

Écologie normative des technologies disruptives*

Vincent Gautrais**

RÉSUMÉ / ABSTRACT	1031
INTRODUCTION	1033
1. NORMES FORMELLES SOUS CONTRÔLE	1036
1.1 Efficacité relative des lois	1036
1.1.1 Lois et technologies : les limites	1037
1.1.2 Lois et technologies : des limites qui s'apprivoisent	1038
1.2 Efficacité jurisprudentielle	1040
1.2.1 Efficacité jurisprudentielle en lien avec les litiges <i>Airbnb</i>	1041
1.2.2 Efficacité jurisprudentielle en lien avec les litiges <i>Uber</i>	1042
2. NORMES EN QUÊTE DE CONTROLE	1044

© Vincent Gautrais, 2018.

* Directeur du CRDP. Professeur titulaire, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire L.R. Wilson en droit du commerce électronique www.gautrais.com. vincent.gautrais@umontreal.ca.

** Cet article est une version modifiée et traduite d'un précédent article publié en anglais et dont la référence est la suivante : Vincent GAUTRAIS, « The Normative Ecology of Disruptive Technology », dans Derek MCKEE, Finn MAKELA et Teresa SCASSA (dir.), *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms*, Ottawa, University of Ottawa Press, forthcoming 2018.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.1	Quête de contrôle de la normativité individuelle	1045
2.1.1	Normativité individuelle déléguée.	1046
2.1.2	Normativité individuelle en quête de contrôle . .	1050
2.2	Quête de contrôle de la normativité contractuelle	1055
2.2.1	Normativité contractuelle omniprésente et déficiente	1055
2.2.2	Normativité contractuelle en quête de contrôle	1059

RÉSUMÉ

L'économie de partage vient modifier en profondeur les marchés préétablis menacés par la généralisation de technologies disruptives. Si bons nombres de rapports de force sont gérés de façon satisfaisante par les lois et la jurisprudence, par le droit traditionnel en fait, d'autres doivent être régulés soit par le contrat soit par des normes internes développées par les entreprises en cause. Or, relativement à ces deux dernières manières de gérer ces écosystèmes, de grandes lacunes apparaissent. L'utilisation de ces outils normatifs doit être évaluée, critiquée, améliorée.

ABSTRACT

The sharing economy is profoundly changed by the spread of disruptive technologies threatening the pre-established markets. While many power relationships are satisfactorily handled by laws and jurisprudence, by traditional law in fact, others must be regulated either by the contract or by internal regulations developed by the companies involved. However, in relation to these last two ways of managing these ecosystems, major gaps appear. The use of these normative tools must be evaluated, criticized, improved.

MOTS-CLÉS

Airbnb ; contrats ; données personnelles ; droit du travail ; informations (protection) ; Uber ; vie privée

INTRODUCTION

Technologies disruptives et intelligence artificielle.

L'intitulé de notre article souhaitait s'attacher à une situation un peu plus globale que la simple intelligence artificielle. En effet, nous nous sommes intéressés à un domaine, les technologies disruptives, et notamment les phénomènes sociétaux que sont Airbnb et Uber, qui posent des difficultés d'arrimage entre différentes normes susceptibles de s'y appliquer. Aussi, à côté de normes classiques (lois, jurisprudence, contrats) auxquelles on pense naturellement pour contrôler de tels écosystèmes, s'ajoutent des normes spécifiques propres aux activités passablement opaques que ces multinationales opèrent avec les données générées. Dans le cadre de ce court texte, nous ne développerons pas ce que sont les technologies disruptives. Nous ne développerons pas non plus un quelconque avis sur son bien fondé¹, ou au contraire sur les enjeux de rupture face à des marchés contrôlés où des monopoles organisés et protégés se trouvent bouleversés². Davantage, nous souhaitons traiter de l'environnement normatif dans lequel cette innovation se développe. Un environnement qui est forcément coloré par la technologie elle-même, mais aussi par la rapidité avec laquelle elle évolue. Plus exactement, nous allons prendre pour acquis que les technologies ont un effet majeur sur nos manières de fonctionner. Les technologies, cela ne fait plus de doutes, ne sont pas neutres³. Elles s'immiscent dans nos vies avec une kyrielle de ressentis qui sont chargés de conséquences en termes de rapports

-
1. Ryan CALO et Alex ROSENBLAT, « The Taking Economy: Uber, Information and Power », (2017) 117 *Columbia Law Review*, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929643>. Voir notamment la Partie 1 s'intitulant « The Story of The Sharing Economy ». Voir aussi FTC, « The Sharing Economy: Issues Facing Platforms, Participants, and Regulators », Federal Trade Commission Staff Report, novembre 2016, en ligne : <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/sharing-economy-issues-facing-platforms-participants-regulators-federal-trade-commission-staff/p151200_ftc_staff_report_on_the_sharing_economy.pdf>.
 2. Brishen ROGERS, « The Social Costs of Uber », (2015) *University of Chicago Law Review Dialogue*, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2608017>>.
 3. Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 54 et s.

de force. Ces enjeux méritent donc d'être considérés et intégrés dans le contrôle que le droit, considéré globalement (normes formelles et normes informelles), entend effectuer. Le droit est donc un « outil de gestion des rapports de force ». Il pèse conformément à l'image de la balance ; il soupèse. Or, les technologies, du fait des changements qui les accompagnent, sont trop souvent une extraordinaire occasion de remettre en cause des principes, des équilibres qui avaient mis des siècles à se sédimenter.

Technologies disruptives. Il y a derrière la notion d'« économie de partage » un petit côté anesthésiant. Un grand côté également faux. Anesthésiant, car le partage, c'est bien. C'est comme la tarte aux pommes ; on ne peut être contre. Mais il y a aussi une fausseté fondamentale selon laquelle certaines de ces entreprises partagent alors qu'au contraire, elles opèrent une rétention formidable d'information. Plus exactement, elles retiennent les informations partagées par les autres ; sur les autres. En fait, cette notion de partage, si elle se conçoit bien pour des projets généralement de moindre envergure qui fleurissent avec bonheur dans les municipalités çà et là⁴, est relativement antinomique avec les mégastructures que sont *Uber* et *Airbnb*. En effet, tout au contraire, ces aventures commerciales sont des exemples de rétention. Cette dernière se matérialise d'abord par le contrat qui met l'accent sur la propriété des données⁵, et ce, en dépit de la suspicion naturelle que l'on doit avoir vis-à-vis d'une telle appropriation de données personnelles. Une opacité est également de mise en ce qui concerne la manière dont les algorithmes sont programmés, et ce, en dépit de l'imputabilité qui est de plus en plus souvent exigée en la matière⁶.

Révolution/évolution. Cet équilibre est d'autant plus difficile à faire que les technologies sont chargées d'émotion ; face à la « technomagie »⁷ qui est souvent associée aux technologies, celles-ci étant souvent perçues à la fois comme éminemment dangereuses ou éminemment salvatrices, il importe de poser un regard calme, serein, sur cette « révolution »⁸ que nous subissons de plein fouet. Car si nous constatons assurément une révolution des « faits », les technologies

4. Pour disposer d'une cartographie des initiatives collaboratives au Québec, voir <<http://ouishare.net/fr/projects/cartographie-des-initiatives-collaboratives-du-quebec>>.

5. *Infra*, Partie 2.2.

6. *Infra*, Partie 2.1.

7. Vincenzo SUSCA, « Technomagie: la nature de la mutation technologique », 2008, en ligne : <<http://www.logos.uerj.br/PDFS/29/04%20VicenzoSusca.pdf>>.

8. Michel SERRES, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », vidéo enregistrée le 11 décembre 2007, en ligne : <http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive>.

opérant en effet un bouleversement technologique et économique⁹ font face à une « boîte à outils » normative qui n'est pas sans atouts et qui n'est pas non plus sans tradition. Fort de sa créativité, le droit demeure un merveilleux moyen, capable d'évolution, d'adaptation. Face à cette révolution technique, le droit ne donne peut-être lieu qu'à une simple « évolution » où les outils traditionnels sont d'une efficacité somme toute satisfaisante. Un débat vieux comme le droit ; vieux aussi comme le « Web » qui dès ses débuts suscita des interrogations quant à la meilleure façon de gérer cette nouvelle réalité¹⁰.

Porosité normative. Mais revenons sur l'économie de partage... De beaucoup de considérer que celle-ci, face à ces chamboulements technologiques, est source d'un vide juridique sans précédent. C'est faux ! Souvent, ceux qui invoquent cette notion de vide sont seulement ceux qui trouvent le droit applicable en leur défaveur¹¹. Bien au contraire donc, on constate, d'une part, une grande variété de normes applicables, mais aussi, d'autre part, un besoin accru de celles-ci. Ainsi, il ne faut pas voir les normes par les seules règles formelles provenant, directement ou non, de l'État ; davantage, il importe d'envisager la normativité de façon plurale, une interaction s'opérant souvent entre les différents niveaux de normativité. Aux textes formels s'ajoutent bien évidemment une structure contractuelle qui présente son lot de spécificités, mais aussi ce que nous nous plaçons de dénommer une normativité individuelle¹², à savoir une documentation interne aux entreprises qui élaborent elles-mêmes certains niveaux d'exigences. Or, tant les contrats que les documentations internes ne donnent pas lieu à un contrôle véritable. En effet,

-
9. Orly LOBEL, « The Law of the Platform », (2016) 88 *Minnesota Law Review* 87 : « “the gig economy”, economist Robert Reich argues that the rise of platform companies is making work life unpredictable, insecure, and, ironically, not even profitable. »
 10. Cela fait notamment référence au « vieux » débat entre Lessig et Easterbrook sur le fait de savoir si gérer le cyberspace est « différent » du monde traditionnel. Frank H. EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », (1996) *University of Chicago Legal Forum* 207 ; Laurence LESSIG, « The Law of The Horse – What Cyberlaw Might Teach », (1999) *Stanford Technology Law Review* 501, en ligne : <<http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>>.
 11. André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi : l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 125, à la p. 134 : « Il y a un véritable fantasme, relayé par les médias et souvent par les responsables politiques, du vide juridique. La vérité est que les groupes de pression appellent vide juridique la règle existante qui ne leur convient pas. Prétendre légiférer à chaque nouvelle percée technique, c'est se condamner à une fuite en avant qui ne peut être que porteuse d'insécurité juridique. »
 12. Vincent GAUTRAIS, « Normativité et droit du technique », dans Stéphane ROUSSEAU (dir.), *Juriste sans frontières, Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 311-340.

peu de contrats ont été analysés par les tribunaux; et cette même jurisprudence évalue difficilement ces textes, souvent techniques, qui proviennent des entreprises.

Omniprésence normative. Nous sommes donc face, contrairement à la pensée populaire, à une grande variété d'outils normatifs. Parmi eux, quatre participent à l'élaboration d'un écosystème de normes, une écologie, qui se chevauchent, s'entrecroisent. La pyramide kelsénienne fait face à ses limites; une vision plus plurale, plus globale, s'impose. Mais au-delà de ce dit écosystème que nous nous devons de décrire de façon quantitative, il nous importe aussi de l'évaluer, car plusieurs de ces normes ne sont pas d'une effectivité véritable. En effet, si certaines, formelles, parviennent malgré leurs travers à encadrer les activités en lien avec l'économie de partage (Partie 1), d'autres, contractuelles ou individuelles, présentent certains défauts faisant en sorte qu'elles ne sont pas toujours en mesure de contrôler les activités des Uber, Airbnb et autres plateformes objets de notre étude (Partie 2). C'est donc un panorama de ces outils juridiques qu'il nous plaît de présenter ici.

1. NORMES FORMELLES SOUS CONTRÔLE

Le réflexe est naturel : face à un nouveau problème suscité par les technologies, passons une loi ! Paradoxalement, les situations d'économie de partage que nous évoquons sont assez facilement encadrées par les lois et les juges. Le droit traditionnel s'applique sans que de grandes spécificités ne puissent être trouvées.

1.1 Efficacité relative des lois

Évidemment, il y a beaucoup à dire sur les lois, fort nombreuses¹³, qui interviennent parfois pour encadrer l'économie de partage. Concernant la situation québécoise, il y a bien évidemment la situation de la Loi spécifique et temporelle qui est venue contrer la compagnie *Uber*. Une loi qui n'en est pas tout à fait une, ce texte dénommé « entente » ne disposant pas de la généralité qui est généralement associée à la loi¹⁴. Néanmoins, il s'agit bien d'un texte,

13. Alison GRISWOLD, « Uber Pulled Off a Spectacular Political Coup and Hardly Anyone Noticed », *Quartz*, 21 janvier 2016, en ligne : <<http://qz.com/589041/uber-pulled-off-a-spectacular-political-coup-and-hardly-anyone-noticed/>>.

14. Entente entre le ministre des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports et Uber Canada Inc., du 9 septembre 2016; Entente relative aux exigences de conformité fiscale au Québec à l'égard des chauffeurs utilisant les plateformes « uberX », « uberXL » ou « uberSELECT » entre le ministère des Finances du Québec et Uber Canada Inc., du 15 août 2016.

originant d'une instance gouvernementale, qui fit grand bruit en septembre 2016 et qui a été rendu public pouvant par conséquent être sujet à analyse. Il en est de même des textes sur l'hébergement « de courte durée »¹⁵.

1.1.1 Lois et technologies : les limites

La Loi sujette à caution. Évidemment, les lois sont sujettes à caution, et ce, bien au-delà du rapport de force qu'elles introduisent, octroyant des droits aux uns et en limitant à d'autres. Souvent, face à une nouvelle loi, personne n'est content, considérant ses droits bafoués, ses prérogatives menacées. La question n'est pas là, celle-ci n'étant pas en lien avec notre expertise. Davantage, la caution que nous envisageons en ce qui a trait aux lois tient plutôt sur les deux éléments suivants : en premier lieu, trop souvent, les gouvernements adoptent des lois « communication » dont l'un des objectifs essentiels est de montrer à la population que le Gouvernement agit et qu'il exerce son rôle régalien de partage des intérêts catégoriels. La Loi est donc, comme le souligne le professeur Atias, cet outil de communication où « le nom d'un découvreur peut y être attaché »¹⁶. D'ailleurs, cet objet de la loi se manifeste dans l'entente québécoise concernant Uber où le texte établit des grands principes généraux que l'entreprise se doit de satisfaire. Ainsi, au-delà des obligations clairement identifiées, elle élabore aussi des objectifs fort vagues tels que la transparence, l'innovation, la vie privée. Si la Loi est prescriptive, elle est donc, aussi, un peu « rêveuse », croyant être en mesure de changer en profondeur les rapports de force. Que de prétentions... Il en est de même avec la *Loi sur les établissements d'hébergement touristique*¹⁷ qui, si elle identifie quelques obligations précises à satisfaire, ne semble pas avoir beaucoup investi sur le contrôle opéré par les pouvoirs administratifs¹⁸.

Les lois partielles. En second lieu, il y a aussi d'immenses pans qui demeurent totalement éludés. Toujours dans le cas Uber, la Loi visait essentiellement deux types de rapports de force : d'une part le rapport « Uber / État québécois » et, d'autre part, le rapport « Uber /

15. RLRQ, c. E-14.2 et RLRQ, c. E-14.2, r. 1.

16. Christian ATIAS, « Tendance d'un temps ou inexorable loi du droit ? De l'obligation au droit », (2010) Recueil Dalloz 2536.

17. RLRQ, c. E-14.2. L'article 6 prévoit ceci :
« L'exploitation d'un établissement d'hébergement touristique est soumise à la délivrance d'une attestation de classification. La demande d'attestation de classification doit être présentée au ministre dans les conditions prescrites par règlement du gouvernement. »

18. *Infra*, Partie 1.2.1.

Industrie du taxi ». Relativement au premier, les aspects monétaires sont assez précisément développés. Une entente fiscale est d'ailleurs attachée à la Loi et des tarifications tout aussi détaillées sont également prévues¹⁹. Quelques considérations de sécurité publique et d'intérêt public sont également présentes²⁰; sans plus. Relativement au rapport avec l'industrie, un partage des pré-carrés respectifs a été proposé, se basant beaucoup sur la technologie : les services téléphoniques et dans la rue sont aux taxis; Uber doit quant à lui se limiter à la sollicitation en ligne²¹. Cela dit, que de manquements; que de questionnements demeurent en dehors du spectre de la Loi ! Certes, il y en a d'autres et de multiples textes juridiques sont susceptibles de s'appliquer à Uber. Néanmoins, une opacité demeure sur de nombreux sujets : *quid* de la vie privée ?²² *Quid* des risques de discrimination dans le choix des clients ou dans le choix des chauffeurs ? Un droit des plateformes²³ s'impose; une normativité individuelle doit être non seulement envisagée, mais surtout donner lieu à un véritable contrôle²⁴. Ces normes ne sont aucunement considérées.

1.1.2 Lois et technologies : des limites qui s'apprivoisent

La Loi et son pouvoir d'action. Cela dit, s'il est possible de critiquer la Loi, il n'en demeure pas moins qu'elle fonctionne. À la différence de plusieurs services disponibles sur et par Internet, l'économie de partage, souvent, et notamment les entités les plus connues (UberX; Airbnb), disposent d'une réalité bel et bien physique. Cela

19. Entente relative aux exigences de conformité fiscale au Québec à l'égard des chauffeurs utilisant les plateformes « uberX », « uberXL » ou « uberSELECT » entre le ministère des Finances du Québec et Uber Canada Inc., du 15 août 2016. Il en est de même avec l'Entente de conformité fiscale relative à la taxe sur l'hébergement à l'égard des hôtes utilisant la plateforme « Airbnb » entre le ministère des Finances du Québec et Airbnb Ireland du 21 juillet 2017, en ligne : <<http://www.revenuquebec.ca/documents/entente-airbnb.PDF>>.

20. À cet égard, une demande de révision a été déposée par l'industrie du taxi auprès de la Commission des transports sur la base notamment du fait que l'intérêt public doit être considéré. Cette demande est rejetée, considérant que l'intérêt public n'est plus un critère de révision de cette entente. La Commission des transports déclare que « [185] [t]outefois, dans la présente affaire, en raison du Décret, la Commission n'a plus à considérer l'intérêt public. Elle doit appliquer uniquement le Décret. » *Comité provincial de concertation et de développement de l'industrie du taxi c. Uber*, 2017 QCCTQ 0224.

21. Entente entre le ministre des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports et Uber Canada Inc. du 9 septembre 2016, article 2.12, en ligne : <<https://www.transports.gouv.qc.ca/fr/salle-de-presse/nouvelles/Documents/2016-09-09/entente-uber.pdf>>.

22. *Ibid.* Une simple référence est prévue dans le préambule de l'entente.

23. Orly LOBEL, « The Law of the Platform », (2016) 88 *Minnesota Law Review* 87.

24. *Infra*, Partie 2.1.

correspond à un vrai service de transport physique et à un vrai service d'hébergement physique. De ce fait, il n'y a donc pas cette éternelle source d'inapplication du droit que constitue l'internationalité des rapports. D'ailleurs, à ce sujet, c'est bien « Uber Canada » qui est partie prenante aux ententes initiées par le Gouvernement, tant sur les modalités de fonctionnement²⁵ que sur la conformité fiscale²⁶, augmentant de ce fait le caractère « domestique » de la Loi. De la même manière, concernant Airbnb et ses différentes variations, la *Loi sur les établissements d'hébergement touristique*²⁷, tout comme le *Règlement sur les établissements d'hébergement touristique*²⁸, disposent d'une portée applicable à l'ensemble de la province du Québec. La réponse gouvernementale est d'ailleurs d'autant plus précise, preuve que les instances ont pris le « problème Airbnb » à bras le corps, un document d'interprétation ayant même été proposé au public par le ministère du Tourisme²⁹. Dans ces deux cas, le gouvernement a tranché : il autorise. L'utilisation de ces plateformes est donc permise sous réserve du respect de conditions qui ne semblent pas, en comparaison avec d'autres juridictions³⁰, outrancièrement difficiles à respecter.

-
25. Entente entre le ministre des Transports, de la Mobilité durable et de l'Électrification des transports et Uber Canada Inc. du 9 septembre 2016, en ligne : <<https://www.transports.gouv.qc.ca/fr/salle-de-presse/nouvelles/Documents/2016-09-09/entente-uber.pdf>>.
 26. Entente relative aux exigences de conformité fiscale au Québec à l'égard des chauffeurs utilisant les plateformes « uberX », « uberXL » ou « uberSELECT » entre le ministère des Finances du Québec et Uber Canada Inc. du 15 août 2016.
 27. RLRQ, c. E-14.2. L'article 6 prévoit ceci :
« L'exploitation d'un établissement d'hébergement touristique est soumise à la délivrance d'une attestation de classification. La demande d'attestation de classification doit être présentée au ministre dans les conditions prescrites par règlement du gouvernement. »
 28. RLRQ, c. E-14.2, r. 1. L'article 1 se lit comme suit :
« Constitue un établissement d'hébergement touristique tout établissement dans lequel au moins une unité d'hébergement est offerte en location contre rémunération, pour une période n'excédant pas 31 jours, à des touristes sur une base régulière lors d'une même année civile et dont la disponibilité de l'unité est rendue publique. » (Nos soulignements)
 29. TOURISME QUÉBEC, *Guide d'interprétation de la Loi et du Règlement sur les établissements d'hébergement touristique*, dernière mise à jour du 19 octobre 2016, en ligne : <<http://www.tourisme.gouv.qc.ca/publications/media/document/services/hebergement-guide-interpretation-campagne.pdf>>.
 30. On peut notamment penser à l'obligation prévue par un décret français du 28 avril 2017 qui oblige les loueurs situés dans les villes de plus de 200 000 habitants de s'enregistrer auprès de la mairie. Cette règle est notamment applicable à Paris, Bordeaux, Nice, à partir de décembre 2017 : Décret n° 2017-678 du 28 avril 2017 relatif à la déclaration prévue au II de l'article L. 324-1-1 du code du tourisme et modifiant les articles D. 324-1 et D. 324-1-1 du même code, JORF n° 0102 du 30 avril 2017, texte n° 23, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/4/28/ECFI1705839D/jo/texte>>.

1.2 Efficacité jurisprudentielle

Jurisprudence et adaptation aux faits nouveaux. Si nous croyons que les lois nouvelles peuvent s'appliquer aux faits nouveaux, elles présentent néanmoins certains défauts que nous avons cru bon d'identifier³¹. À certains égards, le « vieux » droit est parfois presque plus efficace que le nouveau³² et le réflexe législatif est souvent à réprimer pour les situations nouvelles³³; comme l'affirme un auteur, « il est urgent d'attendre »³⁴. La jurisprudence « Airbnb » nous l'a d'ailleurs montré³⁵. Cette adéquation passe donc par le juge.

Interprétation. À cet égard, l'interprétation du droit est une manière de procéder qui, au Canada, est enseignée dans le cadre d'un cours obligatoire dans la plupart des facultés de droit. Loin de nous l'idée de résumer en quelques lignes ce qui découle de cette matière complexe. Simplement, et au-delà des trois approches interprétatives généralement identifiées (autrefois « littérale, téléologique, contextuelle »³⁶ et désormais davantage de « texte, de contexte et d'objet »)³⁷, il est possible de croire que certaines s'appliquent plus naturellement que d'autres, selon les circonstances. Relativement aux situations en lien avec le numérique, nous avons précédemment dégagé une distinction³⁸ selon les hypothèses³⁹ où, d'une part, la loi interprétée entend jouer un rôle plus « mécanique »⁴⁰, et celles où, d'autre part,

31. *Supra*, Partie 1.1.2.

32. Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 131 et s.

33. Prenons l'exemple de la *blockchain* où plusieurs considèrent qu'il n'est pas nécessaire de réguler trop tôt. Eric CAPRIOLI, « Les enjeux juridiques et sécurité des blockchains », (2017) 3 *Cahiers de droit de l'entreprise* 54.

34. Isabelle RENARD, « Régulation de la blockchain, il est urgent d'attendre », juin 2016, *Expertise* 215 à 218.

35. *Infra*, Partie 1.2.1.

36. Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, « Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization », (2006) 40 *R.J.T.* 131, 141 :

« It (the modern principle) suggests that a proper interpretation shall take into account the object of the enactment (Mischief Rule), the words with which it is expressed (Literal Rule) and the harmony among its provisions and other statutes (Golden Rule); not one of them or two of them but all three aspects may be relevant and be taken into account. »

37. Stéphane BEAULAC, *Précis d'interprétation législative : Méthodologie générale, charte canadienne et droit international*, Montréal, LexisNexis, 2008, p. 49.

38. Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : Rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 220 et s.

39. Selon la dichotomie proposée par Clare DALTON, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », (1985) 94 *Yale Law Journal* 997.

40. Comme en droit des contrats, en droit de la preuve, sur l'interprétation d'une signature ou d'un lien hypertexte.

elle entend davantage opérer une évaluation des intérêts en cause, exigeant un niveau de complexité plus grand⁴¹. Selon ces deux situations, nous croyons possible d'identifier une prévalence de l'approche téléologique dans la première situation et de l'approche contextuelle dans la seconde. À titre d'illustration, il est possible de croire que la jurisprudence sur les cas de litiges en lien avec Airbnb répond à des objectifs assez simples à identifier et dont la transposition dans le monde numérique semble plutôt aisée à opérer⁴².

Il nous est impossible de faire état de l'ensemble de la jurisprudence qui prévaut en l'espèce, car, en effet, en dépit de la nouveauté associée à ces nouveaux modèles économiques, il existe déjà une réponse soutenue de la part des tribunaux. Aussi, nous nous limiterons à deux hypothèses : la première est locale, provenant de la province du Québec, concerne la réaction jurisprudentielle au phénomène d'hébergement de type Airbnb. La seconde sera plus globale et analysera la disqualification contractuelle généralisée des tribunaux faisant en sorte que les chauffeurs Uber peuvent être assujettis au droit du travail.

1.2.1 Efficacité jurisprudentielle en lien avec les litiges Airbnb

Airbnb face au Tribunal administratif du Québec. Avec l'émergence de l'hébergement de partage, une série de décisions est venue illustrer la grande capacité d'adaptation de la jurisprudence. Si nous n'avons pas été capables de trouver au Québec des litiges concernant le rapport entre l'État et les « loueurs »⁴³, plusieurs concernent en revanche des bailleurs et des locataires, cette sous-location de courte durée modifiant la donne dans le contrat initial. Sans développer outre mesure, on se rend simplement compte que l'interprétation des juges s'exerce facilement en appliquant des « vieux » textes à des situations nouvelles. En effet, le locataire qui sous-loue son appartement par le biais d'Airbnb doit en aviser le

41. Comme en droit de la vie privée (intérêts des individus versus les intérêts des entreprises), en droit d'auteur (auteur versus utilisateurs).

42. *Infra*, Partie 1.2.1.

43. Même si les sanctions sont pour le moins dissuasives (l'article 37 de la *Loi sur les établissements d'hébergement touristique* évoque des sanctions allant de 2 500 à 25 000 \$), nous n'avons pas été en mesure de trouver des hypothèses où certaines ont été exigées. Une seule décision condamne un particulier (20 000 \$) qui est passible d'outrage au tribunal pour n'avoir pas respecté une demande d'injonction l'obligeant à respecter les nouvelles dispositions de la *Loi sur les établissements d'hébergement* : *Chabot c. Leblanc*, 2016 QCCS 3825.

locateur et recevoir son autorisation⁴⁴. Dès lors, un locateur peut résilier le contrat dès lors que le locataire a contrevenu à l'article 1870 C.c.Q. voulant qu'une sous-location soit autorisée par le locateur⁴⁵. Aussi, la résiliation demandée par le locateur est autorisée du fait que le locataire a changé la destination du bien loué, celui-ci étant sous-loué à des tiers, entraînant des dommages⁴⁶. Encore une fois, à bien des égards, là encore, les « vieux textes », tels que le C.c.Q., sont presque plus faciles à interpréter que les nouveaux, tels que la *Loi sur les établissements d'hébergement*, dont tant l'interprétation⁴⁷ que l'application⁴⁸ sont sources de difficultés.

1.2.2 Efficacité jurisprudentielle en lien avec les litiges Uber

Uber et le statut des chauffeurs. Une autre illustration de la relative efficacité des règles traditionnelles est l'application du droit du travail à cette multinationale. En tout premier lieu, un débat fut

-
44. Cette condition a pour effet de grandement limiter une telle capacité de sous-location : 9177-2541 *Québec Inc. c. Li*, 2016 QCRDL 8129, en ligne : <<http://citoyens.soquij.qc.ca/ID=6F18DE31C58CF488AB7F3F9D37C62B11>>.
45. *Rouleau c. Bilodeau*, 14 janvier 2016, RDL 2016 QCRDL 1486.
46. *St-Germain c. Levasseur*, 26 janvier 2016, QCRDL 2804; *Ngo c. Arakaki Inc. & Christian Levasseur*, 16 juin 2016, QCRDL 21172; *Côté c. Pilon*, 6 juin 2016, QCRDL 18913.
47. Certains prétendent que :
« Si l'annonce sur Airbnb dit qu'on offre pour plus de 31 jours, mais qu'au fond, on loue pour moins de 31 jours, il n'y en a pas, d'infraction. Il y a une certaine faille dans la loi, qui se concentre sur l'offre plutôt que sur l'acte de location. En plus, on y parle d'une offre qui doit être publique, alors si on s'entend en privé avec autrui, il n'y a pas non plus d'infraction. Le ministère du Tourisme se dit bien conscient de la situation. Les usagers d'Airbnb ou d'autres sites Internet de location de logements « qui offrent en location pour des périodes de plus de 31 jours ne contreviennent pas à la loi », répond la porte-parole Dominique Bouchard. La loi précise par ailleurs que l'offre de location doit être faite « sur une base régulière » pour être considérée comme illégale, un terme « très large, très vague », selon M^e Fauchon. (Nos soulignements)
Philippe ORFALI, « La loi anti-Airbnb est aisément contournée », *Le Devoir*, 17 août 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/477891/la-loi-anti-airbnb-est-aisement-contournee>>.
48. Philippe ORFALI, « La loi anti-Airbnb pratiquement pas utilisée », *Le Devoir*, 30 juillet 2016, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/economie/actualites-economiques/476700/hebergement-la-loi-anti-airbnb-pratiquement-pas-utilisee>> :
Entre le 01 avril et le 31 juillet 2016, Tourisme Québec a donné un total de 03 avis d'infraction a appris *Le Devoir*. Les sommes recueillies auprès des fautifs s'élèvent quant à elles à... 0,00 \$. « Il n'y a pas d'amende liée à un avis d'infraction. Il s'agit d'une lettre qui informe la personne qui la reçoit qu'elle exploite un établissement d'hébergement touristique sans détenir une attestation de classification, ce qui contrevient à l'article 6 de la Loi sur les établissements d'hébergement touristique. L'avis renseigne aussi sur la façon de se rendre conforme à la loi afin d'éviter toute poursuite », explique le porte-parole de Tourisme Québec, Guy Simard.

assez largement repris dans plusieurs juridictions afin de déterminer si les chauffeurs peuvent être considérés comme des employés, et ce, en contravention avec les stipulations contractuelles qui mettent de l'avant leur statut de travailleur indépendant. Plus souvent qu'autrement, la réponse judiciaire fut de disqualifier le contrat comme, par exemple, en Californie⁴⁹, à Londres⁵⁰, en Suisse⁵¹. Il en est de même, en second lieu, lorsque plusieurs tribunaux sont venus modifier la

49. Orly LOBEL, « The Law of the Platform », (2016) 88 *Minnesota Law Review* 87, 99 : « While both Uber and Lyft have been firm in classifying their drivers as independent contractors, others have viewed the arrangement differently. Recent class action suits brought against both companies by drivers claiming misclassification stress the degree of control and direction the companies exercise. [...] In preliminary hearings in one such lawsuit, Judge Edward Chen stated, “the idea that Uber is simply a software platform, I don’t find that a very persuasive argument.” Chen found that the fact that Uber sets the rates by which drivers are paid, screens them, and can terminate them weighs in favor of finding them to be employees. In a parallel case against Lyft, the court stated, “people who do the kind of things that Lyft drivers do here are employees.” In June 2015, the California Labor Commissioner, citing the high degree of control Uber exercises over its drivers, ruled in an individual hearing that at least one driver of Uber was an employee. » (Les notes de bas de page sont omises)
50. Voir notamment cette décision évoquée dans Rob PRICE, « The bombshell Uber driver ruling could affect almost half a million ‘self-employed’ Brits », *Business Insider UK*, 20 octobre 2016, en ligne : <<http://uk.businessinsider.com/uber-driver-employee-ruling-could-affect-460000-self-employed-brits-rights-citizens-advice-2016-10>>. Si nous n’avons pu trouver la décision, plusieurs extraits sont évoqués dans Shane HICHEY, « Uber tribunal judges criticise “fictions” and “twisted language” », *The Guardian*, 28 octobre 2016, en ligne : <<https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/28/uber-tribunal-judges-fictions-twisted-language-appeal>> : « Any organisation [...] resorting in its documentation to fictions, twisted language and even brand new terminology, merits, we think, a degree of scepticism » ; « We are satisfied that the the supposed driver/passenger contract is a pure fiction which bears no relation to the real dealings and relationships between the parties » ; « Ms Bertram [Uber’s regional general manager for the UK] spoke of Uber assisting the drivers to “grow” their businesses, but no driver is in a position to do anything of the kind, unless growing his business simply means spending more hours at the wheel. »
51. En Suisse, deux positions diamétralement opposées s’affrontent entre deux rapports proposés par des spécialistes en droit du travail. D’un côté, le professeur Kurt Pärli a publié le 10 juillet 2016 une étude considérant que la qualité de salarié prédominait, et ce, principalement sur le fait qu’une situation de subordination *de facto* existait entre le chauffeur et Uber (en ligne : <https://www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-r%C3%A9sum%C3%A9-expertise-droit-du-travail-assurances-sociales-chauffeuses-chauffeurs-taxi-Uber-professeur-Kurt-P%C3%A4rli_01.pdf>). On peut notamment lire dans ce rapport que : « les chauffeuses / chauffeurs Uber ne sont pas tenus d’accepter les demandes qui leur arrivent par le biais de l’application Uber. De même, ils ne sont pas tenus d’offrir leurs services à des périodes déterminées ou pendant une certaine durée. Ces circonstances parlent en soi contre une relation de subordination du point de vue de l’entreprise. Cependant, il semble que celui qui refuse régulièrement des courses n’est plus pris en considération par l’application Uber, ce qui de facto s’assimile à une obligation d’accepter les courses. Par ailleurs, le contrat

qualification établie dans le contrat selon lequel la multinationale n'était pas une compagnie de taxi, mais bien davantage une entreprise dans le domaine du logiciel⁵². Ainsi, les tentatives contractuelles de s'extirper de secteurs d'activité intensément réglementés n'ont en bien des cas pas fonctionné.

Interprétation. Il nous semble donc que la « complaisance » des lois parfois évoquée par certains⁵³, et bien entendu par les personnes qui se plaignent du développement des technologies disruptives, est tout sauf vérifiée. Bien entendu, la réaction du droit est lente, par nature, et cela prend du temps avant que l'application des règles ne soient pleinement satisfaite. Simplement, et que ce soit par le biais de la qualification, ou que ce soit par la création de nouvelles catégories de travailleurs⁵⁴, la jurisprudence, comme pour l'exemple d'Airbnb, constitue un merveilleux outil d'adaptation des faits au droit.

2. NORMES EN QUÊTE DE CONTROLE

Outils normatifs imparfaits. Ces outils normatifs traditionnels fonctionnent. Ils ont des défauts, notamment les lois, mais ils fonctionnent. Cela dit, ils ne sont souvent pas suffisants. Pour des raisons de complexité, les lois ne peuvent trop préciser certains types d'obligations. Générales et impersonnelles, elles ne peuvent pas toujours définir avec assez de finesse ce que les parties en cause se doivent de respecter. Parmi les outils normatifs qui peuvent aller plus loin, il y a les contrats et ce que nous nous plaçons à dénommer

d'exploitation prévoit que, si aucune course n'est effectuée durant 90 jours, le contrat prend fin automatiquement.

De l'autre côté, une toute récente étude de juin 2017, commanditée par Uber, considère plutôt que « [l]es critères permettant de considérer cette activité comme indépendante prédominent largement » ». Pour en savoir plus, « Le statut des conducteurs d'Uber : un casse-tête », 5 juillet 2017, en ligne : <<http://www.tdg.ch/suisse/Le-statut-des-conducteurs-d-Uber-un-cassetete/story/31508990>>.

52. Voir notamment la situation à Taiwan où ce statut fut refusé par les autorités.
53. « Much of [uber's] spectacular growth has been fueled by outdated regulation », par Rafi MOHAMMED, « Regulation Is Hurting Cabs and Helping Uber », (2014) *Harvard Business Review*, en ligne : <<https://hbr.org/2014/07/regulation-is-hurting-cabs-and-helping-uber>>.
54. Le professeur Arthurs, (Harry ARTHURS, « The False Promise of the Sharing Economy », dans Derek MCKEE, Finn MAKELA et Teresa SCASSA (dir.) *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms*, Ottawa, University of Ottawa Press, forthcoming 2018), prétend notamment que cette seconde voie est préférable :
 « my aim is not to advocate for any particular form of words but rather to demonstrate that it may be preferable (and technically possible) to create new categories of protected workers, rather than try to hammer the square peg of employment into the round hole of the sharing economy. »

la normativité individuelle. Par contrat, il y a bien évidemment ces contrats d'adhésion que les plateformes imposent à leurs partenaires. Nous nous intéresserons, afin de limiter l'analyse, aux contrats concernant les chauffeurs Uber et leurs clients tout comme les locataires et locataires Airbnb. Mais il y a aussi ces normes, auto-proclamées par ces plateformes, qui établissent leur niveau de diligence en lien avec la vie privée, la sécurité, les « choix » des algorithmes qui sont parfois chargés de discrimination et de biais⁵⁵. Ces règles, tout comme les contrats d'ailleurs, ne donnent pas lieu, pour le moment, à un contrôle très réel du droit. Du fait de leur technicité, d'un laisser-faire assez prégnant, de la nouveauté et du caractère changeant de la donne, les interprètes juridiques ne sont pas très prompts à analyser ces outils. Il y a un vrai « fossé » normatif⁵⁶ ; pas un vide, surtout pas, mais une zone qui passe sous le radar. Ces normes sont pourtant bien réelles, mais elles opèrent en relative autonomie. Une autonomie que l'on se doit de contrôler⁵⁷. Chacune d'elles, norme individuelle (2.1) et contrat (2.2), sera envisagée maintenant.

2.1 Quête de contrôle de la normativité individuelle

Appel à une densification du contrôle. Dans un de ses ouvrages, le philosophe Bernard Stiegler utilise l'image selon laquelle, dans le numérique, la donnée est à la fois le problème et la solution ; la maladie et le remède. Au même titre que le *Pharmakon* dans la pensée grecque⁵⁸, il en est de même avec cette production normative qui origine de la part des acteurs eux-mêmes qui dispose d'une réelle

55. Yanbo GE, Christopher R. KNITTEL, Don MACKENZIE et Stephen ZOEPF, « Racial and Gender Discrimination in Transportation Network Companies », NBER, 2016, en ligne : <<http://www.nber.org/papers/w22776>>. L'étude montre notamment que le temps d'attente et le pourcentage d'annulation est plus élevé chez les Noirs américains ou que les femmes payent en moyenne plus cher.

56. Pour reprendre l'expression de Ryan CALO et Alex ROSENBLAT, *supra*, note 1, qui affirment « a central aim of this article is to address this gap and put forward a positive vision of how consumer protection law should engage with the sharing economy. »

57. Cette notion d'autonomie technologique nous fait penser aux travaux de Jacques ELLUL, *Ellul par lui-même : Entretiens avec Willem H. Vanderburg*, Paris, Édition La Table Ronde, 2008, p. 100 :

« [d]’abord, la technique comme système obéit à sa propre loi, à sa propre logique. On est en présence d’une autonomie de la technique, d’un enfermement de la technique en elle-même. [...] La difficulté, c’est que, comme tout système, la technique devrait avoir sa propre régulation, son feed-back. Or, il n’en est pas ainsi. Je constate qu’il n’y a aucune auto-régulation du système technicien. »

58. Bernard STIEGLER, « Pharmacologie des métadonnées », dans Bernard STIEGLER, Alain GIFFARD et Christian FAURE, *Pour en finir avec la mécroissance : quelques réflexions d’Ars Industrialis*, Paris, Flammarion, 2009 :

« Tout objet technique est pharmacologique : il est à la fois poison et remède. Le pharmakon est à la fois ce qui permet de prendre soin et ce dont il faut prendre

capacité de régulation, mais qui de l'autre pèche par le fait qu'en pratique ces règles ne donnent lieu à aucun contrôle. Ainsi, la normativité individuelle est en effet cette solution qui a été presque unanimement mise de l'avant dans de nombreux domaines du droit des technologies, et notamment dans de nombreux textes législatifs, mais d'un autre côté, cette manière de fonctionner donne lieu à un contrôle très faible du droit. Un contrôle dont on attend une densification dans les années à venir, d'autant que la population elle-même semble l'appeler de ses vœux. Pour illustrer cette tendance, nous voudrions évoquer la Déclaration de Montréal, initiée en novembre 2017 dans le cadre d'un projet universitaire impliquant des chercheurs principalement associés à cette ville⁵⁹. Or, lors d'un récent compte rendu faisant état d'un exercice de co-construction auprès de la communauté⁶⁰, il est intéressant de constater que les personnes consultées demandaient effectivement davantage de prescription, d'assurance, de contrainte. Parmi les sept principes de base, cette large consultation laisse transparaître un besoin accru vers plus de responsabilité, d'autonomie, de vie privée⁶¹ et moins de vœux plus génériques, et plus « mous », comme la justice, la connaissance ou la démocratie. De la même manière, cette consultation montre le souhait des personnes consultées pour plus de « droit », la première réponse souhaitée étant une loi⁶². Si cette solution fonctionne, nous l'avons vu, elle ne peut pas tout. Et souvent, les lois mettent en place un système de délégation normatif envers des codes de conduite, des standards techniques, qui viennent préciser la donne. Si cette délégation s'impose, elle requiert une densification plus soutenue du contrôle.

2.1.1 Normativité individuelle déléguée

Généralisation de la normativité individuelle. La hausse de cette façon de procéder est sans doute en lien avec le fait que nos sociétés contemporaines sont sources de davantage de complexité. Pour reprendre une opposition souvent faite en droit antique, pour gérer cette complexité, on préfère privilégier le droit comme un « processus », tel que présenté par Platon, plutôt que de le considérer

soin, au sens où il faut y faire attention : c'est une puissance curative dans la mesure et la démesure où c'est une puissance destructrice. »

59. Pour en savoir plus, se rendre à <<https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com/>>.

60. DÉCLARATION DE MONTRÉAL IA RESPONSABLE, *Les délibérations en un coup d'œil*, Extraits du bilan sur les résultats des délibérations citoyennes de la Déclaration de Montréal IA responsable, juin 2018, en ligne : <https://docs.wixstatic.com/ugd/ebc3a3_3b095cd68fde452cbd641c5c9b72fb18.pdf>.

61. *Ibid.*, voir le tableau 1, p. 5.

62. *Ibid.*, voir le tableau 2, p. 6.

comme un principe substantiel, conformément aux écrits d'Aristote. En effet, la quête d'objectivation du droit ne peut plus passer uniquement par le respect de principes substantiels généraux tels que la sécurité « adéquate », la gestion « raisonnable », etc., mais requiert de plus en plus une procéduralisation du droit qui peut donner lieu à une appréciation *a posteriori*. Celle-ci pourra être faite dans l'absolu par des juges qui vont ainsi évaluer si ces documentations se basent sur des « justifications rationnelles » pour reprendre l'expression de Jacques Lenoble⁶³.

Documentation. Face à la complexité des situations factuelles, il est commun de voir les lois exiger des acteurs qu'ils documentent leurs façons de faire. Que ce soit en vie privée⁶⁴, où la notion d'imputabilité a pris un essor incroyable depuis le début des années 2010, que ce soit en matière de sécurité⁶⁵ où le même processus apparaît, on se rend bien compte qu'une main tendue est adressée aux acteurs eux-mêmes. Ceux-ci doivent donc élaborer des documentations en se basant soit directement sur des normes formelles (loi ou règlement), mais le plus souvent sur des normes « communautaires » originant d'associations de marchands ou d'organisation nationale ou internationale de normalisation. Ainsi, il est attendu que les entreprises de l'économie de partage fassent preuve de davantage de transparence quant à leur utilisation des données qui est au

63. Jacques LENOBLE, *Droit et communication : la transformation du droit contemporain*, Paris, Éditions du Cerf, Humanités, 1994.

64. La documentation ressort expressément dans les textes de lois, tant au Canada (Dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, précisément dans son annexe 1, on réfère près de 25 fois aux termes tels que « politique », « documentation », « procédure », etc. Bien que moins explicite, on trouve le même principe dans les lois québécoises que sont la *Loi sur la Protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., 2010, c. P-39.1 et la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., 2011, c. A-2.1) qu'en Europe (Voir notamment Jan Philipp ALBRECHT, « Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) », (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), 21 novembre 2013 (dénommé Amendement Albrecht) et particulièrement les articles 40 et s.).

65. Par exemple, la notion de documentation s'est fortement développée dans plusieurs lois récentes en droit de la preuve. De façon explicite, la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (RLRQ, c. C-1.1 et notamment les articles 17, 20, 31, 34, etc.) demande une telle exigence à plusieurs reprises. Implicitement, il en est de même dans la loi fédérale sur la preuve (*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, article 31.1). Ces références sont encore plus évidentes dans des textes de nature technique, communautaire, où le phénomène tient lieu du réflexe : que ce soit ISO, ANSI, ARMA, Moreq, etc., ces organisations élaborent des textes qui requièrent systématiquement la mise en place de procédures.

cœur de leur modèle d'affaires. Cette gestion doit être sous contrôle ; un standard doit être mis de l'avant et une entité de contrôle doit aussi être identifiée. D'ailleurs, plusieurs entreprises du numérique, plus anciennes, ont emboîté le pas : Facebook a par exemple négocié en 2011 un accord avec le Federal Trade Commission (FTC) où la compagnie ouvre ses livres⁶⁶. Cette généralisation du contrôle prend notamment la forme de la mise en place de procédure d'audit. Il en est de même au Royaume-Uni où, à la suite du scandale en lien avec Cambridge Analytica, l'Information Commissioner's Office (ICO) exige dans un rapport préliminaire de juin 2018 qu'une série de mesures documentaires soit mise en place auprès de toutes les parties prenantes autour de cette affaire⁶⁷.

Audit des activités. Nous sommes donc face à une démarche processuelle qui s'est généralisée de tous bords tous côtés⁶⁸ et qui se matérialise dans cet ouvrage mondialement connu de Michael Power « *The Audit Society: Ritual of Verification* » où une hausse significative de cette pratique peut être constatée⁶⁹. En dépit d'une carence définitionnelle⁷⁰, les fonctions varièrent à travers le temps ; originellement conçu comme un moyen de déceler les fraudes, l'audit fut davantage consacré au 20^e siècle comme un moyen d'obtenir un état des lieux⁷¹. En revanche, si, pour le public, le rôle initial semble encore prévaloir, ce n'est pas le cas en pratique⁷², les auditeurs craignant une trop grande responsabilité à cet égard⁷³. Il y a donc une obscurité inhérente à l'audit, et ce, en dépit de cette quête

66. Selon une procédure très américaine, qui prévaut dans plusieurs domaines du droit, il est possible de reconnaître judiciairement certains accords conclus entre une instance gouvernementale et une compagnie privée. Aussi, le 29 novembre 2011, Facebook accepta de s'engager à être davantage transparent dans l'utilisation des renseignements personnels de ses « membres ». Pour plus d'information, voir <<http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/11/111129facebookagree.pdf>>.

67. ICO, « Investigation into the use of data analytics in political campaigns », juin 2018, en ligne : <<https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/2259371/investigation-into-data-analytics-for-political-purposes-update.pdf>>.

68. Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143, p. 202 et s.

69. Michael POWER, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford University Press, 1999, p. 31-32.

70. Sasha COURVILLE, Christine PARKER et Helen WATCHIRS, « Introduction: « Auditing in Regulatory Perspective », (2003) 25-3 *Law & Policy* 179-184, p. 179 : audit has a series of overlapping definitions. Power suggests that “definitions are attempts to fix a practice within a particular set of norms or ideals”. In other words, the use of the word audit (and its definition) is itself often an attempt to claim a particular mission, social status, or policy objective for a practice of accountability and control. »

71. Michael POWER, *supra*, note 69, p. 58.

72. *Ibid.*, p. 60.

73. *Ibid.*, p. 65.

d'objectivation présumée. Les auditeurs reconnaissent donc parfois le flou⁷⁴, voire les doutes en termes d'efficacité, d'autant que des lourds investissements sont souvent de mise. Ils reconnaissent apporter davantage de « confort »⁷⁵ que de la preuve. En conclusion, selon Power, l'audit interne éclipsera bientôt l'audit externe et la distinction entre les deux deviendra superflue. Les auditeurs internes joueront un rôle en matière de réglementation et le contrôle interne sera sous-traité auprès d'agences externes⁷⁶.

Cas particuliers dans l'économie du partage. En ce qui a trait aux économies de partage, il est en effet de multiples hypothèses où cette solution normative semble incontournable. En effet, en premier lieu, on sait que les entreprises usent et abusent des données collectées çà et là sur les usagers de ces entreprises. Bien entendu, les lois sur la vie privée s'appliquent, mais celles-ci ne font qu'indiquer une obligation générale de « responsabilité »⁷⁷, d'imputabilité (*accountability*). Ainsi, et au-delà des données transmises à la suite des mandats étatiques⁷⁸, il importe d'en apprendre davantage sur l'usage qui est fait, par l'entreprise elle-même, des données des acteurs, qu'ils soient conducteurs ou clients ; hébergeurs ou hébergés. Il en est de même, en second lieu, avec le peu de contrôle quant aux calculs opérés par les algorithmes et leurs effets en matière de discrimination. Là encore, pas de vide juridique, mais seulement une ignorance de ces manières de faire avec des principes généraux notamment reconnus par les chartes et autres textes constitutionnels. Dans les deux cas,

74. On peut notamment penser à la Norme ISA 500 (2009) disponible à <<http://www.nifccanada.ca/key-terms-french-only/item21207.pdf>> qui est en charge de contrôler un référentiel pour le moins flou :

« l'objectif de l'auditeur est de concevoir et de mettre en œuvre des procédures d'audit qui lui permettront d'obtenir des éléments probants suffisants et appropriés pour être en mesure de tirer des conclusions raisonnables. »

75. Brian PENTLAND, « Getting Comfortable with the Numbers: Auditing and the Microproduction of Macro-order », (1993) 18 (7/8) *Accounting, Organizations and Society* 605-620. Cette notion de « confort » est reprise dans plusieurs références par la suite : Jagdish PATHAK et Mary R. LIND, « Audit Risk, Complex technology, and Auditing Processes », mars 2003, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=397321>> :

« For an auditor to offer an opinion on the material correctness of a corporation's financial statements, the auditor must rely heavily on the company's business practices and internal controls in order to gain comfort in the reported numbers. »

76. Michael POWER, *supra*, note 69, p. 267.

77. Voir notamment le principe 1 de l'annexe 1 de la *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, mieux connue sous l'acronyme « PIPEDA ».

78. Voir notamment Teresa SCASSA, « Information Law in the Platform Economy: Ownership, Control and Reuse of Platform Data », dans Derek MCKEE, Finn MAKELA et Teresa SCASSA (dir.), *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms*, Ottawa, University of Ottawa Press, forthcoming 2018.

les manquements apparaissent par hasard, au gré d'une enquête ou d'une fuite d'un ancien employé.

2.1.2 Normativité individuelle en quête de contrôle

Deux sortes de normativité individuelle. Afin de combler ces manquements, afin d'assurer un meilleur contrôle de ces activités, il convient désormais d'illustrer la manière dont cette normativité individuelle peut se matérialiser. Nous croyons pouvoir constater deux grandes hypothèses de telles normativités. La première concerne des documentations internes selon lesquelles les entreprises gèrent avec la granularité suffisante ce que les lois ne peuvent directement faire. En effet, une pluralité de politiques, procédures prévalent dans de telles structures commerciales et il ne fait doute que celles-ci disposent d'un haut niveau d'inflexion sur les comportements des acteurs concernés (qu'ils soient chauffeurs ou hébergeurs). En second lieu, et de façon encore plus insidieuse, l'utilisation accrue de méthodes de calculs algorithmiques laisse présager que ces manières de faire sont susceptibles de neutralité et d'une technicité qui rend impossible ou peu nécessaire le contrôle juridique. Il n'y a rien de plus faux !

Normativité documentaire. Au départ, nous n'avions pas, un *a priori* négatif quant à l'élaboration de documentations basées sur des référentiels informels, souvent issus d'associations soit marchandes soit où l'industrie a un mot à dire. En fait, sans doute n'y a-t-il pas de moyen de faire autrement. En revanche, il n'en demeure pas moins qu'il faille réclamer la mise en place d'une réflexion véritable tant sur le processus d'élaboration de la documentation que sur les référentiels sur lesquels elle va se baser. Et une multitude de voix s'insurgent contre cette tendance ferme, mais très peu réfléchie de l'imposition de normes⁷⁹. Or, le constat qu'il importe de faire est que malheureusement, pour le moment, l'on est bien loin de cela, tant à cause de « l'industrie des normes » que des « normes de l'industrie »⁸⁰ elles-mêmes.

Normativité déficiente. Car des carences apparaissent, en premier lieu, sur le contexte financier autour de l'élaboration de telles

79. Romain GORI, « De l'extension sociale de la norme à la servitude de la norme », en ligne : <<http://www.appeldesappels.org/interventions-de-la-journee-du-22-mars-2009/de-l-extension-sociale-de-la-norme-a-la-servitude-volontaire--762.htm>>. L'auteur évoque que « le premier acte de résistance consiste à analyser et à déconstruire le fonctionnement de nos dispositifs de normalisation. C'est là où se trouve la tyrannie du pouvoir contemporain. »

80. Pour reprendre une dichotomie proposée par Nicolas VERMEYS, *Responsabilité civile et sécurité informationnelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 103.

normes. Des normes qui trop souvent « foisonnent » pour reprendre l'expression de Thibault Daudigeos, créant une multiplicité gage de confusion⁸¹. Nous sommes face à de véritables « bazars » de la norme⁸² où, d'une part, on ne sait quand et pourquoi un gouvernement requiert un recours à de telles normes⁸³ et, d'autre part, où certaines organisations ont intérêt à « vendre » la leur. Cette profusion à outrance qui demande à être analysée est d'autant plus problématique que des services de certification et de conseil sont directement dépendants de ces normes.

Normativité payante. Et puis, en second lieu, outre cette multiplicité normative, le caractère ouvert que l'on reconnaît au droit, nécessairement accessible et disponible à celui qui souhaite en découvrir les méandres, semble bien lointain de celui qui a acheté des normes ISO à 150 francs suisses. Il est pour le moins délicat que l'on ne puisse disposer de telles « normes » gratuitement, alors que la doctrine reconnaît sans l'ombre d'un doute la présence de « valeurs » qu'il importe de mieux connaître ; de prendre au sérieux⁸⁴. Ces normes sont donc « techniques », mais elles ne sont pas que cela ; elles constituent aussi des normes disposant d'une véritable portée politique visant tant les choses que les personnes⁸⁵. D'autant que les clauses de droit d'auteur sont totalement délirantes et le processus de vente en ligne très éloigné des bonnes pratiques qu'elles sont censées défendre⁸⁶.

Normativité algorithmique. La seconde hypothèse précitée est donc celle de « choix » opérés par l'industrie elle-même à la suite de

-
81. Thibault DAUDIGEOS, « Des instituts de normalisation en quête de profit et de légitimité. Étude comparée de la production de normes de développement durable en France et en Angleterre », dans Corinne GENDRON, Jean-Guy VAILLANCOURT et René AUDET (dir.), *Développement durable et responsabilité sociale, de la mobilisation à l'institutionnalisation*, Montréal, Presses internationales Polytechnique, 2010, p. 175.
 82. Stacy BAIRD, « The Government at the Standards Bazaar », (2007) 18 *Stanford Law and Policy Review* 35.
 83. *Ibid.*, p. 37 : « However, to date there has been no objective analysis by which the need for and nature of government action may be determined. It is up to government policymakers to determine the best course in the public interest. »
 84. Benoit FRYDMAN, « Prendre les standards et les indicateurs au sérieux », dans Benoit FRYDMAN et Arnaud VAN WAEYENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
 85. Karim BENYEKHLEF, « Une introduction au droit global », dans Karim BENYEKHLEF (dir.), *Vers un droit global ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 1, à la p. 21, citant Benoit FRYDMAN, *supra*, note 84, p. 55.
 86. L'achat des normes ISO par exemple coûte cher (entre 100 et 200 francs suisses) et de surcroît, plusieurs normes donnent lieu à un processus contractuel où l'information contractuelle est disponible après le paiement par carte de crédit (et notamment les licences de droit d'auteur qui sont excessivement rigoureuses). Cette façon de faire est contraire, justement, aux bonnes pratiques en la matière.

la fois à de savants calculs algorithmiques, mais aussi à des décisions strictement commerciales. Ainsi, à titre d'exemple, il est possible de constater que le système d'Uber de fixation des prix est modulable selon les quartiers et le rapport entre l'offre et la demande. Ainsi, des heures de pointe (*surge price*)⁸⁷ existent permettant aux chauffeurs d'avoir des taux de rétribution plus élevés⁸⁸. Or, les chauffeurs n'ont pas, d'une part, accès à toute l'information dont dispose la compagnie et, d'autre part, cette dernière transmet parfois des messages incitant les chauffeurs à travailler alors que les prévisions d'achalandage ne sont pas forcément très fiables. Une réelle asymétrie informationnelle est donc de mise. Il en est de même avec le système de notation des chauffeurs dont l'apparente « neutralité » est encore à pondérer. En effet, les méthodes de calcul de la compagnie demeurent nébuleuses pour les principales personnes concernées⁸⁹.

Zone de tolérance. En dépit de ce réflexe qui est apparu au début de l'ère numérique⁹⁰, on a très vite mis de côté le « vide juridique » supposé⁹¹. Au contraire, c'est bien davantage une explosion de droit que l'on constate, de nouvelles règles s'ajoutant aux anciennes. Non, si cette expression nous semble erronée, on ne peut en revanche pas ignorer que certains pans de la normativité demeurent trop souvent sous un contrôle bien tiède du droit. Et ce que nous nommons la normativité individuelle en est un bon exemple. En effet, parce que ce mode de régulation demeure foncièrement nouveau, parce que le mode de régulation s'est généralisé, nous n'avons pas évalué suffisamment l'ampleur du changement et les juristes n'ont que trop peu pris la mesure du domaine à contrôler. Sous des appellations différentes, le même propos se retrouve tant dans la quête d'une

87. Cette pratique fut même interdite à Delhi en Inde. Pour en savoir plus, voir Michael GEIST, « The Sharing Economy and Trade Agreements: The Challenge to Domestic Regulation », dans Derek MCKEE, Finn MAKELA, et Teresa SCASSA (dir.), *Law and the "Sharing Economy": Regulating Online Market Platforms*, Ottawa, University of Ottawa Press, forthcoming 2018.

88. Alex ROSENBLAT et Luke STARK, « Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers », (2016) 10 *International Journal of Communication* 3758, p. 3772 :
« Through surge pricing's appeal to the concept of algorithms and automated management, Uber can generate and coordinate clusters of labor in response to dynamic market conditions [...] without explaining the reliability of its cluster incentives or guaranteeing the validity, accuracy, or error rates of its labor deployments. »

89. *Ibid.*, p. 3775.

90. On peut notamment penser à la « fameuse » déclaration d'indépendance du cyberspace en 1996. John Perry BARLOW, « A Declaration of the Independence of Cyberspace », 1996, en ligne : <<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>.

91. André LUCAS, *supra*, note 11, par. 11.

meilleure transparence du calcul algorithmique⁹², d'une moindre asymétrie informationnelle⁹³, d'une plus grande imputabilité⁹⁴, dans le besoin de processus plus diligents⁹⁵, que dans la notion de « loyauté des plateformes »⁹⁶. Si l'on s'accorde donc assez unanimement sur cette quête d'un plus grand contrôle, et ce, depuis déjà longtemps⁹⁷, très longtemps⁹⁸, comment cela doit-il se manifester ? Quels sont les moyens que l'on peut mettre en œuvre pour s'assurer que l'opacité actuelle perde du terrain ?

Développement d'outils du contrôle. Face à cette situation, les outils sont bien connus. Ils sont documentaires, informatiques, juridiques. En premier lieu, sur le plan managérial, nous l'avons vu, on peut constater tant une explosion des documentations individuelles que du contrôle par des personnes habilitées, et ce, par le biais d'audits internes ou externes. En dépit de cette généralisation préalablement

-
92. Frank PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.
93. Ryan CALO et Alex ROSENBLAT, *supra*, note 1.
94. Joshua A. KROLL, Joanna HUEY, Solon BAROCAS, Edward W. FELTEN, Joel R. REIDENBERG, David G. ROBINSON et Harlan YU, « Accountable Algorithms », (2017) 165 *University of Pennsylvania Law Review* 363, p. 366 :
« Many observers have argued that our current frameworks are not well-adapted for situations in which a potentially incorrect, unjustified, or unfair outcome emerges from a computer. Citizens, and society as a whole, have an interest in making these processes more accountable. If these new inventions are to be made governable, this gap must be bridged. »
95. Danielle K. CITRON, « Technological Due Process », (2008) 85 *Washington University Law Review* 1249.
96. Voir notamment la section 3 « Loyauté des plateformes et information des consommateurs » de la *Loi française n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique*, et ce, même si ce texte très vague ne vaut que pour protéger les consommateurs.
97. Paul SCHWARTZ, *Data Processing and Government Administration: The Failure of the American Legal Response to the Computer*, 43 *HASTINGS L.J.* 1321, 1992, p. 1323-25 :
« So long as government bureaucracy relies on the technical treatment of personal information, the law must pay attention to the structure of data processing [...] There are three essential elements to this response: structuring transparent data processing systems; granting limited procedural and substantive rights [...] and creating independent governmental monitoring of data processing systems. »
Cité par Joshua A. KROLL, Joanna HUEY, Solon BAROCAS, Edward W. FELTEN, Joel R. REIDENBERG, David G. ROBINSON et Harlan YU, *supra*, note 94, p. 668.
98. Voir notamment l'exemple du système SABRE de réservation aérienne qui dès les années 1950 avait pour conséquence de favoriser une meilleure indexation de certaines compagnies et notamment American Airlines. Ladite entreprise a été obligée de faire preuve de transparence de son système, et ce, par une loi spécifique afin de contrer cette pratique anti-concurrentielle. Pour en savoir plus, voir Christian SANDVIG, Kevin HAMILTON, Karrie KARAHALIOS et Cedric LANGBORT, « Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms », 2014, en ligne : <<https://perma.cc/DS5D-3JYS>>.

décrite, ces solutions ne sont pas la panacée. La documentation est certes de plus en plus objectivée par des normes techniques qui viennent préciser les obligations à respecter. En effet, l'audit, outre ses coûts, présente des limites en termes d'efficacité. Les défauts documentaires furent mesurés tant en matière de sécurité financière⁹⁹ que dans le cas particulier du vote électronique¹⁰⁰. Il y a donc tout naturellement, en deuxième lieu, un réflexe vers une solution plus technologique. Des auteurs proposent une série de solutions pour assurer ce contrôle si recherché. Il y a notamment la vérification logicielle, qui permet de mesurer les éventuels biais associés à certains algorithmes. Il y a aussi les captures cryptologiques qui figent dans le temps les outils informatiques qui sont sous analyse¹⁰¹. En tous les cas, de tels moyens présentent tout de même certains travers et l'un d'eux, d'ordre économique, politique, implique généralement que la vérification s'opère par une agence, un « certificateur ». Ainsi, alors que la solution managériale est sur les épaules des entreprises, l'approche technologique nous semble davantage demander l'intervention d'une entité qui se rapproche du rôle habituellement octroyé à un État¹⁰². Cette distinction n'est pas anodine ; le centre de gravité du contrôle est différent. Et cela nous amène à la troisième voie ; celle du contrôle judiciaire. Car pour être tout à fait honnête, face à la nouveauté, la complexité inhérente, il n'y a pas encore une véritable appropriation de ce contrôle sinon par le droit, mais du moins par

99. On peut notamment penser à la démesure documentaire à la suite des scandales financiers du début des années 2000 qui entraînèrent l'adoption du *Sarbanes-Oxley Act*. Voir notamment Henry N. BUTLER et Larry E. RIBSTEIN, *The Sarbanes-Oxley Debacle*, Washington, AEI Press, 2006 ; Vincent GAUTRAIS, « La gestion électronique de l'information financière : illustration de l'acculturation du droit des affaires électroniques », dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *Acculturation du droit des affaires*, Éditions Thémis, Montréal, 2007, p. 379-432.

100. Joshua A. KROLL, Joanna HUEY, Solon BAROCAS, Edward W. FELTEN, Joel R. REIDENBERG, David G. ROBINSON et Harlan YU, *supra*, note 94, p. 661.

101. *Ibid.*, p. 662-674 sous l'intitulé « Technical Tools for Procedural Regularity ».

102. *Ibid.*, p. 667 :

« This means a government agency or other organization can commit to the assertions that (1) the particular decision policy was used and (2) the particular data were used as input to the decision policy (or that a particular outcome from the policy was computed from the input data). The agency can prove the assertions by taking its secret source code, the private input data, and the private computed decision outcome and computing a commitment and opening key (or a separate commitment and opening key for each policy version, input, or decision). The company or agency making an automated decision would then publish the commitment or commitments publicly and in a way that establishes a reliable publication date, perhaps in a venue such as a newspaper or the Federal Register. Later, the agency could prove that it had the source code, input data, or computed results at the time of commitment by revealing the source code and the opening key to an oversight body such as a court. »

l'appareil judiciaire. Car la réception par les tribunaux de cette forme de normativité est encore pour le moins perfectible, de très rares décisions de justice référant à de telles situations. Si la jurisprudence dispose d'une merveilleuse capacité d'adaptation aux faits, les juges sont gênés par la complexité inhérente au sujet, les références aux normes techniques¹⁰³, la fréquente médiation des témoins experts. Un hiatus s'opère. Il importe de densifier l'arrimage entre droit et technique. Nous n'aurons d'autres choix de revaloriser une nouvelle *lex electronica*¹⁰⁴, une nouvelle *lex informatica*¹⁰⁵.

2.2 Quête de contrôle de la normativité contractuelle

Le contrat, pilier du commerce électronique, est un outil juridique d'une grande flexibilité. Aucune forme n'y est, sauf exception, associée, le consentement étant suffisant à sa réalisation¹⁰⁶. Fort de cette souplesse, la jurisprudence a au Canada interprété avec largesse la réalisation contractuelle dans le contexte numérique et les lois, en matière de consommation notamment, établirent des processus faciles à réaliser¹⁰⁷. Ce moindre contrôle par le droit a amené l'industrie à adopter des pratiques contractuelles que nous croyons contestables. Des pratiques qui mériteraient un meilleur contrôle du droit plus en phase avec les principes premiers prévalant en droit des obligations.

2.2.1 Normativité contractuelle omniprésente et déficiente

Défaillances rédactionnelles. Les contrats « grand public » qui ne manquent pas de foisonner sur les plateformes « Web », tout comme ceux utilisés dans l'économie de partage, sont un nouvel exemple de l'omniprésence normative en ces matières. Encore une fois, point de vide juridique, mais au contraire du trop plein. Pathologie contractuelle¹⁰⁸ s'il en est une, au seul regard des contrats Uber et Airbnb, on peut s'étonner, se désoler aussi, de leur longueur indue,

103. Vincent GAUTRAIS, « Preuve et développement durable : objectivation du droit par la normativité individuelle », dans Vincent GAUTRAIS et Mustapha MEKKI, *Preuve et développement durable*, Montréal, Éditions Thémis, 2016, p. 43-74.

104. Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 220.

105. Joel REIDENBERG, « Lex Informatica », (1998) 76 *Texas Law Review* 553-593.

106. Art. 1386 C.c.Q.

107. On peut notamment penser aux articles 54.1 et s. de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1.

108. Vincent GAUTRAIS, « Contrat 2.0 : les 2 couleurs du contrat électronique », *Mélanges Adrian Popovici*, Éditions Thémis, Montréal, 2010, p. 241-259, à la p. 256.

ces contrats étant tous deux respectivement de 16¹⁰⁹ et 75¹¹⁰ pages. En plus d'être longs, ils sont vagues¹¹¹ et sont trop souvent sujets à interprétation. De surcroît, ces textes sont remplis d'hypertextes qui viennent encore plus augmenter la taille de ceux-ci¹¹². Nous sommes donc face à de vraies pathologies contractuelles qui valent tant pour les conditions d'utilisation du service proposé que pour les stipulations en lien avec la protection des renseignements personnels. Il y a donc un « coût »¹¹³ sur les adhérents-consommateurs qui outrepassent largement les avantages potentiels¹¹⁴. Un « coût » que même les consommateurs diligents, en lisant ces clauses, ne parviennent pas dans les faits à réduire¹¹⁵.

Défaillances de manifestation de consentement. Mais ce n'est pas tout : ces manquements ne se matérialisent pas uniquement dans la rédaction du contrat, mais également dans la façon dont les adhérents manifestent leur consentement. Plusieurs modes de comportement ont été développés et plusieurs d'entre eux ont donné lieu à interprétation des tribunaux. Ainsi, les « clickwraps » (fait de cliquer sur une icône) sont généralement considérés comme plus protecteurs pour l'adhérent que les « browsewrap » (fait de conclure un contrat par la seule présence d'un contrat sur le site qui engage l'utilisateur). Certes. Certes, c'est mieux, mais si peu. Une auteure américaine montre en effet que l'opportunité laissée à l'adhérent de cliquer sur une telle icône ne change presque rien en termes de connaissance du contenu contractuel¹¹⁶. L'ensemble du processus est fait pour aller vite et les consommateurs ne lisent pas ; ne veulent pas lire.

109. Voir <<https://www.uber.com/fr/legal/terms/us/>> et <<https://www.uber.com/legal/privacy/users/en/>>.

110. Voir <<https://fr.airbnb.ca/terms>>.

111. On peut notamment penser à l'analyse faite en matière de politiques de vie privée où l'imprécision est de mise presque systématiquement. Joel R. REIDENBERG, Jaspreet BHATIA, Travis D. BREAUX, Thomas B. NORTON, « Automated Comparisons of Ambiguity in Privacy Policies and the Impact of Regulation », (2016) *Fordham Law Legal Studies Research Paper* No. 2715164, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=2715164>>.

112. Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2005) 106 *Revue du Notariat* 617-640.

113. Aleecia M. MCDONALD et Lorrie Faith CRANOR, « The Cost of Reading Privacy Policies », (2008) Carnegie Mellon University, en ligne : <<http://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>>.

114. Omri BEN-SHAHAR et Carl E. SCHNEIDER, « The Failure of Mandated Disclosure », (2011) 159 *University Pennsylvania Law Review* 647.

115. Tess WILKINSON-RYAN, « Contracts Without Terms », University of Pennsylvania Law School, 2016, p. 7, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738567>.

116. Florencia MAROTTA-WUGLER, « Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's – Principles of the Law of Software Contracts », (2011) 78-1 *University of Chicago Law Review* 165.

Admission généralisée de la forme déficiente des contrats électroniques. En dépit des pathologies précitées, il faut constater une tendance judiciaire assez laxiste quant à leur admission. Au Canada, l'arrêt « phare » est sans aucun doute la décision *Dell Computer*¹¹⁷ en juillet 2007 qui refusa de considérer un contrat long et verbeux comme incompréhensible¹¹⁸ ou autrement abusif¹¹⁹. Plus exactement, les juges établirent que « preuve n'a pas été faite » de ces violations. Même si l'argumentaire des intimés était effectivement assez faible, la cour n'a pas osé franchir le pas d'un plus grand contrôle des contrats en ligne. L'approche « *free for all* » qui est globalement suivie dans la pratique contractuelle a donc été tolérée. La vieille jurisprudence états-unienne *ProCD c. Zeidenberg*¹²⁰, modifiant la jurisprudence antérieure¹²¹, a été adoubee. La volonté, autrefois mythifiée, devient décorative¹²². Et c'est dommage¹²³ ! Cette tolérance a eu en effet pour effet de prôner le *statu quo*. Nul besoin d'améliorer les contrats ; le débat qui eut cours dans les années 1970 sur la notion de « *plain english* »¹²⁴

117. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 RCS 801, 2007 CSC 34.

118. Art. 1436 C.c.Q.

119. Art. 1437 C.c.Q.

120. *ProCD, Inc. c. Zeidenberg*, (1996) 908 F. 3d. 1447.

121. On peut notamment citer la trilogie *Step-Saver Data System Inc. v. Wyse Technology*, 939 F. 2d 91 (3rd Cir. 1991); *Vault Corp. v. Quaid Software*, 847 F. 2d 255 (5th Cir. 1988); *Arizona Retail System v. Software Link*, 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993).

122. Mark A. LEMLEY, « Terms of Use », (2006-2007) 91 *Minn. L. Rev.* 459. L'auteur évoque relativement à cette période 1996-2006 les propos suivants :

« Electronic contracting has experienced a sea change in the last decade. Ten Years ago, courts required affirmative evidence of agreement to form a contract. [...] Today, by contrast, more and more courts and commentators seem willing to accept the idea that if a business writes a document and calls it a contract, courts will enforce it as a contract even if no one agrees to it. »

123. Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37 *R.G.D.* 407, 420 (n° 26-27).

124. Voir Ruth SULLIVAN, « The Promise of Plain Language Drafting » (2001) 47 *R.D. McGill* 97; Carl FELSENFELD et Alan SIEGEL, *Writing Contracts in Plain English*, St. Paul, Minn., West, 1981; Jeffrey DAVIS, « Protecting Consumers from Overdisclosure and Gobbledygook: an Empirical Look at the Simplification of Consumer-Credit Contracts », (1977) 63 *Virginia Law Review* 841; Robert C. DICK, « Plain English in Legal Drafting », (1980) 18 *Alberta Law Review* 509; Carl FELSENFELD, « The Plain English Movement in the United States », (1981) 6 *Canadian Business Law Journal* 408; David M. LAPRAIRIE, « Note Taking the "Plain Language" Movement too far: The Michigan Legislature's Unnecessary Application of the Plain Language Doctrine to Consumer Contracts », (2000) 45 *Wayne Law Review* 1927-1952. Voir aussi Melvin A. EISENBERG, « The Limits of Cognition and the Limits of Contract », (1995) 47 *Stanford Law Review* 211; Melvin A. EISENBERG, « Text Anxiety », (1986) 59 *Southern California Law Review* 305.

est enterré, et ce, malgré de rares réminiscences dans la jurisprudence¹²⁵.

Défaillances conceptuelles sur la place du « vouloir ».

Une tendance jurisprudentielle tend donc à infléchir la place du « vouloir » au sein des contrats. En effet, si le principe demeure comme l'une des conditions de réalisation du contrat¹²⁶, le consentement est désormais aisément facile à matérialiser, et ce, même si cet état de fait est, on le sait, illusoire. Ainsi, en Amérique du Nord, l'autonomie de la volonté, sans être formellement remise en cause, se dilue à deux niveaux. Plus précisément, comme nous l'avons vu précédemment, cette compréhension souple se vérifie tant dans la communication de l'information contractuelle que dans la manière de manifester le consentement. Condamnant cet état de fait, et ce changement de paradigme important, Mark Lemley constate désormais que

[t]oday, by contrast, more and more courts and commentators seem willing to accept the idea that if a business writes a document and calls it a contract, courts will enforce it as a contract even if no one agrees to it.¹²⁷

Une érosion peut donc être constatée :

The idea of voluntary willingness first decayed into consent, then into assent, then into the mere possibility or opportunity for assent, then to merely fictional assent, then to mere efficient rearrangement of entitlements without any consent or assent.¹²⁸

Une érosion qui est d'autant plus contradictoire que les contrats ne cessent de répéter que l'adhérent a compris et bien lu les stipulations illisibles¹²⁹.

125. On peut notamment penser à la décision *Moko c. Ebay Canada Ltd.*, 2013 QCCS 856.

126. Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) 2 *Revue trimestrielle de droit civil* 357, 375 : « la volonté doit s'objectiver dans des consentements dont l'expression, l'accord et les effets devront être conformes à cet idéal supérieur ».

127. Mark A. LEMLEY, « Terms of Use », (2006-2007) 91 *Minnesota Law Review* 459.

128. Margaret J. RADIN, « Boilerplate Today: The Rise of Modularity and the Waning of Consent », dans Omri BEN-SHAHAR, *Boilerplate: the foundation of market contracts*, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 196.

129. À titre d'exemple, dans le contrat Airbnb, le contrat mentionne à 26 reprises que l'adhérent comprend (« you understand [...] ») le contenu contractuel. De la même manière, à neuf occasions, il invite l'adhérent à lire une clause en particulier.

2.2.2 Normativité contractuelle en quête de contrôle

Relativement aux avenues possibles pour un meilleur contrôle des contrats en cause, elles se présentent tout naturellement en deux voix : la forme et le fond.

Avenues possibles quant au contrôle de la forme contractuelle. Dans les contrats proposés par les entreprises de technologies disruptives, comme dans l'ensemble du commerce électronique, il nous semble impérieux qu'un véritable « marketing contractuel »¹³⁰ puisse être proposé. Il importe donc d'écrire les contrats en ayant en tête que le contenu contractuel ne sera pas lu par le consommateur s'il continue à être présenté selon les standards précités. Les efforts rédactionnels qui ont pu être soulevés dans le passé, basés sur l'usage de couleurs ou de caractères distincts¹³¹, sont de piètres pis-aller ; un pansement sur une jambe de bois. Bien davantage, c'est une réécriture complète qui doit être considérée. Au-delà de la longueur, les contrats doivent être intégrés au processus d'achat, faisant partie du processus comme le choix du produit. Il est étonnant de constater que sur les sites Internet, seuls les contrats sont conçus pour ne pas informer. Partout ailleurs, on cherche à retenir le client ; dans les contrats, c'est l'inverse. Dans cette optique d'information, et par le fait même, d'une reconsidération du « vouloir », les limites sont celles de la créativité des avocats. Une première direction pourrait être d'introduire des images, chacune d'elles, tel un pictogramme, résumant la clause en question¹³². Ensuite, pourquoi ne pas rendre accessible le contrat dans un format sonore. À une époque où le nombre d'analphabètes fonctionnels se situe près des 50 %, il n'est pas inconcevable de « traduire » le contrat vocalement. Le numérique autorise ce procédé et sans doute qu'une telle solution aurait en soi un effet sur la longueur, la majorité des contrats actuels ne pouvant être lus dans un temps raisonnable. Encore, il y aurait lieu de catégoriser les contrats, ceux-ci pouvant être distincts selon le type de produit vendu, la qualité de l'acheteur, le lieu du consommateur, etc. Enfin, et sans prétention d'exhaustivité, le renforcement du « vouloir » pourrait se manifester aussi par une individualisation du contrat, le nom des protagonistes pouvant être

130. Vincent GAUTRAIS, *supra*, note 108, p. 256.

131. Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2005) *Revue du Notariat* 617-650.

132. La solution avait été envisagée dans une version préalable du règlement européen sur la protection des renseignements personnels où des pictogrammes étaient proposés afin de mieux décrire, notamment, le type de traitement opéré par un site. Jan Philipp ALBRECHT, *supra*, note 64. Une approche similaire est en revanche bel et bien effective dans les six licences distinctes prévues par *Creative Commons*. Pour en savoir davantage, voir <<http://creativecommons.ca/>>.

inséré dans le contrat lui-même. Le consommateur pourrait donc se sentir davantage impliqué en voyant son nom apparaître et les obligations contractuelles ainsi plus directement associées à sa personne.

Contrôle administratif. Cela dit, nous l'avons vu, le contrôle judiciaire, notamment dans l'arrêt *Dell*, n'a été que minimaliste. C'est la raison pour laquelle des solutions alternatives de contrôle des pratiques contractuelles ont été proposées par la doctrine. Une de celles qui est la plus communément proposée est de s'assurer qu'une agence gouvernementale dédiée puisse en amont effectuer un tri des clauses « déraisonnables »¹³³. Si la solution fonctionne d'ailleurs aux États-Unis dans certains domaines, à haute saveur d'« ordre public » (comme par exemple en ce qui a trait aux prêts immobiliers), il est, selon nous, complexe de l'étendre à un secteur économique aussi transversal que les technologies disruptives. En effet, le numérique est un outil et le contrat électronique est « a-sectoriel ». De ce fait, il est plus difficile de fédérer les pratiques. De surcroît, cette manière de faire est affaire de culture et l'intégration d'agences étatiques n'est pas en Amérique du Nord un réflexe fréquemment utilisé. Ainsi, et en dépit de ses avantages indéniables, et de ses réalisations véritables¹³⁴, les solutions française¹³⁵ ou israélienne¹³⁶ ne semblent pas facilement transposables dans d'autres continents.

Avenues possibles quant au contrôle du fond des contrats. Mais au-delà de la forme des contrats numériques, il est possible de croire que le salut passera davantage par le contrôle du fond que de la forme. Llewellyn, grand architecte de la codification états-unienne aux alentours de 1960, réclamait que le système judiciaire opère ce contrôle des contrats où le consentement des clauses est dans les faits impossible :

Instead of thinking about « assent » to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are

133. Arthur A. LEFF, « Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause », (1967) 115 *University of Pennsylvania Law Review* 485; David SLAWSON, « Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power », (1971) 84 *Harvard Law Review* 529, cité par Ian AYRES et Alan SCHWARTZ, « The No-Reading Problem in Consumer Contract Law », (2014) 66 *Stanford Law Review* 545.

134. On peut notamment penser aux recommandations de la Commission des clauses abusives française qui lista une série de clauses problématiques en matière de services de fournitures d'accès Internet ou de location automobile. Ce travail de tri fut d'ailleurs repris par la jurisprudence.

135. Avec la Commission des clauses abusives.

136. Sinai DEUTSCH, « Controlling Standard Contracts – The Israeli Version », (1985) 30 *McGill Law Journal* 458.

the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms.¹³⁷
(Nos soulèvements)

Cette solution a d'ailleurs été intégrée dans certains textes¹³⁸. Cela dit, au-delà de la grande sagesse de cette formule, il faut bien constater que ce mode traditionnel de contrôle ne fonctionne pas de façon optimale. En effet, nous l'avons vu, peu de décisions viennent sanctionner les pratiques contractuelles. Au Canada, la décision *Dell Computer* a illustré le refus de la part des juges d'effectuer ce rôle de contrôle¹³⁹, la sécurité juridique étant favorisée au détriment du consommateur¹⁴⁰; rôle qui ne fut d'ailleurs pas accentué avec les nouvelles dispositions législatives propres aux contrats de consommation électroniques qui souhaitaient pourtant renforcer le besoin d'information contractuelle¹⁴¹.

Espérance jurisprudentielle ? Néanmoins, malgré ce discours « chagrin », on peut se demander s'il n'y a pas lieu d'espérer quelque peu. En effet, le 23 juin 2017, une décision importante de la Cour suprême du Canada est venue tempérer la toute-puissance contractuelle : *Douez c. Facebook*¹⁴². Dans une décision il est vrai très partagée, la majorité de la Cour suprême est allée dans une direction où on ne l'attendait pas en considérant qu'il existait des motifs sérieux

137. Karl LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, p. 370-71 & n. 338 (1960), cité par Ian AYRES et Alan SCHWARTZ, *supra*, note 133.

138. Restatement (Second) of Contracts, § 211 :
« Although customers typically adhere to standardized agreements and are bound by them without even appearing to know the standard terms in detail, they are not bound to unknown terms which are beyond the range of reasonable expectation. »

139. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34. Voir notamment les par. 101 à 103 sur les clauses illisibles ou autrement abusives.

140. Alain PRUJINER, « Canada – Cour suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note », (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 1, 41 :

« l'interprétation restrictive donnée à la clause externe des contrats d'adhésion dans le cyberspace marque une forte tendance de la Cour en faveur de la sécurité juridique des rédacteurs de contrats plutôt qu'une préoccupation de protection de l'adhérent. »

141. Relativement à l'exemple québécois, les amendements introduisant l'obligation de rédiger le contrat de façon « évidente et intelligible » et le « porter à la connaissance du consommateur » (art. 54.4 *in fine*) n'a donné lieu en dix ans à aucune décision.

142. *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33.

pour ne pas donner application à la clause d'élection de for identifiant le droit californien applicable et la Cour du district de Santa Clara compétente¹⁴³. Ainsi, si de telles clauses sont habituellement valides, il a été admis qu'une série d'arguments militait pour un renversement. Parmi eux, on peut citer d'abord et avant tout le fait que l'on est dans une situation de consommation¹⁴⁴. Cette justification est remarquable, car aucun débat n'est fait sur cette qualification ; cela va de soi et la décision prend acte que nous sommes face à une situation de consommation¹⁴⁵, et ce, même si le contrat Facebook est un acte à titre gratuit. L'absence de débat est intrigante, et ce, même si cette position semble en effet tout à fait justifiée. Elle n'en demeure pas moins nouvelle dans la mesure où certaines décisions plus anciennes avaient déjà proposé des positions inverses¹⁴⁶. Aussi, de ce fait, une fragilité inhérente est constituée de cette relation ; fragilité qui est accentuée et multipliée par le développement d'Internet¹⁴⁷, mais aussi par le fait que les usagers ne sont pas véritablement dans une situation où ils ont la capacité de choisir autre chose¹⁴⁸. Cet arrêt est donc majeur dans la

143. *Ibid.* Tel que cela apparaît au par. 8.

144. *Ibid.* Voir notamment le par. 33 :

« And as one of the interveners argues, instead of supporting certainty and security, forum selection clauses in consumer contracts may do “the opposite for the millions of ordinary people who would not foresee or expect its implications and cannot be deemed to have undertaken sophisticated analysis of foreign legal systems prior to opening an online account” » (Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic Factum, at para 7).

145. Dès le premier paragraphe, la situation est qualifiée comme telle :

« [1] Forum selection clauses purport to oust the jurisdiction of otherwise competent courts in favour of a foreign jurisdiction. To balance contractual freedom with the public good in having local courts adjudicate certain claims, courts have developed a test to determine whether such clauses should be enforced. This test has mostly been applied in commercial contexts, where forum selection clauses are generally enforced to hold sophisticated parties to their bargain, absent exceptional circumstances. This appeal requires the Court to apply this test in a consumer context. » (Nos soulignements)

146. Voir notamment la décision *St-Arnaud c. Facebook*, 2011 QCCS 1506, où l'on peut lire au par. 19 : « Facebook does not have a consumer relationship with its Users. »

147. *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33, notamment au par. 36 :

« Such a development is especially important since online consumer contracts are ubiquitous, and the global reach of the Internet allows for instantaneous cross-border consumer transactions. » Dans le même sens, voir les propos tenus par la juge Abella (par. 99).

148. *Ibid.*, par. 56 :

« In particular, unlike a standard retail transaction, there are few comparable alternatives to Facebook, a social networking platform with extensive reach. British Columbians who wish to participate in the many online communities that interact through Facebook must accept that company's terms or choose not to participate in its ubiquitous social network. As the intervener the Canadian Civil Liberties Association emphasizes, “access to Facebook and social media platforms, including the online communities they make possible, has become

mesure où il introduit un arrêt à la tendance individualiste du contrat, et ce, même si cela ne porte que sur une question précise en lien avec l'élection de for. Une tendance que la juge Abella souhaiterait sans doute étendre au-delà de ce questionnement¹⁴⁹.

increasingly important for the exercise of free speech, freedom of association and for full participation in democracy" (I.F., at para 16). Having the choice to remain "offline" may not be a real choice in the Internet era. »

149. *Ibid.*, par. 104 :

« In general, then, when online consumer contracts of adhesion contain terms that unduly impede the ability of consumers to vindicate their rights in domestic courts, particularly their quasi-constitutional or constitutional rights, in my view, public policy concerns outweigh those favouring enforceability of a forum selection clause. »