changement opéré par l'introduction de l'article 6.3 dans le Règlement d'application de la L.p.c. a pour effet de diminuer la protection pour les contrats à distance par rapport à leur équivalent papier. En effet, cet article prévoit :

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

Pour ce qui relève des précisions relatives à l'écrit, la mise en corrélation de la L.p.c. et de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (ci-après « L.c.c.j.t.i. ») conduit, selon nous, à un recul de la protection du consommateur. En effet, la notion de document qui figure dans la L.c.c.j.t.i. est tellement large⁴² qu'elle crée une obligation à géométrie variable⁴³, bien loin du formalisme et de la solennité qui sont l'apanage traditionnel du support papier. Car la question ici n'est pas celle de la valeur du support, mais plutôt celle de son impact psychologique : le consommateur sera ainsi beaucoup plus conscient de l'importance et du caractère contraignant de son engagement s'il passe par une signature manuscrite⁴⁴. Or la L.c.c.j.t.i. évacue totalement la dimension symbolique du papier et son rôle de garde-fou pour les consommateurs.

En pratique, son objectif de neutralité technologique est réalisé aux frais du consommateur, souvent leurré par l'aspect convivial des sites Internet. Ces travers peuvent être identifiés en analysant

⁴² L'article 3 de la L.c.c.j.t.i. définit le document comme « constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images » : cette définition ne discrimine donc pas selon le support ou la nature de l'information : il peut s'agir d'images, de sons, de symboles... ou de tout mode d'écriture. Le résultat de sa combinaison avec l'article 71 de la L.c.c.j.t.i., qui l'étend à toutes les autres lois en listant tous ses synonymes possibles, en devient vertigineux.

⁴³ V. GAUTRAIS, préc., note 27, 100.

⁴⁴ *Id.*, 87, sur la « réalité communicationnelle » des contrats par clic.

au cas par cas quatre formes protectrices aujourd'hui remises en cause, tant dans le cas du contrat de crédit, sur lequel nous allons baser notre illustration, que dans d'autres contrats formels : l'écrit, le double, le français et la signature.

a. Écrit

Selon la L.c.c.j.t.i., un écrit peut être électronique ou papier, dès lors qu'il satisfait au critère d'intégrité⁴⁵. Seulement, l'intégrité est un concept qui répond très bien à la fonction de preuve que l'écrit a généralement⁴⁶, mais nullement à l'aspect symbolique de prise de conscience qu'il peut éventuellement revêtir. Or, cette fonction semble présente dans la L.p.c. et dans son règlement d'application. Par exemple, l'article 26 du Règlement d'application relatif au contrat de crédit dispose explicitement que :

« Ce contrat doit être rédigé sur du papier Bond numéro 7 d'une pesanté de 11,8 kg aux mille feuilles de 432 mm × 559 mm ou sur du papier d'une qualité supérieure.

S'il est rédigé recto verso, il doit comporter, au bas du recto de chaque feuille, en caractères majuscules d'une grosseur minimale de 14 points, la mention et l'encadrement suivants : [...] ».

Lorsque l'on compare son niveau de détail avec celui des articles 54.4 et 54.7 de la L.p.c., il paraît douteux que ces derniers compensent réellement cette perte de formalisme⁴⁷, et ce, même s'ils visent à garantir l'information correcte du consommateur.

b. Double

Le nouveau règlement s'exonère quant à lui du double selon un calcul qui nous semble également découler d'une interprétation dou-

⁴⁵ Même si la loi ne comporte pas de définition de l'intégrité, l'article 6 de la L.c.c.j.t.i. prévoit que « L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. » Cette notion a été implantée dans le *Code civil du Québec* à l'article 2839.

⁴⁶ Sur ce dernier point, voir une approche plus critique en matière de preuve : Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 R.J.T. 533, 609, qui constate que la notion d'intégrité a été mal définie et mal intégrée par le législateur, et laisse subsister des doutes quant à son articulation avec la notion plus traditionnelle d'authenticité.

teuse de la neutralité technologique précitée, le tout à la suite d'un processus pour le moins byzantin. Gardons l'exemple du contrat de crédit, qui exige un double comme nous l'avons vu. Ce double a des conséquences importantes en termes de date et de faculté de résolution, conformément aux articles 73, 74 et 75 L.p.c. Or, que devient le double dès lors que le chapitre 2 ne s'applique plus aux contrats à distance ? Il est dans la L.c.c.j.t.i. une disposition qui prévoit, aux articles 72 et 73 :

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

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

Il faut donc analyser la fonction du double de articles 25, 73, 74 et 75 L.p.c. pour savoir si c'est l'article 72 ou 73 L.c.c.j.t.i. qui s'applique, et par voie de conséquence, l'article 12 ou 16 L.c.c.j.t.i. Première situation, si le double a pour objet d'être la source première d'un document, alors, selon 12 al. 1 L.c.c.j.t.i., il faudra s'assurer du respect de l'intégrité du document et du respect de sa capacité à servir de référence ultérieurement. Seconde situation, si le double a pour objet d'être une copie du contrat, alors, selon 16 L.c.c.j.t.i., il faudra utiliser un « procédé de comparaison permettant de reconnaître que l'information de la copie est identique à celle du document source. »

⁴⁷ Robert A. HILLMAN & Jeffrey J. RACHLINSKI, « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », (2002) 77 *N.Y.U. L. Rev.* 429, 479 : « In fact, businesses probably have more avenues for tinkering with the presentation format of their electronic boilerplate. Businesses can collect information as to which presentation formats induce or deter businesses from visiting the link to the "terms and conditions" of their agreements. (...) Just as businesses utilize fine print and hidden terms in the paper world to increase the costs of finding and reading terms, a certain method of presentation of the terms and conditions can also discourage users from reading the boilerplate ».

Cet exemple le montre, rechercher la fonction d'un document revient parfois à chercher le « sexe des anges ». Selon nous, à la lecture de l'article 25 L.c.c.j.t.i., le double aurait d'abord pour fonction d'être envisagé comme un original, source première d'un document. Dans ce cas, intégrité et référence ultérieure sont donc de mises. Nous ne pouvons qu'imaginer que le législateur a sous-entendu que les dispositions de la L.p.c., telles que les articles 54.5 (sur le formalisme associé à l'avant-acceptation), 54.6 (sur la constatation par écrit) et 54.7 (sur la transmission d'un exemplaire d'un contrat) équivalaient au double de l'article 25. C'est sans doute le cas, même si le papier a encore aujourd'hui un symbolisme qui demeure, en bien des cas, source de protection.

Mais le problème n'est pas fini pour le double, du moins pour celui de l'article 73 L.p.c. qui prévoit :

« 73. Un contrat de prêt d'argent et un contrat assorti d'un crédit peuvent être résolus sans frais ni pénalité, à la discrétion du consommateur, dans les deux jours qui suivent celui où chacune des parties est en possession d'un double du contrat. »

La question se pose alors de la définition du terme possession (que l'on retrouve aussi à l'article 33 L.p.c.) dans un environnement électronique. Elle nous apparaît devoir être comprise ici comme la détention physique d'un document accentuant la portée symbolique de l'opération. Cette possession est-elle comparable à celle de l'article 54.7 L.p.c. et l'obligation de transmission du contrat ? Le doute est de mise : ces articles ne permettent pas au consommateur de réfléchir au-delà du processus de cliquage compulsif d'icônes, et de prendre totalement conscience de son engagement. Encore une fois le papier est plein de vertus, au demeurant d'une efficacité redoutable, que l'électronique n'a pas ou n'est susceptible d'avoir qu'en complexifiant indûment les façons de faire.

c. Usage du français

Encore plus incompréhensible est la disparition, avec le chapitre 2, de l'article 26 L.p.c. quant à l'usage du français. Certes, la *Charte de la langue française*^{47.1} s'applique, mais son article 5 sur le droit des consommateurs ne nous apparaît pas aussi protecteur que l'article 26 L.p.c., tant pour la possibilité qu'il offrait d'annuler le

^{47.1} L.R.Q., c. C-11.

contrat qu'avec sa liberté de choisir en « cas de divergence entre les deux textes, l'interprétation la plus favorable au consommateur ».

d. Signature

Notre dernière interrogation porte sur la nécessité d'exonérer les contrats formels conclus à distance de mesures plus rigoureuses que, notamment l'article 28 L.p.c. exigeait – et exige encore – pour les contrats conclus autrement qu'à distance. L'article 28 précise en effet que :

« La signature des parties doit être apposée sur la dernière page de chacun des doubles du contrat, à la suite de toutes les stipulations ».

Mais l'article 2827 C.c.Q. ne requiert nullement ceci. Cette formalité propice à une meilleure information disparaît donc⁴⁸. Plus exactement, c'est l'exigence même de signature qui disparaît. Seulement, l'article 54.5 L.p.c. prévoit qu'« [a]vant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs. » Encore une fois, il est douteux qu'une telle disposition constitue réellement un équivalent à l'article 28 L.p.c. et plus généralement au chapitre 2 de la L.p.c.

Sur le plan social, permettre l'électronisation à tout crin, de tout type d'acte juridique, n'est pas forcément un progrès. Et en ce qui concerne notre exemple plus particulièrement, pourquoi favoriser le contrat de crédit ? Le consommateur – dans un sens générique – n'est-il pas assez endetté ? Aussi, était-il si important de lui faciliter la tâche afin de s'assurer que, dans le confort de son salon, il puisse emprunter encore plus ? C'est une question sensible qui apparaît avoir été éludée ici. Dans la mesure où les contrats formels nécessitent, de toute façon, une intervention humaine, nous ne voyons pas l'intérêt d'automatiser au maximum leur conclusion.

⁴⁸ R.A. HILLMAN & J.J. RACHLINSKI, préc., note 47, 481 : « The requirement of a signature is nothing less than the law's signal to consumers that the document in front of them is important and that they should be cautious about agreeing to it. After years of judicial enforcement of electronic agreements, consumers will perhaps become as accustomed to the equal importance of clicking "I agree." It is unclear, however, whether contemporary e-consumers attach the same importance to a mouse click ».

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

B. Contenu contractuel : éloge du vague et crainte de l'article 54.4

Encore des mots toujours des mots, les mêmes mots

Rien que des mots

Des mots faciles des mots fragiles

C'était trop beau

Dalida et Alain Delon⁴⁹

Péché numéro 3. Compte tenu de la distance – physique tout autant que psychologique – de plus en plus importante entre consommateur et commerçant, le contenu des dispositions contractuelles devient prééminent... et d'autant plus ignoré. Afin de remédier à ce problème, le législateur a pris le parti de « goinfrer » le consommateur d'informations obligatoires et autres clauses indispensables (1) au risque, peut-être, de manquer sa cible. Car en toutes choses la modération n'a-t-elle pas meilleur goût ? (2).

1. À une loi trop gourmande...

La mise à la connaissance des informations est souvent considérée comme la seule réponse adéquate à la situation de déséquilibre qui existe généralement entre commerçant et consommateur. Fondée sur un modèle contractuel théorique dans lequel la volonté de contracter des parties repose sur les informations dont celles-ci disposent⁵⁰, et plus généralement sur le principe d'autonomie de la volonté⁵¹, cette perspective repose sur le présupposé selon lequel le

⁴⁹ *Paroles, paroles* ; texte L. CHIOSSO, traduction MICHAËLE, musique G. FERRIO (1973).

⁵⁰ James J. WHITE, « Autistic Contracts », (2000) 45 *Wayne L. Rev.* 1693, 1721 et suiv.

⁵¹ Voir en droit français : Guy RAYMOND, *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 845 (*Information du consommateur*), n° 6 et suiv. (2006), selon lequel l'obligation d'information du consommateur n'est que l'extension du principe d'autonomie de la volonté : plutôt que d'aborder la question en termes de garanties accordées au

consommateur prend connaissance des dispositions juridiques qui lui sont accessibles⁵² avant de contracter.

Fort de cette certitude, le législateur, qu'il soit québécois ou français, a généré une constante inflation des mentions obligatoires et autres informations nécessaires, que les conseillers juridiques des entreprises ont couronnée par un vocabulaire à chaque clause plus abscons. Or, s'il est souhaitable d'informer le consommateur de la façon la plus complète possible, l'accumulation d'informations ne constitue pas forcément la meilleure solution⁵³. Il conviendrait par conséquent de réexaminer le volet relatif aux informations devant être considérées comme obligatoires.

Il existe en effet de nombreuses manières de consommer, mais toutes ne se prêtent pas avec le même bonheur à une surinformation⁵⁴. L'exemple des téléphones cellulaires comme nouvelle plateforme commerciale pose ainsi la question de l'accessibilité des informations obligatoires : compte tenu des dimensions ou encore de la résolution des écrans de téléphone, est-il raisonnable d'imposer la publication de clauses que le consommateur ne sera en pratique pas vraiment

consommateur, le législateur français s'est attaché à remettre les parties à égalité en s'assurant de la qualité du consentement du consommateur. En common law, on a recours à la notion de *devoir de lire* (« duty to read »), voir Shmuel I. BECHER, « Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge that is Yet to be Met », (2008) 45 *Am. Bus. L. J.* (à venir), p. 8, disponible en ligne (SSRN) : <<http://ssrn.com/paper=1016010>>.

⁵² Cette accessibilité recouvrant aussi bien les problématiques d'accès physique aux dispositions contractuelles, que de compréhension par le consommateur.

⁵³ Agathe LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », dans *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2004, p. 597, à la page 605, qui parle de « prodigalité informative ».

⁵⁴ Sur la question de savoir si la publication à l'avance des termes contractuels était de nature à favoriser le consommateur, certains auteurs ont répondu par la négative, en précisant que les biais rationnels, cognitifs ou émotionnels qui existent en matière de consommation en ligne ne disparaissent du simple fait que les conditions contractuelles font l'objet d'une publication plus large : Robert A. HILLMAN, « Online Boilerplate: Would Mandatory Web Site Disclosure of e-Standard Terms Backfire? », dans Omri BEN-SHAHAR (dir.), *Boilerplate The Foundation of Market Contracts*, New-York, Cambridge University Press, 2007, p. 83, à la page 94.

à même de lire⁵⁵ ou bien, osons le dire, que le consommateur ignorera parfois délibérément⁵⁶ ?

Admettons qu'un acheteur prenne le temps de lire le contrat par lequel il est lié avec un commerçant en ligne ; il sera, au mieux, lassé après quelques clauses, car la lecture du jargon généralement employé est à même de refroidir l'impulsion d'achat la plus irrésistible. Admettons alors qu'il fasse preuve d'une persévérance exemplaire. Que peut-il tirer de cet exercice fastidieux ? Bien peu de choses, car il ne pourra pas négocier des conditions différentes⁵⁷. Il pourrait également décider de ne pas contracter, sans pour autant avoir la garantie de trouver des conditions contractuelles plus favorables où que ce soit⁵⁸.

⁵⁵ Rakhi RAJANI & Duska ROSENBERG, « Usable?...Or Not?...Factors Affecting the Usability of Web Sites », *CMC Magazine*, Janvier 1999, en ligne : <<http://www.december.com/cmc/mag/1999/jan/rakros.html>> : Selon une étude réalisée par le centre en information de l'université de Brunel, l'information superflue n'est que source de complexité et empêche l'internaute de voir ce qu'il cherchait même si cette chose est devant lui.

⁵⁶ R. A. HILLMAN and J. RACHLINSKI, préc., note 47, 435 et suiv., listent 6 raisons pour lesquelles le consommateur ne porte pas attention aux dispositions contractuelles sur papier : (1) le vendeur avec qui ils ont des contacts ne veut/ne peut pas modifier les dispositions du contrat, (2) le consommateur ne comprend en général que peu de choses du langage contractuel, (3) les compétiteurs du commerçant emploient de toutes façons un langage similaire, (4) la probabilité que le contrat soit mis en œuvre est minime, (5) la réputation du commerçant le poussera à produire des biens de consommation de bonne qualité et (6) le consommateur s'attend à ce que les juges écrèment les clauses illégales du contrat en cas de problème.

⁵⁷ Aristides N. HATZIS, « An Offer You Can't Negotiate : Some Thoughts on the Economics of Standard-Form Consumer Contracts », en ligne (SSRN) : <<http://ssrn.com/abstract=899008>> (publié en mai 2006, révisé en septembre 2009). Il écrit : « [...] there is no such thing as negotiating a contract if you are a consumer. Most people (including contract law scholars) will never have the chance to negotiate the terms of any contract as buyers, i.e. consumers. ». Voir également Robert A. HILLMAN & Jeffrey J. RACHLINSKI, « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », 77 *N.Y.U. L. Rev.* 429, 435 (2002), rappelant que « the business presents the form on a take-it-or-leave-it basis ».

⁵⁸ Omri BEN-SHAHAR, « The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law », *U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 415* (2008), p. 1 et suiv., disponible en ligne (SSRN) : <<http://ssrn.com/abstract=1162922>> : « Other than lose the excitement about the deal and maybe walk away from it (to what? A better contract?), there is not much individuals can do. Dedicated readers can expect only heartache, which is a very poor reward for engaging in such time-consuming endeavor. Apart from an exotic individual here or there, nobody

Notons enfin que le fait de lister de manière exhaustive des mentions spécifiques se prête mal à l'évolution excessivement rapide tant des technologies que de l'encadrement contractuel qui s'y applique. Il est par conséquent difficile de prévoir quelles seront les mentions qui demain poseront problèmes. Imaginons un juge aux prises avec une mention importante en termes d'informations qui pourraient s'avérer cruciales dans le cadre de l'affaire qui lui est présentée : si elle n'est pas spécifiquement prévue dans la longue liste identifiée par le législateur, il pourra aisément considérer que son absence n'est pas sujette à reproche. Comme cela a déjà été mentionné, il serait préférable de s'en tenir à des dispositions plus floues, et par conséquent, plus susceptibles d'évoluer sans dommage⁵⁹.

2. ... on suggère le Carême

Il conviendrait par conséquent de s'interroger sur la quantité d'informations réellement nécessaires au consommateur. Une avalanche de mentions contractuelles pourrait créer de la confusion, sinon du désintérêt, chez les acheteurs. En ne mettant pas en exergue les points saillants du contrat, et sans préciser préalablement de manière succincte l'étendue des obligations respectives du commerçant et du consommateur, trop d'informations pourraient finalement desservir un contractant moyennement attentif. Il serait, dès lors, peut-être plus prudent de se contenter d'édicter une obligation de fournir un contrat clair et compréhensible, par exemple en généralisant les termes figurant à l'article 54.4 *in fine* L.p.c.⁶⁰, tout en laissant à chaque secteur commercial la faculté d'aménager ses contrats en fonction des contraintes techniques qui lui sont propres⁶¹.

reads. ». Voir également Shmuel I. BECHER, « Asymmetric Information in Consumer Contracts : The Challenge that is Yet to be Met » préc., note 51, p. 9, pour une revue de la doctrine américaine sur la question de la lecture des contrats par les consommateurs.

⁵⁹ L. BENNETT-MOSES, préc., note 3.

⁶⁰ L'article 54.4 L.p.c. dispose : « Le commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur ».

⁶¹ Certains auteurs attirent cependant l'attention sur les risques d'une telle entreprise, voir A. LEPAGE, préc., note 53, à la page 603.

Alors que la L.p.c. insiste beaucoup sur les informations à prendre en compte, elle demeure beaucoup moins précise quant à la manière dont elles doivent être mises en exergue. Et cela sans prendre en considération la propension des commerçants à utiliser des clauses indéchiffrables à la rédaction ampoulée, ou encore à recourir à une organisation labyrinthique du contrat pour diminuer l'attention du consommateur, alors même que le contrat contiendrait toutes les dispositions envisagées dans le projet⁶².

Il nous apparaît par conséquent plus pertinent d'insister sur la clarté, la cohérence et la lisibilité globales du contrat, plutôt que de se focaliser sur une liste d'informations dont la pertinence varierait en fonction des contextes considérés. Des exigences qui pourraient s'appliquer sur ce que nous pourrions appeler « les éléments essentiels du contrat » que le marchand aurait l'obligation de mettre en exergue⁶³. Omri Ben-Shahar suggère ainsi de mettre en place un régime d'information semblable à ce qui existe en matière d'affichage des éléments nutritionnels⁶⁴, car cette méthode a déjà fait ses preuves. Il fait le parallèle entre les informations négatives (graisses et cholestérol), que les vendeurs sont obligés de publier dans un tableau mis en exergue sur l'emballage des aliments, et les dispositions contractuelles défavorables qu'ils ont tendance à enterrer dans les contrats.

⁶² Voir à titre d'exemple cette clause figurant en annexe des conditions générales de vente de Dell : « En outre, les Produits ne peuvent être vendus, loués ou transférés d'une autre manière à, ou utilisé par, un utilisateur final impliqué dans des activités en rapport avec des armes de destruction massive, y compris, mais sans nécessairement s'y limiter, les activités en rapport avec la conception, le développement, la production ou l'utilisation de matériaux nucléaires ou d'armes nucléaires, de missiles ou soutien à des projets de missiles, d'armes chimiques ou biologiques. » Conditions disponibles en ligne : <<http://www1.euro.dell.com/content/topics/topic.aspx/emea/topics/footer/terms?c=fr&cs=frdhs1&l=fr&s=dhs&~lt=popup#privacy>>.

⁶³ O. BEN-SHAHAR, préc., note 58, p. 31 : « There is an essential core to this information, and there is a lot of legal "fluff." [...] And so on, there are probably a handful of essential terms buried in each boilerplate contract. »

⁶⁴ *Id.*, p. 32 et 33 : « Labeling of standard form contract terms can be designed in a similar way: a uniform box in a uniform and prominent place on the package; in it no more than a handful of categories (warranty term, return policy, DRMs, choice of forum), each summarized with standard meaning phrases. »

Cette adaptation des règles de mise à la connaissance du contenu contractuel est d'autant plus importante que, dans la récente affaire *Dell*, la Cour suprême du Canada considère que preuve ne lui a pas été présentée qu'un texte long et complexe puisse donner lieu à l'application de l'article 1436 C.c.Q., notamment sur les clauses illisibles et incompréhensibles⁶⁵.

II. L.p.c. : Péchés par omission

Mais si la L.p.c. peut être critiquée pour certaines de ses innovations, elle peut aussi prêter le flanc à la critique pour ses silences. D'abord, il est certaines matières, peu nombreuses, d'ordre substantiel, qui furent oubliées par le législateur (A). Ensuite, et de manière plus enquiquinante, il est outils processuels qui seraient susceptibles d'une protection effectivement accrue des consommateurs en quête d'accompagnement (B).

A. Omissions matérielles

*Et le mal n'est jamais que dans l'éclat qu'on fait.
Le scandale du monde est ce qui fait l'offense,
Et ce n'est pas pécher que pécher en silence.*

Tartuffe⁶⁶

1. Publicité oubliée

Péché numéro 4. La question de la publicité est notablement absente du projet de loi 48. Si la L.p.c. contenait déjà des dispositions en matière de publicité, transposables aux nouveaux supports, il n'en reste pas moins qu'elles sont, à des degrés divers, susceptibles d'améliorations. Nous envisagerons donc successivement le sort de la publicité en général (a.), de la publicité non sollicitée (b.), et enfin de la publicité destinée aux enfants (c.).

⁶⁵ V. GAUTRAIS, préc., note 26.

⁶⁶ Jean-Baptiste POQUELIN, dit MOLIÈRE, *Tartuffe ou l'Imposteur*, 1669, Acte IV, scène 5.

a. Publicité en général

La publicité est à ce jour régie conjointement par les dispositions de la L.p.c.⁶⁷ et de la *Loi sur la concurrence*⁶⁸. La combinaison de ces deux textes, dans la mesure où leur rédaction est très générale et ne discrimine pas parmi les différents supports publicitaires, permet en théorie d'assurer au consommateur que les informations qu'il reçoit sont fiables. Il conviendrait toutefois de s'assurer que cette protection soit aussi efficace lorsqu'elle concerne des supports électroniques. En effet, bien que la généralité associée à ces dispositions repousse en principe le spectre du vide juridique en matière de communication en ligne, la cyberpublicité diffère de la publicité traditionnelle sur certains points : non seulement elle est polymorphe⁶⁹, subtile et insidieuse⁷⁰, mais elle s'inscrit par ailleurs dans l'instant et l'interactivité, privant le consommateur d'un temps de réflexion salutaire. Le recours aux liens hypertextes « téléporte » en effet le consommateur de site en site, l'amenant de façon presque détournée à

⁶⁷ L.p.c., art. 219 : «Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse au consommateur»; et art 239 : «Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit : a) déformer le sens d'une information, d'une opinion ou d'un témoignage; b) s'appuyer sur une donnée ou une analyse présentée faussement comme scientifique».

⁶⁸ *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 52 (1) : «Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important».

⁶⁹ Marc LACOURSIÈRE, Charlaïne BOUCHARD et Julie MC CANN, «La cyberpublicité : son visage, ses couleurs – Qu'en est-il de la protection des consommateurs?», (2005) 107 *R. du N.* 303, 310.

⁷⁰ Pour une vision complète des formes que peut revêtir la cyberpublicité voir : Éric LABBÉ, «La publicité en ligne», dans Daniel POULIN et al. (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique*, Éditions Thémis, Montréal, 2003, p. 123 et suiv. Aussi, Charles TANGUAY, «Information, Publicité et Méthodes de vente», dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2005, p. 81-87; Éric LABBÉ, «Spamming en Cyberspace: À la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation», (2000) 6-1 *Lex Electronica*; Véronique ABAD, «La collecte sur Internet des données personnelles par les entreprises québécoises dans un but publicitaire», *Droit & Nouvelles Technologies*, en ligne : <<http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/90-1.pdf>> (automne 2002, mis en ligne en mars 2003); Christophe MASSE, «La publicité trompeuse dans le commerce électronique», *Juriscom.net*, 7 mars 2001, en ligne : <<http://www.juriscom.net/uni/etd/06/pub01.pdf#search>>.

visualiser les messages d'autres annonceurs. Il serait donc pertinent, selon nous, non pas de prévoir un nouveau jeu de règles spécifiques au commerce électronique, mais bien de s'assurer que les règles qui existent déjà font l'objet d'une application effective.

À notre connaissance, et dans l'optique d'une application efficace des dispositions actuelles sans distinction de contexte, la solution la plus efficace serait de permettre aux utilisateurs d'Internet de faire clairement la différence entre une publicité et tout autre type de contenu. Ce but pourrait être atteint au moyen de dispositions législatives, à l'exemple de la *Loi française du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*⁷¹, qui prévoit qu'une publicité doit être identifiée clairement comme telle, et impose la publication des informations permettant l'identification de la personne physique ou morale pour le compte de qui la publicité est réalisée :

Art. 20. « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée. »

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

Art. L. 121-15-1. « Les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message ».

Une pareille sorte de disposition qui permettrait en pratique de distinguer nettement un contenu publicitaire de tout autre type de contenu, outre le fait de lutter efficacement contre les formes les plus sophistiquées d'influence sur le consommateur, aurait de surcroît un double avantage. D'abord, elle entérinerait une pratique courante que l'on trouve de manière volontaire sur plusieurs sites. Ensuite, elle mettrait en place une contrainte bien faible auprès des marchands.

⁷¹ LCEN, préc., note 22.

b. Publicité par pourriel

L'un des aspects plus particuliers de la publicité qui s'est trouvé négligé par le projet de loi 48 est la question de la publicité électronique non sollicitée. En effet, et aussi étrange que cela puisse paraître, aucune législation spécifique n'interdit directement l'envoi de pourriels au Québec. La sanction de l'envoi généralisé de courriels ne peut donc être obtenue que par un éventuel recours indirect au *Code Civil*, au *Code criminel*, à la *Loi sur la protection du consommateur*, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* ou encore à la *Loi sur la concurrence*. Cette approche fragmentaire, en ce qu'elle ne permet que des réponses au cas par cas, nous paraît totalement insuffisante. Si par ailleurs il existe un certain nombre de règles informelles⁷² en la matière, ces dernières ont un défaut rédhibitoire : leur mise en application repose sur la seule bonne volonté du commerçant.

Le seul moyen de permettre aux consommateurs de réagir à ce fléau serait d'obtenir que les adresses courriel soient considérées comme des données personnelles par conséquent susceptibles d'être protégées au moyen de l'article 2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*⁷³. Ce texte définit en effet le renseignement personnel comme « tout renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier », incluant donc l'adresse courriel. Cependant, une telle protection ne pourrait être valide que dans l'hypothèse où le courriel contiendrait des données nominatives⁷⁴, telles que *nom.prénom@employeur.ca*. Une adresse comportant des termes génériques telle que *fonction@hotmail.com* ne pourrait bénéficier dans cette optique d'aucune protection.

Il serait bon, par conséquent, de rendre cette protection plus tangible en incluant formellement l'adresse électronique dans les

⁷² *Code de déontologie et normes de pratique de l'Association canadienne de Marketing*, en ligne : <<http://www.the-cma.org/french/downloads/CodeofEthicsFrench06.pdf>>.

⁷³ *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q. c. P-39.1, art. 2.

⁷⁴ Pierre TRUDEL, France ABRAN et Gabriel DUPUIS, *Analyse du cadre réglementaire québécois et étranger à l'égard du pourriel, de l'hameçonnage et des logiciels espions*, Rapport préparé pour la Direction des politiques du ministère des services gouvernementaux du Québec, 2007, p. 55, en ligne : <<http://www.msg.gouv.qc.ca/fr/publications/enligne/securite/pourrielCRDP.pdf>>.

données protégées par la loi applicable sur la protection des renseignements personnels, à l'exemple de ce qui existe déjà en France, où la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* inclut expressément les adresses courriel permettant d'identifier une personne au nombre des données personnelles protégées⁷⁵. Une loi réglementant directement l'envoi de pourriels permettrait également de contrôler l'envoi de courriels depuis l'extérieur du Canada, et serait en cela beaucoup plus adaptée à la réalité du pourriel qui fait peu de cas des frontières. Elle courrait cependant le risque d'être victime du partage de compétences entre les provinces et le fédéral car, ne l'oublions pas, seul le Parlement fédéral canadien est compétent tant en matière de télécommunications que de questions d'ordre interprovinciales ou internationales⁷⁶.

c. Publicité aux enfants

Le dernier aspect de la publicité qui a été mis de côté dans le projet de loi 48 est le volet concernant la publicité destinée aux enfants. *A priori*, la L.p.c. interdit la publicité visant les enfants de moins de 13 ans en des termes très clairs. En effet, l'article 248 prévoit :

« Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans⁷⁷. »

Dans la mesure où cette interdiction est formulée en des termes très généraux, il ne fait aucun doute selon nous qu'elle a vocation à

⁷⁵ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Position sur la prospection par courrier électronique dans le cadre professionnel*, en ligne : <<http://www.cnil.fr/index.php?id=1780>>.

⁷⁶ *Loi visant à empêcher la diffusion sur l'Internet de messages non sollicités*, projet de loi S-2, 3^e sess., 37^e légis. (Can.). Il semble que ce projet de loi soit « mort au bataillon » avec l'arrivée au pouvoir des conservateurs en 2006.

⁷⁷ L'article 249 précise que : « Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment : a) de la nature et de la destination du bien annoncé ; b) de la manière de présenter ce message publicitaire ; c) du moment ou de l'endroit où il apparaît. [...] Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans ».

réglementer également la publicité sur Internet. Or, une étude menée par l'*Union des consommateurs*⁷⁸ a relevé que les sites s'adressant à un jeune public manquaient généralement de transparence quant à leurs buts et n'offraient que des dispositions insuffisantes en matière de sécurité des données personnelles. Compte tenu du nombre de jeunes Québécois utilisant Internet sans surveillance⁷⁹, et compte tenu de la nature des procédés employés par les publicitaires, il s'agirait ici de renforcer l'application d'un mécanisme légal préexistant. Il serait donc important de rappeler explicitement que la publicité en ligne destinée aux enfants de moins de treize ans est interdite. La jurisprudence sur ce sujet est plutôt rare⁸⁰.

Ainsi, lorsque l'article 1 (h) L.p.c. définit tout message publicitaire comme « un message destiné à promouvoir un bien, un service ou un organisme au Québec », il y a lieu de s'intéresser à la fonction du message plutôt qu'à sa forme, afin de pouvoir sanctionner les pratiques de publicité déguisées. Cette disposition devrait selon nous permettre de faire interdire l'apposition d'une marque de commerce dans un décor manifestement destiné à des enfants, suivant en cela l'analyse de la Cour d'appel dans *Paquette c. Crédit Ford du Canada*⁸¹.

⁷⁸ UNION DES CONSOMMATEURS, *Étude sur la protection des mineurs (en particulier des adolescents) dans Internet*, 20 mai 2004, en ligne : <http://consommateur.qc.ca/union/docu/telecom/internet_jeunes.pdf#search=%22publicit%C3%A9%20pour%20les%20enfants%20internet%20consommateur%22>.

⁷⁹ « Ainsi, près des trois-quarts (70 %) des jeunes Québécois disent être seuls la plupart du temps lorsqu'ils naviguent dans Internet. C'est nettement plus élevé que la moyenne canadienne, qui se situe à 50 % ». Ces données ressortent d'une enquête intitulée *Jeunes Canadiens dans un monde branché* réalisée par le Réseau Éducation-Médias, en ligne : <<http://www.media-awareness.ca/francais/recherche/JCMB/index.cfm>>. Les pourcentages proviennent de la Phase I, en ligne : <http://www.media-awareness.ca/francais/ressources/projets_speciaux/sondage_ressources/perspective_eleves/utilisation_internet/faits_saillants/utilisation_internet_quebec.cfm>.

⁸⁰ Il ne faut pas non plus négliger le fait que si la plupart des enfants naviguent en ligne sans supervision de leurs parents, il apparaît peu probable que l'un d'entre eux décide d'intenter des poursuites à l'encontre d'un commerçant peu scrupuleux.

⁸¹ *Paquette c. Crédit Ford du Canada Ltée*, [1989] R.J.Q. 2153 (C.A.). Dans cet arrêt, le juge Richard, à l'opinion duquel les juges Vallerand et Mailhot se rallient, cite les propos de la juge Lajoie dans *Caisses Enregistreuses Ltée c. Majianesi Giovanni*, (1977) C.A. 569 : « La loi de la protection du consommateur est une loi remédialrice qui doit recevoir une interprétation large et libérale, qui a pour but de supprimer des abus ou d'y remédier. » Il conclut ensuite : « C'est donc en faveur du consommateur que le tribunal doit pencher lorsqu'il est en présence d'une disposition ambiguë dans la loi ».

Quant à la question de savoir si la publicité en ligne pourrait bénéficier des exceptions prévues aux articles 88 à 90 du Règlement d'application de la L.p.c.⁸², les commerçants ne pourraient invoquer, à notre avis, que l'exception relative à la publicité éducative⁸³, à la condition bien sûr que le contenu diffusé soit suffisamment distant des produits commercialisés. MacDonald's par exemple, qui fait de la sensibilisation en matière de sécurité, pourrait agir en toute légalité en dépit de l'apposition de son logo dans ses messages. Cela dit, s'il n'y a pas suffisamment de distance entre le produit à vendre et le discours à portée éducative, on contrevient sans aucun doute à la loi. Un exemple patent de cette situation est évoqué dans l'affaire de la « poursuite contre Igor »⁸⁴ : en l'espèce, l'entreprise Saputo utilise un personnage, Igor le gorille, à des fins de publicité et soutient que son message invite à suivre des habitudes alimentaires saines. Les références à la nutrition sont fréquentes sur le site du marchand : une nutritionniste explique par exemple aux parents qu'il est important de bien nourrir les enfants avec des aliments nutritifs. Sauf qu'il nous semble y avoir un problème lorsque le message supposément éducatif est en contravention directe avec le produit lui-même qui contient 10 grammes de sucre pour chaque muffin de 31 grammes. Le message est donc ici beaucoup plus sournois. On dit qu'il faut bien manger, mais on dit aussi que le produit vendu rempli de sucre, de cholestérol et sans valeur nutritive réelle permet de remplir cet objectif lorsque associé à un fruit et à un verre de lait. Pareille situation nous apparaît sans aucun doute être une publicité illégale.

Au-delà des deux questions précédemment traitées, il faut ajouter que le projet de loi 48 ne prend pas non plus en compte la vie privée des enfants lorsqu'ils sont confrontés à une publicité en ligne qui leur est directement ou indirectement destinée. À ce sujet, la loi américaine, la *Child Online Protection Act*⁸⁵ (ci-après « COPA ») pourrait être une source d'inspiration. Cette loi précise en effet que la

⁸² Préc., note 9.

⁸³ L'article 248 L.p.c. lui-même interdit seulement la publicité « à but commercial ».

⁸⁴ Voir à ce sujet le court billet de Vincent Gautrais sur son blogue <www.gautrais.com>, Vincent GAUTRAIS, *Poursuites contre Igor*, 13 mars 2007, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Poursuites-contre-Igor>>.

⁸⁵ *Child Online Protection Act* (ci-après « COPA »), 47 U.S.C. § 231.

collecte d'information concernant des mineurs ne peut être effectuée qu'avec l'accord des parents⁸⁶.

En matière de publicité, donc, le bilan est sans doute perfectible : bien que la L.p.c. contienne déjà des dispositions d'ordre général permettant de lutter contre les différents phénomènes évoqués, il serait selon nous nécessaire de faire en sorte qu'elles reçoivent une pleine et entière application, et ce, au moyen d'une extension explicite de leur régime au commerce électronique.

2. Caractère abusif de certaines clauses

Péché numéro 5. À cet égard, nous avons également constaté que le traitement des clauses abusives a souffert du même désintérêt lors de la rédaction du projet de loi 48. Mais, contrairement au cas de la publicité, auquel une simple extension des textes au commerce électronique permettrait en général de remédier, les clauses abusives mériteraient un traitement législatif beaucoup plus conséquent... ou pas. Bien que les textes existants en matière d'abus contractuel bénéficient de la portée générale et du flou nécessaires à une adaptation à la consommation en ligne⁸⁷, ils souffrent tout de

⁸⁶ *Id.*, art. 9 : « [...] A person making a communication described in subsection (a) – (A) shall not disclose any information collected for the purposes of restricting access to such communications to individuals 17 years of age or older without the prior written or electronic consent of – (i) the individual concerned, if the individual is an adult; or (ii) the individual's parent or guardian, if the individual is under 17 years of age; and (B) shall take such actions as are necessary to prevent unauthorized access to such information by a person other than the person making such communication and the recipient of such communication ». Au nombre des autres initiatives américaines intéressantes figurent les lois du Michigan et de l'Utah créant un registre d'adresses courriel auxquelles l'envoi de courriels relatifs à des activités interdites aux mineurs est interdit : Laura DUNLOP, « Don't Send that E-Mail to a Minor!: Compliance with State Child Protection Registry Statutes », (2006) 3 *Shidler J.L. Com. & Tech.* 4, en ligne : <<http://www.lctjournal.washington.edu/vol3/a004Dunlop.html>>.

⁸⁷ Ainsi, l'article 8 de la L.p.c. prévoit : « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante. ». L'article 1437 du *Code civil du Québec* prévoit quant à lui : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la

même d'imperfections : il est nécessaire, pour obtenir une sanction du déséquilibre du contrat, de passer devant le juge, au prix de procédures longues et souvent sources de confusion pour les consommateurs⁸⁸.

Certains organismes de protection des consommateurs ont considéré que pour rendre la sanction des clauses abusives plus facile, le législateur devrait établir une liste de dispositions contractuelles interdites⁸⁹, entraînant une sanction plus automatique. Elles auraient ainsi l'avantage de la prévisibilité, ainsi que de la lisibilité, et faciliteraient le travail du juge. Prenons l'exemple des clauses de résiliation unilatérale⁹⁰ : certains pays ont déjà rendu ces clauses illégales, à l'exemple de la France, qui sanctionne les clauses autorisant « le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur⁹¹, ainsi que [...] de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat »⁹².

bonne foi ; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. ».

⁸⁸ Pierre-Claude LAFOND, « Le consommateur et le procès », (2008) 49 *C. de D.* 131, 135 : « Les lacunes du droit judiciaire, conçu principalement pour les réclamations individuelles d'une importance pécuniaire certaine, font souvent obstacles à l'exercice effectif des droits substantiels des consommateurs devant les tribunaux. Les consommateurs disposent d'un grand nombre de droits qui leur sont reconnus par des lois particulières et par le droit commun ; le problème est qu'ils ne peuvent pas les exercer devant les tribunaux. Le droit qui ne s'incarne pas peut être jugé d'inutile. ».

⁸⁹ OFFICE DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS, *Propositions de modifications législatives, Phase II*, Document de consultation, 2008, à paraître.

⁹⁰ UNION DES CONSOMMATEURS, *Les obstacles à la prise de connaissance et à la compréhension par le consommateur du contrat de consommation*, rapport 2008, à paraître. Voir par exemple, à la page 38, les clauses d'utilisation du site de HMV : « HMV Canada et ses sociétés affiliées se réservent le droit, à leur seule discrétion, de refuser d'assurer le service, de fermer des comptes, de supprimer ou de modifier le contenu du site ou encore d'annuler des commandes. »

⁹¹ Ici, ce n'est pas le caractère unilatéral qui fait l'objet d'une sanction, mais bel et bien le fait que ce pouvoir unilatéral n'est pas contrebalancé par la stipulation au profit du consommateur d'une faculté équivalente. Voir à cet effet Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats, conc. consom.*, juin 2008, fasc. n° 6, étude n° 7, par. 27.

⁹² Annexe : clauses visées au troisième alinéa de l'article L. 132-1 du *Code de la consommation*.

Ce type de clause devrait être pouvoir être sanctionné automatiquement. Il pourrait également être salulaire, selon nous, de systématiser la sanction des clauses de résiliation unilatérale en leur conférant une présomption simple de caractère abusif: il reviendrait alors au commerçant de prouver leur innocuité, par exemple en invoquant des modalités d'information, l'existence d'un préavis, ou encore, la faculté effective pour le consommateur de résilier le contrat. Mais cette solution présente le désavantage d'être très ponctuelle et, dans un sens, de figer le droit.

En effet, les spécificités techniques du commerce électronique sont une source d'inspiration pour les commerçants qui n'hésitent pas à tirer le maximum de profit de l'adaptation de leurs conditions générales de vente à l'organisation technique de la consommation en ligne. Il existe ainsi de nombreuses clauses dont le potentiel abusif nous apparaît assez évident. Nous pouvons citer à titre d'exemple l'usage du français, l'usage de liens hypertextes pour référer à un autre document, l'usage d'une multiplicité de contrats liés entre eux ou encore les clauses sur le droit d'auteur qui limitent l'usage possible que le consommateur peut faire de ses propres créations⁹³. Si néanmoins, au regard de chacune d'elles, la loi comporte des lacunes, une intervention directe de la L.p.c. pour tenter de les éradiquer individuellement ne nous apparaît pas comme la solution la plus pertinente⁹⁴. Compte tenu de la vitesse à laquelle la structure de ces sites évolue, soumettre la sanction de clauses abusives dans le cadre du commerce électronique à un processus législatif reviendrait à offrir aux commerçants malhonnêtes une longueur d'avance sur les juges et les consommateurs.

Même s'il n'existe pas de règles spécialement applicables aux clauses abusives en ligne, blinder la loi de dispositions trop précises ne nous semble pas toujours la meilleure solution qui soit, spécialement lorsque l'on s'attaque à un domaine du droit encore susceptible de nombreuses évolutions. Le problème de la gestion des solutions à

⁹³ Ainsi de toutes les interventions d'un consommateur relatives par exemple à la revue d'un produit, ou la qualité de ses transactions en ligne.

⁹⁴ L. BENNETT-MOSES, préc., note 3, 63: «In order to future-proof such laws, it would also be necessary to draft rules that are unlikely to become uncertain or obsolete in new contexts. Of course, law makers will not want all laws to apply equally to new, unforeseen, situations. In some circumstances, it might be appropriate to carefully limit legislation to ensure it only deals with a limited problem involving a particular technology or industry.»

venir n'en reste pas moins entier : dès lors que les mécanismes substantiels d'adaptation du droit à la réalité ne semblent plus si adaptés, il est peut-être plus prometteur de s'attacher à modifier la structure processuelle du droit de la consommation.

B. Omission processuelle : pour un encadrement normatif plus évolutif

Nous l'avons déjà dit, la L.p.c. ne mérite sans doute pas d'être totalement revampée. Aussi, le problème n'est pas tant lié au fait que ses mesures sont désuètes ou inapplicables et il est même surprenant de constater que la L.p.c. a relativement bien résisté au temps. De surcroît, les mesures dont la désuétude a été caractérisée ont simplement donné lieu à un balayage dont le projet de loi 48 a su rapidement, sans coup férir, se débarrasser. Et « oust » la caution désuète de l'article 22 ; « oust » l'article 5c) dont néanmoins, l'application des contrats de télécommunication ne demeure constitutionnellement pas très nette. Les difficultés d'application de la L.p.c. étaient justement liées à son application et non à un décalage irréconciliable entre le texte et la réalité électronique.

Cette difficulté d'application est notamment due au fait que la L.p.c. exige passablement d'un organisme, l'*Office de protection du consommateur*, à qui l'on demande tour à tour de jouer un rôle d'animation, de vérification, de supervision, de réaction et d'action. Or, les gouvernements successifs ont coupé dans le gras de cet organisme qui ne peut peut-être plus être à la mesure de ses ambitions.

Face à ce constat, y aurait-il lieu de fonctionner autrement ? C'est ce que nous croyons.

1. Accessibilité des recours

Ce paragraphe s'adressera donc spécifiquement à l'accessibilité du droit pour les consommateurs, en ne s'attardant cependant ni sur le tribunal, ni sur le procès⁹⁵. En effet, « si le droit substantiel de la consommation s'est construit en marge du droit commun, le droit processuel de la consommation doit suivre une voie semblable : celle de l'adoption de règles et de procédures à la fois spécifiques à la

⁹⁵ P.-C. LAFOND, préc., note 88, 134.

situation du consommateur et dérogoires aux principes traditionnels»⁹⁶.

a. Recours *a priori* aux associations de consommateurs

Péché numéro 6. Revenons sur la question des clauses abusives traitée précédemment. Comme nous l'avons mentionné, une modification substantielle de la L.p.c. ne nous paraissait pas la solution la plus adéquate. Et pour cause, car il existe un outil processuel bien plus à même d'assurer cette fonction de sanction des clauses abusives : la possibilité, pour les associations de consommateurs, d'intenter paires-mêmes des recours en vue de faire sanctionner des dispositions contractuelles au profit de tous les consommateurs. Ce type mécanisme est déjà largement répandu en Europe :

« En Belgique (dès 1971, d'ailleurs)⁹⁷, au Luxembourg, en Bulgarie, en Espagne, en Italie, en Turquie et, très récemment (7 juin 2007), au Japon, les actions en cessation d'actes illicites, exercées selon le cas par des associations de consommateurs ou des entités correspondantes, sont prévues en droit interne et, selon le cas, en droit communautaire et peuvent être exercées dans l'intérêt collectif ou diffus des consommateurs. »⁹⁸

L'intérêt d'une procédure de ce type est qu'elle présente à la fois un aspect de sanction général, car les solutions sont applicables *in fine* à l'ensemble des consommateurs et des commerçants, et un aspect d'édification ; elle paraît d'ailleurs être, dans ce dernier cas, un outil bien plus adapté que le recours collectif⁹⁹.

Il serait ainsi possible de s'inspirer de la formule française, qui permet aux associations de consommateurs agréées d'agir pour mettre fin à certaines pratiques illicites. En matière de fourniture

⁹⁶ *Id.*, 137.

⁹⁷ La Belgique a été le premier pays européen à se doter de l'action en cessation pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs. Voir Thierry BOURGOIGNIE et Jules STUICK, « La représentation juridictionnelle des intérêts collectifs », dans *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial – Actes des XI^e journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 597.

⁹⁸ P.-C. LAFOND, préc., note 88, 144.

⁹⁹ La récente affaire *Dell* donne en effet l'impression d'avoir été intentée pour l'exemple avant tout. Nous sommes persuadés que le recours collectif n'est pas l'outil le plus approprié pour ce faire.

d'accès à Internet par exemple, l'*UFC Que choisir* a pu obtenir la sanction de plus d'une trentaine de clauses contenues dans un contrat d'adhésion¹⁰⁰ sur le fondement des articles L. 421-1 et suivants du *Code de la consommation*¹⁰¹. Ce mécanisme permet, plutôt que de traiter au cas par cas des situations individuelles, d'obtenir une solution de principe qui influence directement les pratiques contractuelles du commerçant partie au litige à l'égard de tous ses clients (les associations agissent en effet dans l'intérêt collectif des consommateurs¹⁰²). Même si, compte tenu de l'effet relatif de la chose jugée, la solution ne s'applique qu'au commerçant concerné, il n'en reste pas moins que les jugements publiés ont valeur d'exemple pour les autres intervenants du secteur.

Par ailleurs, l'article 34 de la *Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* (dite loi Châtel) vient de renforcer les pouvoirs des juges français en matière de clauses abusives : ceux-ci peuvent désormais soulever d'office le caractère abusif d'une clause¹⁰³. Cette disposition, couplée aux nouvelles prérogatives accordées aux agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes¹⁰⁴, devrait dès lors faciliter le travail des associations de consommateurs.

¹⁰⁰ Trib. gr. inst. Nanterre (1^{ère} chbre A), 2 juin 2004 (*UFC Que Choisir / AOL Bertelsmann Online France*), en ligne : <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1211>.

¹⁰¹ L'article L. 421-1 dispose en effet : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. » L'article L. 421-6 leur permet quant à lui d'obtenir « la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

¹⁰² Raymond MARTIN, J.-Cl. *Concurrence-Consommation*, Fasc. 1240 : Procédures judiciaires civiles de règlement des litiges de consommation, n° 23 (1994) : « Il est net qu'elles ne défendent pas l'intérêt d'une classe, mais un intérêt général et qu'il y a une sorte de délégation de la part du législateur qui les charge de mettre en mouvement la sanction de cet intérêt général. Cette délégation de l'intérêt public à des groupements privés, fussent-ils agréés, n'est pas un phénomène isolé, mais bien au contraire une tendance lourde de l'institution sociale. »

¹⁰³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, préc., note 91, par. 2.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 2 : l'article 13 de la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier ayant modifié l'article L. 141-1 du *Code de la consommation*, les agents de la DGCCRF disposent désormais d'un pouvoir d'injonction

Ces modifications, bien que ne réglementant pas le contenu substantiel des contrats, n'en constituent pas moins des modes de protection du consommateur tout aussi efficaces, tout en présentant beaucoup plus de souplesse quant à leur mise en œuvre. Elles sont entre autres susceptibles de bien mieux supporter l'évolution des pratiques commerciales, et plus généralement des nouveaux usages commerciaux d'Internet.

b. Arbitrage collectif

C'est également dans le cadre de la recherche de solutions évolutives que s'inscrit l'étude des régimes d'arbitrage collectif. L'article 2 du projet de loi 48 a en effet formellement interdit les clauses compromissaires : il ne sera désormais plus possible pour le commerçant de stipuler un recours obligatoire à l'arbitre en vue de restreindre l'accès des consommateurs au juge, ou encore de bloquer un éventuel recours collectif. Toutefois, le nouvel article 11.1 de la L.p.c. n'interdit pas de recourir à un arbitre une fois le litige avéré. La question de savoir si dans ces conditions un recours collectif à l'arbitrage serait possible reste donc entière.

Si on compare cette avenue avec la précédente, chacune d'elles fait montre d'avantages et d'inconvénients : l'arbitrage permet par exemple une justice plus rapide, mais pose la question de la neutralité de l'arbitre ou encore du caractère homologable de la décision rendue¹⁰⁵ ; le recours collectif quant à lui permet de sanctionner plus efficacement les méfaits économiques diffus, mais court le risque de sombrer dans l'opportunisme des consommateurs¹⁰⁶... ou de leurs avocats¹⁰⁷. Chacune de ces procédures présente néanmoins des caractéristiques propres à rendre attrayante leur combinaison : économies d'échelle et rapidité, impartialité et souplesse... À cet effet, il

aux fins de faire supprimer par les professionnels toute clause contractuelle illicite.

¹⁰⁵ Ejan MACKAAY, « Une lecture économique de la justice en marche », dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir.), *Actes du Colloque Max-Caron 2006 : La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 19, aux pages 24 et 25.

¹⁰⁶ *Id.*, à la page 23.

¹⁰⁷ Cornelia PILLARD, « Justice on the Move : From Class Action to Class-Wide Arbitration – Remarks », dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir.), *Actes du Colloque Maximilien-Caron 2006. La justice en marche : du recours collectif à l'arbitrage collectif*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 29, à la page 31.

serait bon d'observer ce qui existe déjà aux États-Unis en la matière, car depuis quelques années, les arbitrages collectifs s'y sont multipliés, aboutissant par sédimentation à la création d'un recours à part entière.

Comme le *Federal Arbitration Act*¹⁰⁸ ne comporte pas de dispositions sur la possibilité de joindre plusieurs conflits arbitrables en un arbitrage collectif, il n'y avait jusqu'à récemment pas de solution établie en matière d'arbitrage collectif¹⁰⁹. Mais, il a été précisé en 2003, dans l'affaire *Bazzle*¹¹⁰, que la présence conjointe d'une clause d'arbitrage et de plusieurs consommateurs dans une situation similaire ne devait pas donner lieu à une saisie liminaire des juges, et qu'il revenait à l'arbitre de décider si la clause compromissaire qu'il avait à interpréter permettait ou non un arbitrage collectif¹¹¹. Bien que la question qui était posée n'était pas celle de la licéité de l'arbitrage collectif, il est intéressant de remarquer que la Cour suprême n'a pas rejeté d'emblée la possibilité d'une procédure collective d'arbitrage. En outre, cette situation a eu le mérite de prouver très concrètement que l'arbitrage collectif était techniquement fonctionnel. À la suite de cette décision, l'*American Arbitration Association* (A.A.A.) a publié un certain nombre de lignes directrices et a étoffé ses recommandations à l'intention des arbitres¹¹² : il existe maintenant un système de règles informelles entourant la pratique de l'arbitrage collectif.

Certaines organisations de protection des consommateurs se sont inquiétées d'une éventuelle transposition de ce type de mécanisme en droit québécois, lui reprochant entre autres le risque de

¹⁰⁸ *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. § 1 et suiv.

¹⁰⁹ C. PILLARD, préc., note 107, à la page 33. Voir également Shelley MCGILL, « The Conflict between Consumer Class Actions and Contractual Arbitration Clauses », (2006) 43 *Can. Bus. L.J.* 359, 376.

¹¹⁰ *Green Tree Financial Corporation v. Bazzle*, 539 U.S. (2003).

¹¹¹ C. PILLARD, préc., note 107, à la page 35 ; pour une interprétation différente, voir Robert J. HERNDON, « Mistaken interpretation: the American Arbitration Association, Green Tree Financial Corporation v. Bazzle, and the real state of class-action arbitration in North Carolina » (2003-2004) 82 *N.C. L. Rev.* 2128.

¹¹² AAA, *Supplementary Rules for Class Arbitrations* (2003), en ligne : <<http://www.adr.org/sp.asp?id=21936>>; et AAA, *Policy on Class Arbitrations* (2005), en ligne : <<http://www.adr.org/Classarbitrationpolicy>>.

partialité des arbitres, l'absence de motivation des sentences¹¹³ ou encore le coût du recours à l'arbitrage¹¹⁴. Il n'existe toutefois que peu d'études empiriques à ce jour, et les résultats ne semblent pas faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre¹¹⁵. En tout état de cause, le développement de l'arbitrage collectif nous apparaît comme une réponse intéressante à un certain nombre de faiblesses de l'arbitrage en matière de consommation : le regroupement des consommateurs permettrait entre autres de mettre fin au désavantage subi par le consommateur face au « repeat player » qu'est le commerçant, et à ses conséquences sur la rémunération et l'impartialité de l'arbitre. Quant à la crainte de partialité que l'on aurait pu avoir à son égard, il est aussi bon de rappeler que dans l'affaire *Bazzle*, précitée, les consommateurs ont obtenu gain de cause...

Il est toutefois paradoxal de relever que, pour s'adapter au développement de l'arbitrage de consommation, les règles informelles tendraient vers une systématisation de l'arbitrage institutionnel et des garanties processuelles¹¹⁶ en vue d'assurer au consommateur un arbitrage équitable. Certains auteurs vont plus loin en envisageant une convergence de l'arbitrage et du recours collectif : garan-

¹¹³ OPTIONS CONSOMMATEURS, *L'arbitrage collectif : une solution pour les consommateurs ?*, (2007), p. 19, en ligne : <http://www.option-consommateurs.org/documents/principal/fr/File/rapports/recours_collectifs/oc_arbitrage_collectif_200706.pdf>.

¹¹⁴ Sur ce dernier point, voir Susan DRUMMOND, « Is the Class Action a Public Order Institution? », *The Court*, 17 juillet 2007, en ligne : <<http://www.thecourt.ca/2007/07/17/is-the-class-action-a-public-order-institution/>>, qui relève à propos du coût prohibitif de l'arbitrage : « Rogers' introduction of an offer to pay the full costs of the arbitration on its 2007 contract as a way to avoid this glaring problem also takes the idea of a "private justice system" to a whole other dimension. How could ordinary consumers and the Canadian public have faith that an arbitrator has come to an unbiased decision when Rogers has paid for the resolution of the dispute, especially when Rogers – far more likely than an ordinary consumer to be a repeat player – will be footing the next bill if the arbitrator is "lucky" enough to be approved by both parties as suitable? ».

¹¹⁵ Florencia MAROTTA-WURGLER, « "Unfair" Dispute Resolution Clauses: Much Ado About Nothing? », dans Omri BEN-SHAHAR (dir.), *Boilerplate The Foundation of Market Contracts*, New-York, Cambridge University Press, 2007, p. 45-65, à la page 64 : une revue du choix des forums et associations d'arbitres choisis par les commerçant ne révélerait pas de biais particulier en défaveur des consommateurs.

¹¹⁶ Nabil ANTAKI, « L'arbitrage collectif : pourquoi pas? », dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir.), préc., note 107, p. 49, à la page 58, qui évoque le *Consumer Due Process Protocol* adopté par l'A.A.A. en 1998, en ligne : <<http://www.adr.org/sp.asp?id=22019>>.

tir l'efficacité des décisions d'arbitrage reviendrait à mettre en place des procédures... semblables¹¹⁷. Par ailleurs, il semblerait que, compte tenu de l'importance des enjeux, le processus de sélection des arbitres aux États-Unis soit devenu de plus en plus long et coûteux et que l'arbitrage collectif soulève de plus en plus de questions en matière de mise en œuvre des décisions arbitrales¹¹⁸.

C'est donc avec scepticisme que nous considérons cette hypothèse. Non pas que, sur le principe, l'idée soit inintéressante, mais sa mise en œuvre soulève des questions d'opportunité. Car comment concilier confidentialité et caractère collectif de la procédure ? Comment allier garanties procédurales pour le consommateur et système attrayant pour les commerçants ? Compte tenu du fait que l'article 11.1 du projet de loi 48 garantit au consommateur la possibilité de recourir au juge une fois le litige né, le développement d'un tel mécanisme paraît moins vital qu'il ne l'est, par exemple, dans le cadre américain où les clauses interdisant les arbitrages collectifs commencent à poindre¹¹⁹.

2. Vers une *lex consumatica* ?

Péché numéro 7. Bien que le projet d'arbitrage collectif ne nous semble pas pour l'heure une piste à creuser en priorité, il nous paraît néanmoins présenter une caractéristique intéressante : son fonctionnement reposerait quasi entièrement sur des règles d'origine informelle et extra-étatique. L'existence – et la pertinence ? – d'une telle construction soulève donc la question du type de normes à privilégier dès lors que l'on veut réglementer la cyberconsommation. En effet, les aspects transnationaux et techniques du commerce électronique, et la nécessité, à terme, d'harmoniser le droit de la consommation, nous poussent à nous interroger sur les institutions les plus à même de produire un droit adéquat, qui colle à la réalité¹²⁰.

¹¹⁷ C. PILLARD, préc., note 107, à la page 38.

¹¹⁸ Eric P. TUCHMANN, «The American Arbitration Association's Administration of Class Arbitrations and the Supplementary Rules for Class Arbitrations», dans Nabil ANTAKI et Emmanuel DARANKOUM (dir.), préc., note 107, p. 39, à la page 47.

¹¹⁹ Cornelia PILLARD, préc., note 107, à la page 37.

¹²⁰ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international : encadrement juridique*, Louvain, Éditions Bruylant, 2002, p. 162.

a. Amorce d'un dialogue

À cet égard, l'arrêt *Dell*¹²¹ est venu changer la donne : à la question de savoir si les litiges en matière de consommation relevaient de l'ordre public, la Cour suprême a répondu par la négative¹²². Nous serions donc passés d'un système strictement national, faisant la part belle à l'ordre public économique et à l'état¹²³, à un système laissant aux acteurs économiques et institutionnels une marge beaucoup plus importante en matière de régulation de leur propre milieu¹²⁴.

L'éviction de la dimension d'ordre public du droit de la consommation permettrait alors d'envisager la possibilité de l'émergence de règles applicables à tous les contrats de consommation présentant une dimension internationale : une *lex consummatica*, inspirée des principes de la *lex mercatoria*¹²⁵. Bien sûr, un tel système de règles présenterait un lien de parenté avec le droit commercial, mais n'en serait néanmoins qu'indirectement inspiré : le droit de la consommation est en effet un droit encore récent et très interventionniste. Il est vrai que la décision de la Cour suprême est encore fraîche, et que, contrairement aux relations entre commerçants où les usages figurent en bonne place, il n'existe pas d'usages impliquant com-

¹²¹ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, en ligne : <<http://www.iijcan.org/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>>.

¹²² *Id.*, par. 219 : « La question est donc de savoir si un litige de consommation est une de ces autres questions qui intéressent l'ordre public. Nous croyons que tel n'est pas le cas. Comme en a décidé la Cour dans *Desputeaux*, le concept d'ordre public à l'art. 2639, al. 1 C.c.Q. doit être interprété strictement de façon à respecter l'autonomie de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage, de même que l'intention claire du législateur de respecter ce choix. De la même façon qu'aucune raison impérieuse ne nous permettait d'établir une analogie entre les litiges relevant du droit d'auteur et ceux portant sur l'état et la capacité des personnes ou sur les matières familiales dans *Desputeaux*, rien ne nous permet de traiter différemment les litiges de consommation en l'espèce. »

¹²³ Comme c'est le cas en France, où le droit de la consommation relève de l'ordre public économique.

¹²⁴ Gralf-Peter CALLIESS, « Transnational Consumer Law : Co-Regulation of B2C-E-Commerce », (2007) 3 *CLPE Research Paper No. 03*, disponible en ligne (SSRN) : <<http://ssrn.com/paper=988612>>, à la page 3 : « This assumption's underlying rationale is that there is an absence of public interest in international commerce as merchants presumably meet on an equal footing. Regarding consumer contracts, in turn, private ordering is generally not thought to be an effective and legitimate means for achieving the regulatory functions of private law. »

¹²⁵ V. GAUTRAIS, *préc.*, note 120, p. 163.

merçants et consommateurs. Il serait néanmoins selon nous possible dorénavant de s'extraire de la conception strictement domestique du droit de la consommation pour protéger les consommateurs d'une manière plus efficace.

Il s'agirait alors de mettre en place un régime permettant la création de normes informelles. Un tel système devrait, afin de fonctionner adéquatement, présenter une certaine légitimité – le fruit d'échanges constants entre institutions productrices de normes et utilisateurs récepteurs de la norme¹²⁶ – dont le corollaire direct, tout autant que l'outil d'appréciation, serait l'effectivité de ses règles¹²⁷. La difficulté résiderait cependant dans le fait que, contrairement à la plupart des activités régies par des systèmes de règles informelles, la régulation des relations avec les consommateurs, tout comme son développement dans la sphère électronique, font fi des cloisons sectorielles traditionnelles en fonction des secteurs d'activités¹²⁸. Au lieu des traditionnelles normes transcendantes, l'on s'intéresserait alors à des normes plus diffuses et générales¹²⁹.

Quelles seraient alors les solutions concrètement envisageables pour la création de normes de consommation informelles ? Au développement des relations et négociations entre acteurs économiques¹³⁰, il faudrait selon nous ajouter le développement de *fora* permettant une évolution continue du droit de la consommation.

b. Exemple des recommandations sur les clauses abusives

Dans l'optique d'un développement du droit de la consommation en dehors des frontières nationales, la mise en place d'organismes spécialisés chargés de produire des règles de conduite informelles serait une solution intéressante. Prenons l'exemple des clauses abusives : à ce jour, il n'existe pas au Québec d'organisme permettant de les gérer de manière souple et évolutive ; seuls le législateur et,

¹²⁶ Vincent GAUTRAIS, « La gestion électronique de l'information financière », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 378, à la page 419.

¹²⁷ *Id.*, à la page 420.

¹²⁸ Régulations des services financiers, des assureurs, des cartes de crédit...

¹²⁹ V. GAUTRAIS, « La gestion électronique de l'information financière », préc., note 126, à la page 421.

¹³⁰ V. GAUTRAIS, préc., note 120, p. 164 et 165, qui retient l'implication des institutions financières, des commerçants et des consommateurs.

dans une moindre mesure, le juge sont susceptibles de les adapter aux innovations commerciales. À cet égard, un rapide coup d'œil au système français pourrait élargir l'horizon des consommateurs : en plus du texte de la loi¹³¹, le *Code de la consommation* prévoit deux autres modes de désignation des clauses abusives. Le premier figure à l'article L. 132-1 et prévoit que certaines clauses peuvent être déclarées abusives par décret en Conseil d'État. Le second figure aux articles L. 132-2 et L. 132-4 qui permettent à la Commission des clauses abusives de déterminer si les clauses contenues sont abusives, et de publier des recommandations sur la base de ses travaux. Depuis sa création en 1978, le mécanisme de désignation des clauses par décret n'a abouti qu'à la désignation de trois clauses abusives¹³². Les déficiences révélées par le fonctionnement de ce système dans le temps soulignent l'importance de ne pas rendre l'adaptation en détail du droit exclusivement dépendante de processus législatifs ou réglementaires. En effet, la lutte contre les clauses abusives n'est pas le véhicule électoral le plus séduisant, et autoriser un tel mécanisme serait prendre le risque de soumettre la protection des consommateurs en matière de clauses abusives aux aléas des agendas politiques des uns et des autres et d'une procédure qui, au bout du compte, peut s'avérer assez lourde.

La Commission des clauses abusives quant à elle s'est révélée très active¹³³. Cette organisation cumule plusieurs fonctions : elle peut aussi bien régler un litige en décidant qu'une clause est abusive, qu'émettre des recommandations propres à un type de clause ou un secteur professionnel, ou encore rendre des avis sur la nature de certaines clauses à la demande de tous. Elle est, selon l'article R. 132-3 du *Code de la consommation*, composée de trois magistrats,

¹³¹ L'alinéa 1 de l'article L. 132-1 pose le principe suivant : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. », que l'alinéa 3 assortit de quelques clauses listées en annexe.

¹³² Il s'agit des articles R. 132-1 (décret du 27 mars 1997 sur les clauses limitatives de responsabilité), R. 132-2 (décret du 27 mars 1997 sur les modifications unilatérales) et R. 132-2-1 (décret du 25 novembre 2005 sur la charge de la preuve) du Code de la consommation, voir Guy RAYMOND, *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, Fasc. n° 820 : Clauses abusives, (2005), n° 53.

¹³³ Une visite de son site Internet en donnera un excellent aperçu : <<http://www.clauses-abusives.fr>>.

de deux personnalités en matière de consommation nommées par le Conseil national de la consommation, et de quatre consommateurs et quatre professionnels. Sa composition paritaire assure par conséquent son impartialité sur les questions soulevées¹³⁴. Si elle peut être saisie par les consommateurs et les commerçants, elle présente également l'avantage de pouvoir s'autosaisir à l'occasion, ce qui la rend efficace, et indépendante de la bonne volonté des consommateurs lésés, des professionnels prudents, ou encore du monde politique.

Ce type de structure a su résoudre à la fois la question de la légitimité de son rôle d'émetteur de normes, en incluant en son sein des représentants des différents groupes économiques concernés par ses décisions, tout en s'assurant de l'effectivité de ses décisions au moyen d'une vaste palette de moyens d'action (*a priori* et *a posteriori*, sur une base volontaire ainsi que dans un cadre plus juridictionnel, de recommandations et de décisions) lui permettant d'accorder finement la nature et la portée des sanctions aux fluctuations des marchés de consommation. Par ailleurs, en tant qu'entité pluricatégorielle¹³⁵, et comprenant des magistrats en son sein, elle maintient un haut niveau de compatibilité de ses règles avec son ordre juridique. Il s'agit, bien évidemment, d'une construction propre à modèle social et culturel, et ce qui sied à la France ne conviendra pas nécessairement au Québec ; il ne serait par conséquent pas pertinent de « copier – coller » un système de ce type. Sa composition paritaire présente néanmoins le mérite de prouver qu'il existe des solutions concrètes de type collaboratif, permettant la concertation des différents acteurs du secteur en leur sein et générant un corpus de règles fiables, souples, et évolutives.

¹³⁴ Pour un autre exemple de juridiction paritaire spécialisée, voir Sinai DEUTCH, « Controlling Standard Contracts – The Israeli Version », (1985) 30 *McGill L. J.* 458, 474.

¹³⁵ V. GAUTRAIS, préc., note 126, à la page 423.