

Actualité jurisprudentielle de 2022 en commerce électronique : le club des cinq*

Vincent Gautrais**

RÉSUMÉ/ABSTRACT	437
1. LA SIGNATURE	440
1.1 Forme imposée de signature	441
1.2 Forme libre de signature	442
2. LA PREUVE	444
2.1 Généralisation de la preuve à soi-même	445
2.2 Prévalence de la qualification des documents numériques	448
3. LA CONSOMMATION NUMÉRIQUE	449
4. LES ALGORITHMES	454
5. LA QUALIFICATION D'ÉPICERIE FACE À LA VENTE EN LIGNE	457

© CIPS 2023.

* Nous venons de nous rendre compte que cette référence littéraire a déjà été introduite par le professeur Moyse dans les *Cahiers de propriété intellectuelle* de 2009 (21-2) : « Le club des cinq et les mystères du droit de la concurrence ».

** Vincent Gautrais est professeur titulaire au Centre de recherche en droit public (CRDP), Faculté de droit de l'Université de Montréal et titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique. Site Web : www.gautrais.com. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca.

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

RÉSUMÉ

Dans le cadre de de cet exercice éditorial, nous avons eu cette année de la difficulté à identifier seulement cinq décisions. Il est vrai que 2022 est un « grand cru ». Si les décisions 2022 en droit du commerce électronique était un Bordeaux rouge, ce ne serait peut pas un 1961 mais sans doute un 1986 ou 1988, c'est-à-dire une année qui se caractérise par sa qualité et sa quantité. Aussi, face à la pléthore de décisions, nous avons plutôt choisi de traiter non pas cinq décisions mais cinq sous-domaines du droit du commerce électronique, à savoir : 1) la signature ; 2) la preuve ; 3) la consommation numérique ; 4) les algorithmes ; 5) la qualification d'une épicerie. En tout, c'est environ une trentaine décisions qui seront envisagées.

MOTS-CLÉS

Signature – Preuve numérique – Algorithme – Consommation numérique – Épicerie

ABSTRACT

As part of this editorial exercise, this year we had difficulty in identifying only five decisions. It's true that 2022 is a "grand cru". If the 2022 e-commerce law decision were a red Bordeaux, it might not be a 1961 but probably a 1986 or 1988, i.e. a year characterized by both quality and quantity. So, in view of the plethora of decisions, we have chosen instead to deal not with five decisions but with five sub-fields of e-commerce law, namely: 1) Signature; 2) Evidence; 3) Digital Consumption; 4) Algorithms; 5) Qualification of a grocery store. In all, around thirty decisions will be considered.

KEYWORDS

Signature – Digital Evidence – Algorithms – Digital Consumption – Grocery Definition

Oups ! Avouons-le tout de go : nous avons triché ! L'exercice désormais habituel de faire paraître dans les *Cahiers de propriété intellectuelle* un choix éditorial de cinq décisions importantes dans le domaine d'étude est dans le cadre de la présente chronique quelque peu galvaudé. C'est que l'année 2022 est un grand cru : sans que ce soit l'équivalent de l'année 1961 pour les bordeaux rouges, elle correspond à un cru abondant où, clairement, on est capable d'identifier cette tendance désormais consacrée de la prégnance du numérique dans notre société québécoise. Une consécration qui se traduit par un accroissement des décisions de justice évoquant les technologies tout comme les domaines de droit dans lesquels elles sont analysées.

Cinq questionnements. Face à cette profusion, il nous était difficile de faire un choix. C'est la raison pour laquelle, plutôt que cinq jugements ou arrêts, ce seront cinq questions de droit, cinq mots même, en lien avec le commerce électronique qui vont ponctuer les présents développements nous permettant ainsi, d'où la tricherie préalablement évoquée, d'envisager une presque vingtaine de décisions québécoises de cette cuvée 2022¹. Dans un premier temps, nous souhaitons parler de signature qui, cette année, a donné lieu à un traitement dense par la jurisprudence (1) ; ce qui est d'autant plus étonnant que peu de décisions avaient par le passé évoqué cette question. En deuxième lieu, forcément, on trouve plusieurs décisions importantes en matière de preuve (2). Nous souhaitons également, même s'il s'agit d'une décision ne concernant que l'autorisation d'un

1. Pour la signature : *Architectes (Ordre professionnel des) c. Baribeau*, 2022 QCCDARC 5 ; *Architectes (Ordre professionnel des) c. Leblanc*, 2022 QCCDARC 2 ; *Groupe Atwill-Morin inc. c. Construction de défense Canada*, 2022 QCCS 4512 ; *Bennigton Financial Corp. c. Dufour*, 2022 QCCQ 6420. Pour la preuve : *P.V. c. C.V.*, 2022 QCCS 4720 ; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444 ; *S.B. c. Retraite Québec*, 2022 QCTAQ 9645 ; *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière c. CISSS de Lanaudière*, 2022 QCSAT 107732 ; *M.K. c. A.F.*, 2022 QCCQ 4060 ; *Percher (Sharon Percher courtier immobilier) c. 89069 Canada Ltd.*, 2022 QCCS 1830 ; *Droit de la famille – 2247*, 2022 QCCS 128 ; *Direct Contrôle inc. c. RGF Électrique inc.*, 2022 QCCS 1762 ; *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. 9306-2990 Québec inc.*, 2022 QCCQ 1683 ; *Église Essénienne Chrétienne c. Cecchella*, 2022 QCCS 3295. Pour la consommation : *Lavoie c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2022 QCCS 1060. Pour les algorithmes : *Beaulieu c. Facebook Inc.*, 2022 QCCA 1736. Pour la vente en ligne : *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133.

recours collectif, traiter d'un litige qui concerne les algorithmes de Facebook (4). Pour une première fois au Québec, à notre connaissance du moins, on va donc en savoir davantage sur la manière dont cette plateforme gère ses algorithmes et notamment sur les risques de discrimination qui peuvent y être associés. Sinon, et de façon plus ponctuelle, nous avons été intrigués par une décision du Tribunal de la Régie des alcools, des courses et des jeux qui doit déterminer ce qu'est une épicerie (5) ; plus exactement, si un service de vente en ligne (GoodFood Market) répond à la définition qui en est donnée. Enfin, et de façon un peu étonnante, nous avons été surpris qu'en revanche, il y ait assez peu d'activité jurisprudentielle autour des contrats de consommation à distance et en tout premier lieu numérique. Nous ferons néanmoins référence là encore à un recours collectif sur un nouvel épisode d'erreur sur le prix (3). Cette diversité de vue va de façon tout aussi éclatée nous amener à considérer une grande variété de lois telles que le *Code civil du Québec*, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (ci-après « LCCJTI »)², la *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après « L.p.c. »), la *Charte des droits et libertés de la personne*, la *Loi sur les permis d'alcool*. Rien de moins.

1. LA SIGNATURE

Obligatoire ou pas. Comme mentionné en introduction, 2022 est l'année du traitement juridique de la signature au Québec. Sans prétention d'exhaustivité, nous allons minimalement traiter de quatre décisions qui s'y réfèrent expressément. Toutes n'ont pas la même importance. Néanmoins, il nous semble possible de traiter de ce sujet passionnant au regard de deux situations : parfois, le format de la signature est imposé par une loi ou un contrat ; dans d'autres hypothèses, le plus souvent même, la signature est libre quant à la manière de la représenter.

2. Notons que selon le site CanLII, en 2022, pas moins de 63 décisions citent la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Selon une étude réalisée il y a quelques années (Vincent GAUTRAIS, *Étude juridique sur la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (RLRQ c. C-1.1)*, 2020, p. 112), il fut montré que de 2001 à 2018, le plus grand nombre de décisions annuelles était autour de 30. Même si tous ces jugements ne sont pas significatifs, la hausse est assurément très sensible.

1.1 Forme imposée de signature

Forme obligatoire par la loi. Sans que la jurisprudence sur ce sujet doive donner lieu à trop de développements, nous voulons seulement faire état du fait que les ordres professionnels sont pour certains intervenus avec vigueur quant au format de signature que leurs professionnels doivent suivre. Si certains ordres ne sont aucunement intervenus³, se limitant à une obligation individuelle des professionnels devant détenir une compétence technologique minimale⁴, d'autres ont imposé certaines signatures particulières⁵ alors que d'autres proposent des options. C'est de cette troisième situation qu'une série de décisions⁶ a vu le jour en 2022 concernant notamment les architectes et l'article 33 du *Code de déontologie des architectes* qui identifie trois formes distinctes de signatures : une signature sur support papier, une hybride et une sur support numérique⁷. Une certaine rigueur découle de cette jurisprudence qui s'explique tant par le caractère spécifique de la disposition que du formalisme associé à l'acte concerné en tant qu'*instrumentum*, visant à protéger le public⁸. Ainsi, une signature apposée par un secrétaire ne peut être tolérée⁹ tout comme un banal « copié-collé » de signature¹⁰.

Forme autrement obligatoire. Une autre affaire en lien avec une signature trouve écho dans le déroulement d'un appel d'offres exigeant qu'un cautionnement soit « signé et scellé numériquement »¹¹. En l'espèce, une irrégularité est apparue, la signature requise étant seulement « scannée »¹². Si l'irrégularité est constatée

3. L'ordre professionnel des avocats que constitue le Barreau du Québec refuse pour le moment d'imposer une forme particulière de signature. Dans le passé, une simple recommandation fut proposée d'utiliser un outil de signature en particulier. Voir notamment à propos de l'outil « Mail it Safe », Christine LEBRUN, « L'avocat a-t-il l'obligation de chiffrer ses courriels confidentiels en vertu de l'article 34 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information ? », (2009) 14-2 *Lex electronica* 1, 14.
4. *Code de déontologie des avocats*, B-1, r. 3.1, art. 21 al. 2.
5. À titre d'exemple, les arpenteurs-géomètres sont désormais obligés d'effectuer ce que l'on dénomme désormais les procès-verbaux d'abornement (2816 al. 7 C.c.Q.) de façon numérique, et ce, en utilisant un procédé de signature déterminé.
6. *Architectes (Ordre professionnel des) c. Baribeau*, 2022 QCCDARC 5 ; *Architectes (Ordre professionnel des) c. Leblanc*, 2022 QCCDARC 2.
7. *Code de déontologie des architectes*, RLRQ, c. A-21, r. 5.1.
8. *Architectes (Ordre professionnel des) c. Baribeau*, 2022 QCCDARC 5, par. 58 et 59.
9. *Architectes (Ordre professionnel des) c. Leblanc*, 2022 QCCDARC 2.
10. *Architectes (Ordre professionnel des) c. Baribeau*, 2022 QCCDARC 5.
11. *Groupe Atwill-Morin inc. c. Construction de défense Canada*, 2022 QCCS 4512, par. 5.
12. *Id.*, par. 32.

par le tribunal¹³, il peine à considérer que celle-ci soit d'importance¹⁴ et considère donc que la personne en charge de l'appel d'offres aurait dû exercer sa discrétion pour autoriser la correction¹⁵. Finalement, la signature est donc considérée comme étant valide et la soumission indument signée est acceptée malgré tout.

Fonctions de la signature. Loin de nous l'idée de remettre en cause cette décision, le juge étant notamment le mieux pour juger de la crédibilité des témoins. Cela dit, il nous semble qu'elle aurait pu se baser sur deux types de fonctions qui sont associées soit à la signature en tant qu'*actum*, c'est-à-dire en tant que procédé pour signer, soit en tant qu'*instrumentum*, c'est-à-dire en tant qu'acte signé ; en l'occurrence, le cautionnement. Pour le premier, la réponse trouve écho dans l'article 2827 C.c.Q. et les deux fonctions d'identité du signataire et la manifestation de consentement. Au regard des faits, les deux exigences semblent assez simples à identifier dans cette affaire. Pour le second, la Cour prend le soin d'identifier les exigences associées à l'appel d'offres. Ainsi,

[p]our qu'une irrégularité soit qualifiée de « mineure » ou de « majeure », le facteur déterminant est celui de l'égalité des soumissionnaires. L'irrégularité ne doit pas avoir d'effet sur le prix de la soumission ou sur une exigence de fond contenue à l'appel d'offres ou rompre l'équilibre entre les soumissionnaires.¹⁶ (Renvois omis)

Égalité de traitement, prix, intégrité du processus sont donc les conditions nécessaires au bon déroulement de l'appel d'offres ; et l'irrégularité associée à la signature « scannée », jugée mineure, n'est pas susceptible de remettre en cause ces exigences. Le donneur d'ordre aurait donc dû user de sa discrétion et intervenir¹⁷.

1.2 Forme libre de signature

DocuSign. Il faut néanmoins avoir conscience que dans l'immense majorité des cas, le format de la signature est libre. Mais « liberté de preuve ne veut pas dire absence de preuve »¹⁸ et le choix

13. *Id.*, par. 150.

14. *Id.*, par. 158.

15. *Id.*, par. 168.

16. *Id.*, par. 59.

17. *R.P.M. Tech inc. c. Gaspé (Ville)*, 2004 QCCA 76642.

18. Pierre LECLERCQ, « Évolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve », dans *Rapport de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française,

d'un mode de signature est donc toujours une question de gestion de risques, et ce, même si la jurisprudence est habituellement assez laxiste¹⁹. À cet égard, une décision de la Cour du Québec est venue interpréter, nous croyons, pour la première fois, une pratique contractuelle grandissante au Québec²⁰ et dans le reste de l'Amérique du Nord concernant l'usage du procédé de signature DocuSign. Cette compagnie étatsunienne occupe une partie non négligeable du marché nord-américain de la signature en offrant un service de signature sécurisée ; procédé qui, à notre connaissance, n'utilise néanmoins pas une infrastructure à clé publique²¹. Au-delà de cette spécificité technique, qui nous semble présenter un niveau satisfaisant de sécurité sans forcément équivaloir à celui de procédés plus robustes, il importe de ne pas nier l'existence de clauses d'exonération contractuelle qui ne sont pas sans poser de problèmes interprétatifs pour des outils censés offrir un niveau de garantie de sécurité²².

Acceptation du procédé. Dans cette affaire, une partie présente des objections à la production du contrat et des cautionnements²³. Pourtant, ces documents avaient été signés avec le procédé DocuSign à dix reprises par la partie contestant les documents. Ledit procédé prouve également la communication, la date de signature²⁴ et même les adresses « IP » de l'ordinateur des signataires²⁵. Pour le juge,

[l]es documents transmis via la plateforme DocuSign ne font aucun doute quant à leur intégrité et aux signatures de MM. Dufour et Éthier.²⁶

Le propos semble de surcroît sans équivoque tant du fait des témoignages que du comportement des parties. La signature est donc ainsi jugée amplement satisfaisante sans que beaucoup de dévelop-

1991, p. 183.

19. À titre d'exemple, en 2022, on peut citer *Antoon c. Momentum Technologies inc.*, 2022 QCTAT 1058, par. 17 et s.

20. *Bennigton Financial Corp. c. Dufour*, 2022 QCCQ 6420.

21. Au meilleur de notre connaissance, le procédé utilise un système de validation par l'envoi d'un code au courriel du signataire. Pour en savoir plus sur les infrastructures à clés publiques, lire notamment les articles 47 et suivants de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (RLRQ, c. C-1.1).

22. Pour reprendre l'expression existant en common law, il est possible d'identifier un « fundamental breach » lorsqu'un procédé « vend » une garantie de sécurité, mais s'exonère contractuellement de toute responsabilité.

23. *Bennigton Financial Corp. c. Dufour*, 2022 QCCQ 6420, par. 16.

24. *Id.*, par. 15.

25. *Id.*, par. 20.

26. *Id.*, par. 18.

pements ne soient apportés tant sur la signature en tant qu'*actum* – et notamment l'article 2827 C.c.Q. – que sur l'*instrumentum* (acte signé), en l'occurrence le cautionnement qui n'est pas assujéti à un formalisme particulier²⁷.

Besoin d'une présomption ? Cette décision est intéressante dans la mesure où elle illustre l'approche nord-américaine d'une signature reconnue à la suite d'un processus *ex post*, c'est-à-dire de vérification *a posteriori* d'un procédé qui ne bénéficie donc pas d'un régime présomptif. Cette décision intervient dans un contexte où plusieurs pays se demandent si on doit mettre en place un régime où un procédé de signature est présumé valide ou, plus exactement, présumé remplir les fonctions qui sont associées à son existence, à savoir, selon l'article 2827 C.c.Q.²⁸, l'identité du signataire et la manifestation de sa volonté. Le débat prévaut donc comme cela apparaît dans le règlement européen EIDAS²⁹ et comme cela fut intégré, en dépit du peu de mentions, dans la toute récente loi modèle de la CNUDCI sur les questions d'identité numérique de 2022³⁰.

2. LA PREUVE

Deux grandes spécificités. Comme pour la signature, le domaine de la preuve est l'occasion d'apercevoir en 2022 une belle quantité de décisions liées au numérique et particulièrement à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³¹. De façon tout aussi éditoriale, nous allons identifier deux questionnements de preuve qui nous semblent particulièrement présents dans la quinzaine de décisions touchant directement à la preuve numérique. Le premier concerne la généralisation des personnes qui

27. La distinction, concernant la signature, entre l'*actum* (signature à proprement parler) et l'*instrumentum* (en tant qu'acte signé) est développée par Jean DÉVÈZE, « Vive l'article 1322 ! Commentaire critique de l'article 1316-4 du Code civil », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*. Études offertes à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, n° 531.

28. « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

29. Règlement (UE) no 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, et notamment les articles 26 et 29 respectivement sur les signatures « avancées » et « qualifiées ».

30. Loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international sur l'utilisation et la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance, 2022, et notamment les articles 22 et 24.

31. RLRQ, c. C-1.1.

se constituent des preuves elles-mêmes. Le second touche la question pourtant déterminante en droit de la preuve en général, mais qui avait parfois été oubliée pour les documents technologiques, à savoir, ce document présenté en preuve, plutôt que de savoir si c'est un document technologique, à quel régime de preuve correspond-il ?

2.1 Généralisation de la preuve à soi-même

Phénomène généralisé. C'est une spécificité du numérique ; plus exactement, le numérique a généralisé le phénomène. Classiquement, la portée d'une preuve, tant sa recevabilité que sa force probante, est forcément améliorée lorsque celle-ci provient d'une personne tierce ou digne de foi. L'acte authentique bénéficie de l'officier public ; la copie bénéficie de la certification d'un tiers ; l'acte sous seing privé, de la signature du ou des auteurs dudit acte ; etc. Or, avec le numérique, c'est le contraire, on aperçoit une multiplication des hypothèses où les parties se concoctent des preuves à soi-même. Peut-être aussi parce que tout le monde dispose désormais d'un outil de confection de preuve, à savoir un téléphone cellulaire, on aperçoit une jurisprudence variée sur le sujet. Aussi, outre la multiplication des affaires, on constate une multiplication des supports. Que ce soit des vidéos³², des preuves GPS³³, de captures d'écran de SMS³⁴, des MP3³⁵, des transcriptions³⁶, et d'autres logiciels encore, une diversification des preuves qui s'explique justement par la grande variété des formats disponibles. À la différence du papier dont l'usage est assez uniforme, le numérique est aussi l'occasion de multiplier les formats disponibles.

Preuve GPS. Parmi les nombreux exemples précités, nous voulons illustrer une affaire en particulier, soit celle d'une personne qui tente de concurrencer la mesure d'un cinémomètre dûment paramétré par des données générées par son propre appareil³⁷. Cet appel du Directeur des poursuites criminelles et pénales devant la Cour supérieure vise donc à annuler une décision de la Cour du Québec qui a effectivement donné raison au conducteur du véhicule,

32. *P.V. c. C.V.*, 2022 QCCS 4720.

33. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444.

34. *S.B. c. Retraite Québec*, 2022 QCTAQ 9645, par. 4.

35. *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière c. CISSS de Lanaudière*, 2022 QCSAT 107732 ; *M.K. c. A.F.*, 2022 QCCQ 4060, par. 92 ; *Percher (Sharon Percher courtier immobilier) c. 89069 Canada Ltd.*, 2022 QCCS 1830, par. 23 ; *Droit de la famille – 2247*, 2022 QCCS 128.

36. *Direct Contrôle inc. c. RGF Électrique inc.*, 2022 QCCS 1762, par. 23.

37. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444.

privilégiant la vitesse de 157 km/h qu'il avait calculé plutôt que le 162 km/h initialement mesuré par le cinémomètre³⁸. Disons-le tout de suite, la Cour supérieure va casser le premier jugement, priorisant ainsi la mesure « officielle ». De façon très didactique, le juge précise les étapes de la preuve passant de l'admissibilité à la force probante. Si la première est davantage une question de droit et la seconde de faits³⁹, les deux étapes ne sont pas sans lien, l'authenticité s'envisageant lors des deux⁴⁰, une étude commune de cette dernière pouvant donc être faite⁴¹. Néanmoins, c'est principalement sur la question de la force probante de la preuve GPS que tout va se jouer. Le juge considère en effet cette preuve comme étant déraisonnable, non pas parce qu'elle est fautive, mais parce qu'elle ne contredit pas forcément la vitesse de 162 km/h mesurée par le cinémomètre⁴². Également, le jumelage des deux preuves pour valoriser celle du défendeur est jugé déraisonnable par la Cour supérieure⁴³.

LCCJTI oublié. Un constat que nous pouvons d'ores et déjà faire est que la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* n'est encore là pas pleinement bien intégrée dans la jurisprudence. Certes citée, son application étant assurée par l'article 61 du *Code de procédure pénale*⁴⁴, on sent le malaise entre la « traditionnelle » authenticité⁴⁵ et la « nouvelle » intégrité⁴⁶. Pourtant, il convient de rappeler que les notions ne s'opposent pas ; au contraire. Elles se cumulent, la seconde étant une composante de la première⁴⁷. Également, il est un peu étonnant de constater que cette affaire aurait sans doute pu être facilitée par une disposition de l'article 11 LCCJTI, dont la portée est justement de traiter les discordances de preuve.

38. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2021 QCCQ 1226.

39. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444, par. 24.

40. *Id.*, par. 30.

41. *Id.*, par. 33.

42. *Id.*, par. 49.

43. *Id.*, par. 50.

44. « Les règles de preuve en matière criminelle, dont la *Loi sur la preuve au Canada* (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-5), s'appliquent en matière pénale, compte tenu des adaptations nécessaires et sous réserve des règles prévues dans le présent code ou dans une autre loi à l'égard des infractions visées par cette loi et de l'article 283 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25.01) ainsi que de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (chapitre C-1.1). »

45. Lire le précieux mémoire sur le sujet de Raphaël AMABILI-RIVET, *L'authenticité dans le droit de la preuve civile québécois*, Université de Montréal, Mémoire de maîtrise, 2023.

46. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444, par. 26, 27, 35 et 37.

47. Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2018, par. 236 et s.

En cas de divergence entre l'information de documents qui sont sur des supports différents ou faisant appel à des technologies différentes et qui sont censés porter la même information, le document qui prévaut est, à moins d'une preuve contraire, celui dont il est possible de vérifier que l'information n'a pas été altérée et qu'elle a été maintenue dans son intégralité.

Étonnant ? En fait, peut-être pas. Cet article n'a jamais été cité ; jamais utilisé. Il est ignoré ; inconnu. Sans doute aurait-il pu conforter la position tenue par la Cour supérieure. Rien non plus sur le transfert effectué par le défendeur d'un document numérique sur un support papier. Ou si peu⁴⁸, et ce, en dépit des risques à l'intégrité qu'une telle opération présente.

Reproductions nécessaires. Justement, une autre question qui apparaît souvent dans ces hypothèses de preuve autofabriquées est que des reproductions multiples s'opèrent souvent pour de bonnes raisons telles que la lisibilité, l'accessibilité du logiciel, la facilité d'utilisation. Minimale pour rendre le document accessible aux juges. Or, bien des doutes peuvent être trouvés tant sur la qualification de ces reproductions que les modalités pour les prouver.

Transfert ou copie ? Si besoin était, la jurisprudence 2022 montre que la distinction entre les deux formes de reproductions que l'on retrouve dans le *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. ») (transfert et copie)⁴⁹ est pour le moins mal comprise. Parfois, les notions sont simplement ignorées⁵⁰ ; dans d'autres hypothèses, elles sont mêlées, voire assimilées⁵¹. Certaines décisions révèlent une compréhension plus pointue de ces deux notions⁵² sans que l'on sache pleinement pourquoi il y a une différence de régime entre elles. Un élément de distinction entre ces différentes formes de reproduction est parfois associé au fait que le document original est présent ou non. En d'autres mots, si le document présenté au juge donne lieu

48. Art. 17 et s. LCCJTI. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444, par. 7 et 22.

49. Art. 2841 C.c.Q.

50. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444, par. 22 ; *S.B. c. Retraite Québec*, 2022 QCTAQ 9645, par. 4 ; *Droit de la famille – 2247*, 2022 QCCS 128 ; *Percher (Sharon Percher courtier immobilier) c. 89069 Canada Ltd.*, 2022 QCCS 1830, par. 28.

51. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. 9306-2990 Québec inc.*, 2022 QCCQ 1683.

52. *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière c. CISSS de Lanaudière*, 2022 QCSAT 107732, par. 32 ; *M.K. c. A.F.*, 2022 QCCQ 4060, par. 89.

à une multiplication ou à une substitution de l'original⁵³. Dans une décision⁵⁴, le juge prend en effet le soin de mentionner que l'enregistrement étudié ne se substitue pas à l'original, mais s'ajoute à celui-ci ; à la différence de ce qui s'est passé dans l'arrêt phare *Benisty c. Kloda*⁵⁵.

Documentation requise ? Très souvent, les documents présentés aux juges sont des transferts, c'est-à-dire soit des documents numériques qui sont ensuite imprimés ou autrement délivrés sur papier, soit d'un format numérique vers un autre. Normalement, une documentation est requise pour étayer la preuve⁵⁶. L'appui d'un témoignage semble suffire parfois⁵⁷. Quoi qu'il en soit, il semble que la présentation en preuve demeure assez artisanale, souvent provenant initialement d'un enregistrement par téléphone cellulaire⁵⁸.

2.2 Prévalence de la qualification des documents numériques

Admissibilité. Une autre question cruciale que les quelques décisions de preuve numérique nous enseignent est qu'avant toute chose, un document numérique est un élément de preuve prévu dans le C.c.Q. et donc avec un régime prédéterminé. Dans la lignée de l'arrêt *Benisty c. Kloda*⁵⁹, si besoin était de le rappeler, le caractère numérique du document ne génère pas un nouvel élément de preuve. Le critère de distinction est donc la fonction que le document entend satisfaire, c'est-à-dire, selon les cas, produire une preuve littérale (écrit), relater des faits passés (témoignage) ou faire état de faits contemporains (élément matériel)⁶⁰.

Vidéo comme témoignage. Ainsi, un même document – plus précisément, un document utilisant un même format (ou même technologie) – est susceptible d'être considéré différemment selon la

53. Cette manière de distinguer copie (dont l'étymologie latine vient de *copia* qui signifie « abondance ») et transfert est proposée dans Vincent GAUTRAIS, *Étude juridique sur la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (RLRQ c. C-1.1)*, 2020, p. 75.

54. *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière c. CISSS de Lanaudière*, 2022 QCSAT 107732, par. 36.

55. 2018 QCCA 608.

56. Art. 17 et s. LCCJTI.

57. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444, par. 26.

58. *Syndicat interprofessionnel de Lanaudière c. CISSS de Lanaudière*, 2022 QCSAT 107732, par. 19.

59. 2018 QCCA 608.

60. *Id.*, par. 59. Voir aussi : Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2018, par. 353 et s.

fonction qu'il remplit. Dans une décision, et en se basant sur cette approche fonctionnelle, une vidéo est considérée comme une déclaration, à savoir, un témoignage :

L'enregistrement vidéo de M. V... (pièce P-17) montre ce dernier assis dans un fauteuil et s'exprimant directement à la caméra de l'appareil utilisé pour l'enregistrer. Il a connaissance qu'il est filmé ; on ne le filme pas à son insu. Il s'agit donc de la déclaration d'une personne qui ne comparaît pas comme témoin, soit une déclaration qui constitue un témoignage, et non d'un élément matériel de preuve. Une preuve fut donc administrée afin d'établir l'authenticité de cet enregistrement vidéo (art. 2874 C.c.Q.).⁶¹ (Nos soulignements)

Comme d'ailleurs un fichier « Word » peut lui aussi constituer un tel témoignage eu égard aux faits qu'il relate⁶².

Vidéo comme élément matériel. Sans évacuer la question, un autre jugement, comme dans *Benisty*, considère au contraire que l'enregistrement vidéo constitue un élément matériel⁶³. Comme d'ailleurs les données GPS traitées précédemment⁶⁴.

3. LA CONSOMMATION NUMÉRIQUE

À la mode. En matière de consommation numérique, la « reine » des causes touche sans doute les erreurs sur le prix. Au-delà du rendez-vous quelque peu manqué que constitua l'arrêt de la Cour suprême *Dell Computer*⁶⁵, on se rend compte qu'il y a toujours autant d'affaires sur le sujet. Si, en 2022, on peut notamment constater le

61. *P.V. c. C.V.*, 2022 QCCS 4720, par. 34.

62. *Église Essénienne Chrétienne c. Cecchella*, 2022 QCCS 3295, par 136.

63. *Droit de la famille – 2247*, 2022 QCCS 128, par. 72 ; *M.K. c. A.F.*, 2022 QCCQ 4060, par. 89.

64. *Directeur des poursuites criminelles et pénales c. Leblanc*, 2022 QCCS 4444, par. 29 : « Par ailleurs, lorsque l'information contenue au document consiste en des données générées automatiquement par un instrument technologique, la preuve ne peut pas être aisément assimilée à une déclaration extrajudiciaire. Une machine ne fait pas de déclaration comme une personne humaine. Conséquemment, la règle du oui-dire ne s'applique pas. Sur le plan conceptuel, une preuve de données produites automatiquement s'approche plutôt de la preuve matérielle. En définitive, il s'agit d'un "objet" soumis à l'appréciation du juge des faits. »

65. *Union des consommateurs c. Dell Computer*, 2007 CSC 34. Il est notamment manqué, car l'interprétation du contrat électronique est timide, faute de preuve tant du caractère abusif (art. 1437 C.c.Q.) que du caractère incompréhensible (art. 1436 C.c.Q.).

règlement concernant *Lowe's*⁶⁶, c'est d'une affaire concernant *Walmart* que nous voudrions traiter⁶⁷.

Doutes. Depuis près de 20 ans, donc, que ce type de causes apparaît, il existe encore en effet pas mal de doutes sur les suites à donner à de telles causes. Même si une décision de 2021 est venue éclairer avec pas mal d'aplomb la question⁶⁸, remettant en cause d'ailleurs une tendance contraire⁶⁹, il n'en demeure pas moins que cette question est encore incertaine⁷⁰. D'où la pertinence d'avoir une décision au fond sur ce point. Si aucune transaction n'apparaît entre-temps...

Faits. Ce qui ne sera peut-être pas le cas du fait de spécificités liées à cette affaire. Car si l'erreur sur le prix correspond à un *modus operandi* somme toute assez classique, on a ici des faits qui semblent souligner que le site a été durant quelques heures pour le moins dysfonctionnel. Au regard de la trame factuelle qui ressort du jugement⁷¹, le représentant de ce recours collectif a passé six ordres d'achat en environ une heure relativement à 22 items distincts (4 avril) ; plus exactement, c'est plus de 60 produits achetés, certains ayant été achetés en plusieurs exemplaires. Après une série d'échanges avec le marchand (5 avril), les ordres d'achat ont été unilatéralement annulés par ce dernier le surlendemain (6 avril) et, quelques heures plus tard (7 avril), des prix révisés sont apparus. Évidemment, les prix entre le 4 et le 7 avril sont très sensiblement différents et plutôt que payer un total de 293 \$, il aurait fallu, selon Walmart, déboursier plus de 20 000 \$⁷², soit un peu plus de 1 % du prix raisonnablement prévisible.

Droit. Comme souvent, les recours collectifs embrassent une pluralité de questionnements juridiques. Aussi, sans les traiter tous⁷³, nous allons cibler notre analyse sur le débat qui demeure, je crois, le cœur de l'affaire, à savoir, l'application de l'article 224, alinéa c) de la *Loi sur la protection du consommateur*, selon lequel :

66. *Martin-Bale c. Lowe's Companies Canada*, 2022 QCCS 1951.

67. *Lavoie c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2022 QCCS 1060.

68. *Tardif-Audy c. Magasin Latulippe inc.*, 2021 QCCQ 6170.

69. *Faucher c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2015 QCCQ 3366.

70. *Chétrit c. Société en commandite Touram*, 2020 QCCS 51, par. 23 à 30. Voir également dans la décision traitée, *Lavoie c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2022 QCCS 1060, par. 60.

71. *Lavoie c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2022 QCCS 1060, par. 15 et s.

72. *Id.*, par. 22.

73. Nous ne traiterons pas des questionnements concernant les articles 16 et 231 L.p.c. et sur la pertinence des dommages punitifs.

nul ne peut exiger pour un bien ou un service un prix supérieur à celui qui est annoncé.⁷⁴

En fait, incidemment, ce questionnement doit forcément tenir compte tant des dispositions du C.c.Q. relatives à l'erreur⁷⁵ que de celles de la L.p.c. concernant les contrats à distance⁷⁶.

Voies possibles. De façon très didactique, le juge Immer, dans l'affaire traitée, évoque plusieurs voies possibles ; et même si l'on se situe au stade préalable de l'autorisation, il semble clairement qu'elles ne se valent pas toutes. D'abord, le juge prend le soin de rejeter⁷⁷ la jurisprudence *Faucher c. Costco*⁷⁸ où, de façon quelque peu étonnante, la juge avait donné à la suite d'une stipulation retardant la conclusion du contrat et selon laquelle c'est bien le marchand qui acceptait l'« offre » du consommateur, le site Web marchand n'étant au préalable qu'une simple « proposition ». En contravention de l'article 54.1 L.p.c., une telle interprétation aurait pour effet de grandement fragiliser le consommateur. Si ce point est un *obiter* de la décision, et qu'il avait été déjà clairement développé ailleurs⁷⁹, il est important de rappeler une juste compréhension de l'article 54.1 L.p.c.

Excusable ou non ? En fait, si la situation d'erreur ne semble pas faire de doute, en lisant cette décision, le débat, réel d'où l'autorisation du recours collectif, porte sur le fait de savoir si elle est excusable ou non. Sur cette option, la jurisprudence est là encore une source d'inspiration multiple. Sans que l'on puisse clairement identifier une tendance ferme sur ce point, il semble néanmoins que la sécurité juridique prévale et que les conditions pour s'extraire d'un consentement préalablement donné soient assez lourdes⁸⁰. À titre d'exemple, et notamment au regard de la jurisprudence fournie qui apparaît dans ce jugement de la Cour supérieure, pour que l'erreur

74. RLRQ, c. P-40.1.

75. Et notamment le second alinéa de l'art. 1400 C.c.Q.

76. Et notamment l'art. 54.1 L.p.c.

77. *Lavoie c. Wal-Mart Canada Corp.*, 2022 QCCS 1060, par. 61.

78. *Faucher c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2015 QCCQ 3366, par. 27.

79. Notamment dans *Tardif-Audy c. Magasin Latulippe inc.*, 2021 QCCQ 6170, par. 35.

80. Les juges Brunelle (dans *Tardif-Audy*) et Immer (dans *Lavoie*) citent le professeur Vermeys (Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006) 66 *R. du B.* 291, 323), respectivement aux paragraphes 58 et 63 : « En effet, accepter que l'erreur sur le prix puisse vicier le consentement en vertu de l'article 1400 C.c.Q., c'est ouvrir une boîte de Pandore et permettre à tout contractant ayant fait une erreur économique d'invoquer qu'il s'agit plutôt d'une erreur sur le prix et ainsi d'ébranler considérablement la stabilité des contrats. »

puisse être jugée comme étant excusable, on peut tenir compte de la taille de l'entreprise⁸¹, de l'écart entre le prix affiché et le prix réel⁸², de l'expérience du vendeur⁸³, du contexte dans lequel l'erreur s'est produite⁸⁴, d'une éventuelle répétition d'un pareil problème⁸⁵, voire de son statut en tant que consommateur ou non⁸⁶. Outre ces différents éléments factuels, l'attitude de l'autre partie est également déterminante afin, notamment, d'apprécier sa bonne foi. Bien entendu, on ne peut exiger de l'autre partie, de surcroît un consommateur, de vérifier si le prix est le bon⁸⁷. Néanmoins, il est intéressant de constater que le juge Brunelle dans une affaire précitée s'intéresse, sur cette question bien entendu, à la situation du marchand, mais également à l'attitude du consommateur⁸⁸, aussi crédule et inexpérimenté puisse-t-il être⁸⁹. Une récente affaire va d'ailleurs couvrir le caractère inexcusable de l'erreur du fait d'un silence coupable de l'autre contractant⁹⁰.

Spécificités du numérique ? Un dernier élément que nous souhaitons développer concerne les particularités associées à certaines ventes. À titre d'exemple, le juge Immer cite à raison l'arrêt *Construction NRC* où une erreur a été commise lors d'un appel d'offres ; erreur qui fut jugée excusable du fait de l'absence de réaction des autres contractants relativement au caractère « improbable » du prix proposé. Cet arrêt appuie forcément son propos sur le cas particulier de ce type de vente et la difficulté de remettre en cause le contrat du fait que d'autres soumissionnaires ont été écartés. En revanche, justement parce qu'il s'agit d'un contrat spécifique, les

81. *Comtois c. Vacances Sunwing inc.*, 2015 QCCQ 2684 ; *Campbell c. British Airways*, 2020 QCCQ 10111, par. 55.

82. *Lelièvre c. Magasin La clé de sol inc.*, 2011 QCCQ 5774 ; *Lamarre c. Paul Albert Chevrolet Cadillac ltée*, 2011 QCCQ 8349, par. 57.

83. *Île Perrot Nissan c. Holcomb*, EYB 2003-41863 (C.A.), par. 24 ; *Boghgegian c. Voyages à rabais inc.*, 2017 QCCQ 2410, par. 13.

84. Notamment si elle s'est produite relativement à une activité « dans le cœur même des opérations » de l'entreprise : *Comtois c. Vacances Sunwing inc.*, 2015 QCCQ 2684, par. 58.

85. *Id.*, par. 61.

86. Dans cette affaire, on peut peut-être s'interroger sur le statut de consommateur qui achète plus d'une soixantaine d'articles dont une vingtaine de tapis.

87. Nicolas VERMEYS, « Le poids des virgules – Étude sur l'impact des erreurs matérielles en droit des contrats », (2006) 66 *R. du B.* 291, 307 : « Cela va sans dire : qui d'entre nous s'est déjà plaint qu'il ne payait pas assez cher pour les biens et services obtenus ? Une obligation en ce sens irait à l'encontre du modèle capitaliste, mais surtout de la nature humaine. »

88. *Tardif-Audy c. Magasin Latulippe inc.*, 2021 QCCQ 6170, par. 51 et s.

89. *Id.*, par. 53.

90. *Ville de Salaberry-de-Valleyfield c. Construction NRC inc.*, 2021 QCCA 844, par. 27 : « L'erreur inexcusable peut devenir excusable lorsque l'autre contractant manque à son obligation de bonne foi. »

cocontractants étaient autorisés à vérifier le prix proposé. De la même manière, il est loisible de se demander si la vente en ligne ne présente pas elle aussi des spécificités. Minimale, deux peuvent être envisagées : d'abord, le temps de réaction en ligne pour corriger l'erreur est forcément plus long que celle effectuée dans un magasin. Si l'on prend l'exemple de l'affaire *Dell*, en 2003, l'entreprise avait mis quelques jours pour rendre finalement la page indisponible⁹¹. Situation qui, il est vrai, a beaucoup changé depuis, la capacité de modélisation des entreprises étant bien meilleure⁹². Ensuite, en ligne, il n'y a pas de limites au nombre d'exemplaires achetés, certaines illustrations d'erreurs sur le prix montrant un nombre élevé d'items ainsi « achetés »⁹³. Là encore, ce sont des éléments qui se paramètrent. Nous sommes donc dans l'attente de la décision au mérite qui découlera de ce recours collectif et s'il apparaît clairement que le caractère excusable d'une telle erreur est forcément une côte difficile à monter pour le commerçant, nous ne croyons pas que l'erreur sur le prix d'une plateforme Web constituera « toujours » une erreur inexcusable⁹⁴. Mais peut-être qu'en fin de compte l'auteur de cette chronique est encore traumatisé par l'arrêt *Dell Computer* où l'affaire concernait des consommateurs dont la cause n'était pas totalement sympathique aux juges, le recours concernant une perte d'opportunité, quelque peu opportuniste, plutôt qu'un droit bafoué. D'autant que des situations de consommateurs bafoués, sur les réseaux, il n'en manque pas...

91. Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux », (2005) 106 *R. du N.* 617, 637. Selon les faits, la page problématique n'était plus mise en exergue, mais le lien profond a continué à s'échanger entre différents consommateurs.

92. OPTION CONSOMMATEURS, *Aubaine ou problème technique ? L'erreur sur le prix annoncé dans le commerce en ligne canadien*, Rapport de recherche, 2018, p. 52, en ligne : <<https://option-consommateurs.org/erreur-prix-ligne-quebecois-mieux-protéges>>.

93. Des erreurs sur le prix touchant Amazon aux États-Unis concernèrent une vente de près de 6 000 télévisions.

94. Nous nous excusons de nous limiter à cette affirmation quelque peu péremptoire, l'analyse produite par cette étude méritant davantage d'arguments. OPTION CONSOMMATEURS, *Aubaine ou problème technique ? L'erreur sur le prix annoncé dans le commerce en ligne canadien*, Rapport de recherche, 2018, p. 50, en ligne : <<https://option-consommateurs.org/erreur-prix-ligne-quebecois-mieux-protéges>> : « Nous sommes d'avis que l'erreur d'affichage de prix en ligne constitue *toujours* une erreur inexcusable qui ne peut vicier le consentement du commerçant. On ne pourrait donc lui accorder la nullité du contrat conclu malgré une erreur d'affichage de prix. »

4. LES ALGORITHMES

Sous le capot. Pour cette quatrième thématique, là encore, nous allons nous arrêter à un arrêt unique : *Beaulieu c. Facebook*⁹⁵. L'affaire est intéressante à plusieurs égards : un recours collectif est intenté en 2021 contre la Cour supérieure du fait de l'algorithme de Facebook qui aurait possiblement opéré de la discrimination envers certaines populations, celles-ci ayant un accès moindre à des offres d'emploi ou de logement proposées sur la plateforme⁹⁶. Au-delà de l'importance du sujet, il s'agit d'abord d'ouvrir le « corps de la bête » et de permettre une meilleure transparence sur les modes de fonctionnement de plateformes caractérisées par un haut niveau d'opacité⁹⁷. D'autant que les recours invitant à ouvrir l'usage des données par les plateformes internationales ne sont pas si nombreux⁹⁸. Ensuite, cet arrêt vient aussi se positionner en porte-à-faux avec la décision de première instance⁹⁹, infirmant le jugement de la Cour supérieure sur cette question susceptible d'avoir un impact important pour les internautes.

Discrimination. Dans un incipit pour le moins explicite, la juge Bich, avec une plume toujours aussi alerte, montre bien qu'il n'y a « rien de neuf sous le soleil ».

[14] « Discrimination et action collective – thèmes croisés dans le cyberspace » : c'est le titre qui pourrait coiffer l'appel dont la Cour est saisie. Ce ne sont pas là des sujets entièrement inédits.¹⁰⁰

95. *Beaulieu c. Facebook Inc.*, 2022 QCCA 1736.

96. *Id.*, par. 7 : « Tous les usagers et usagères Facebook du Québec qui étaient à la recherche d'un emploi ou d'un logement ou qui étaient intéressé-e-s par les annonces d'emploi ou de logement et qui, en raison de leur race, de leur sexe ou de leur âge, ont été exclu-e-s par les services de publicité de Facebook de la distribution d'annonces d'offres d'emploi ou de logement sur Facebook, et ce, entre le 11 avril 2016 et la date du présent jugement. »

97. Jenna BURELL, « How the machine “thinks”: Understanding Opacity in Machine-Learning Algorithms », (2016) 3-1 *Big Data and Society* 1, 3-4.

98. On aurait pu parler aussi de l'affaire *Option Consommateurs c. Google*, 2022 QCCS 2308. L'affaire choisie nous apparaît néanmoins beaucoup plus intéressante. Contre Google, il va s'agir de déterminer si l'entreprise pouvait utiliser des renseignements personnels alors qu'un consentement n'aurait pas dûment été proposé à l'utilisateur. En d'autres mots, il s'agit d'une presque « technicalité » juridique qui pourrait se régler soit en ajoutant des lignes dans un contrat qui n'est déjà pas lu par les usagers, soit en statuant sur les contrats de type « Browswrap » où il est établi que le seul fait d'utiliser une plateforme constitue une acceptation des conditions d'utilisation.

99. *Beaulieu c. Facebook inc.*, 2021 QCCS 3206.

100. *Beaulieu c. Facebook Inc.*, 2022 QCCA 1736, par. 14.

Selon les appelants, trois hypothèses distinctes donnent lieu à discrimination, et ce, notamment dans le cadre des informations transmises aux tiers-annonceurs¹⁰¹. Notons de surcroît que Facebook justement dispose d'une politique anti-discrimination¹⁰² et qu'un témoignage du responsable des données (CPO) de l'entreprise ne contredit pas frontalement les accusations¹⁰³ ; accusations qui ont d'ailleurs donné lieu à des modifications des pratiques aux États-Unis¹⁰⁴.

Technicalités de la réception de l'appel. Nous ne traiterons que brièvement de la raison d'être de cet appel, à savoir, déterminer si les quatre conditions prévues à l'article 575 C.p.c. sont satisfaites. La problématique, justifiant le refus de l'autorisation de l'action par la Cour supérieure, est double : en premier lieu, conformément au premier alinéa de l'article, il existerait une carence quant à l'unicité des questionnements entre les différents membres de l'action collective¹⁰⁵. De façon incidente, en second lieu, le groupe serait mal identifié¹⁰⁶. Sur ces deux points, la Cour d'appel infirme le jugement initial de la Cour supérieure. Relativement à la « communion des péchés », plus sérieusement, au caractère commun des questions de droit, une liste non exhaustive de celles-ci est clairement identifiée. Sur la base d'une jurisprudence étayée, il ne fait pas de doute pour la Cour d'appel qu'est satisfait le premier alinéa de l'article 575 C.p.c. Aussi,

en dépit du caractère individuel de certains aspects du débat, les questions communes soulevées par les allégations de la demande d'autorisation ou découlant de celles-ci, y compris au chapitre des moyens de défense des intimées, sont nombreuses et de nature à faire progresser le litige de façon non négligeable.¹⁰⁷

Concernant la description du groupe, la Cour supérieure considérait que le groupe était mal défini et difficile à gérer par son nombre et son indéfinition¹⁰⁸. Point par point, la Cour d'appel infirme

101. *Id.*, par. 19.

102. La juge Bich la qualifie d'ailleurs d'« ostensible ». *Id.*, par. 18.

103. *Id.*, par. 24 et 25.

104. *Id.*, par. 23.

105. *Id.*, par. 34.

106. *Id.*, par. 35.

107. *Id.*, par. 60.

108. *Id.*, par. 64. On peut lire plus loin, au paragraphe 76 : « Outre la condition temporelle, l'appartenance au groupe, selon la description qu'en fait l'appelante, est donc conditionnée par trois exigences : 1° utiliser Facebook, 2° avoir eu de l'intérêt pour les annonces d'emploi ou de logement ou avoir été en recherche

clairement cette prétention, considérant qu'il n'est pas « diffus au point de ne pas pouvoir identifier pour ses membres des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes »¹⁰⁹.

Charte québécoise. Revenons donc à la discrimination ; plus exactement, l'encadrement juridique qui existe au Québec. Bien que l'acceptation d'un recours collectif ne porte que sur l'apparence de droit, et donc pas spécifiquement sur le fond de l'affaire, cet arrêt est une invitation extraordinaire à densifier un domaine du droit qui en a bien besoin. Ainsi, son intérêt premier est que la décision va être un merveilleux prétexte de vérifier dans quelle mesure une plateforme de l'ampleur de Facebook est assujettie au droit québécois. Le droit « local » est donc pleinement pertinent à une entité multinationale. Car nous sommes ici en plein dans l'intelligence artificielle. Un domaine ô combien à la mode qui déchaîne passions et réactions épidermiques, notamment lorsqu'il s'agit de régulation et d'encadrement normatif¹¹⁰. Évidemment, ces cadres sont requis. Évidemment aussi, il importe de densifier les obligations des détenteurs de données ; surtout lorsque celles-ci sont des multinationales omnipotentes. Il y a néanmoins avec cet arrêt plein de promesses un appel au classicisme du droit. Un texte provincial, la Charte québécoise des droits de la personne¹¹¹, 1975 rappelons-le, de par sa généralité, est en mesure de s'appliquer à une situation très 21^e siècle. En l'occurrence, son article 10 est très tôt identifié dans l'arrêt comme susceptible de s'appliquer :

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.¹¹²

d'emploi ou de logement à l'époque pertinente et 3^o ne pas avoir reçu d'annonces d'emploi ou de logement pour des motifs de race, de sexe ou d'âge. »

109. André DUROCHER et Claude MARSEILLE, « Autorisation d'exercer une action collective », dans *Jurisclasseur Québec*, vol. « L'action collective », Montréal, Lexis Nexis, 2019 (feuilles mobiles, mise à jour n° 2, 15 octobre 2018), p. 2, 12-2 et 13, cité au par. 88.

110. On peut notamment penser aux plusieurs centaines de cadres normatifs qui sont apparus çà et là (codes de conduite, lignes directrices, règles éthiques, etc.) sans parler des récents appels à la régulation notamment avec de nouvelles lois qui viendraient encadrer le développement et l'utilisation de cette technologie.

111. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

112. Cité dans l'arrêt au par. 18.

Densification des obligations. Cet arrêt va aussi permettre de nous dire – du moins de nous conforter dans l’urgence d’agir – s’il faut aller plus loin dans la législation autour de ces nouveaux environnements. En ces moments où un appel unanime pour plus de loi¹¹³, ou plus de droit¹¹⁴, ce qui n’est pas la même chose, il sera intéressant d’envisager la capacité de la justice à, d’une part, identifier la responsabilité de la plateforme et, d’autre part, assurer que celle-ci ouvre les livres. Dans d’autres contextes, certes d’un moindre intérêt public, des objections basées sur le secret commercial ont permis de limiter l’ouverture souhaitée aux algorithmes¹¹⁵. C’est la raison pour laquelle, au moins sur ces deux points (responsabilité et transparence), il est sans doute recommandé de disposer de leviers législatifs plus fermes pour contrôler les activités particulièrement opaques de l’intelligence artificielle.

5. LA QUALIFICATION D’ÉPICERIE FACE À LA VENTE EN LIGNE

Faits. Cette rubrique est associée à une décision unique¹¹⁶ de la part du Tribunal de la Régie des alcools, des courses et des jeux qui, en juillet 2022, est venue statuer sur la qualification de ce qu’est une épicerie ; plus exactement sur la capacité d’étendre ce statut à une structure, l’entreprise GoodFood Market, qui ne dispose pas d’un point de vente physique, mais qui offre plutôt ses produits uniquement en ligne. Selon la *Loi sur les permis d’alcool*¹¹⁷, un permis d’épicerie autorise la vente de certains alcools¹¹⁸, et ce, en complément des repas

113. On peut notamment penser à la récente pétition de plus de mille chercheurs à effectuer un moratoire sur le développement de certaines formes d’intelligence artificielle (Cette lettre du 29 mars 2023 a été désormais signée par plus de 30 000 personnes : <<https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments>>). Voir Aussi Céline CASTETS-RENARD et Benoît PELLETIER, « Le développement de l’IA doit faire l’objet d’un débat démocratique », *Le Devoir*, 31 mars 2023, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/787431/legislation-le-developpement-de-l-ia-doit-faire-l-objet-d-un-debat-democratique>>.

114. Un besoin criant apparaît en fait tant au niveau des lignes directrices.

115. *Security in China International v. Bank of Montreal*, 2019 ONSC 7183. Voir notamment les par. 29 et 30.

116. *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133.

117. RLRQ, c. P-9.1.

118. *Id.*, art. 31.

vendus¹¹⁹. C'est cette prétention que revendique l'entreprise et que lui refuse la Régie¹²⁰.

Transition numérique. Le cœur du débat concerne donc l'article 31 de la *Loi sur les permis d'alcool* qui, lors de sa rédaction, n'avait sans doute pas en tête les ventes en ligne. En effet, à sa lecture même, on identifie des termes tels que, par exemple, « endroit », qui réfèrent à un lieu physique. Malgré la présence de ces éléments textuels, il s'agit de déterminer si on applique une interprétation littérale ou, au contraire, on privilégie une approche plus contextuelle. La question est d'ailleurs vieille comme le Web : depuis longtemps en effet, les juges ou arbitres ont eu à interpréter des lois ou des contrats afin de déterminer si des dispositions ou stipulations données devaient être appliquées à des environnements numériques¹²¹.

C'est quoi une épicerie ? Notons que la question avait récemment été partiellement traitée par le même Tribunal à l'occasion d'un litige impliquant les services en ligne de l'entreprise Metro¹²². À cette occasion, l'instance avait clairement déclaré que le fait que des clients ne puissent se rendre dans l'établissement ne constituait pas un empêchement à le qualifier comme tel¹²³. Autre fait intéressant, dans cette décision, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* avait alors été invoquée, et notamment son article 2¹²⁴,

119. *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133, par. 8.

120. *Id.*, par. 2.

121. Nous pensons notamment à l'hypothèse où lors d'un litige entre un franchisé et un franchiseur, le dernier outrepassa le territoire qu'il avait octroyé au premier. Alors que le contrat en cause prévoyait une clause d'exclusivité au bénéfice du franchisé, contre rétribution du franchiseur, le franchiseur commença à vendre en ligne les produits de la marque. Un franchisé considéra que cette situation de fait portait atteinte à son exclusivité. La cour arbitrale donna raison à ce dernier, par décision partagée de 2 contre 1, considérant que le contrat en cause ne prévoyait pas une telle opportunité. *Emporium Drug Mart Inc. Shreveport v. Drug Emporium* (No. 71 114 00126 00 (Am. Arbitration Assoc., Dallas, Texas, Sept. 2, 2000)).

122. *Metro épicerie en ligne inc. (Metro épicerie en ligne Henri-Bourassa)*, 2021 QCRACJ 139.

123. *Id.*, par. 171 : « Les soussignées sont d'avis que le cadre juridique applicable à un permis d'épicerie ne requiert pas que l'établissement où il est exploité soit accessible à la clientèle de la même manière que l'est une épicerie traditionnelle. Dans la mesure où l'activité principale consiste à vendre des denrées alimentaires et que l'établissement respecte les exigences de la réglementation, celui-ci peut être considéré comme une épicerie. »

124. Art. 2 L.c.c.j.t.i. : « À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support technologique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil. »

dont la généralité fait en effet en sorte qu'il peut être utilisé dans des contextes très distincts.

Équivalence fonctionnelle. Relativement aux conditions nécessaires à la qualification d'épicerie, deux catégories de conditions ont été considérées : certaines objectives et d'autres subjectives¹²⁵. Les premières ne présentent qu'un intérêt interprétatif moindre dans la mesure où il s'agit de vérifier l'application de critères précis qui ne nous semblent pas présenter de difficultés applicatives véritables dans le cadre du passage d'une activité en magasin à celle effectuée en ligne¹²⁶. En revanche, les conditions dites subjectives sont dignes de mention, car elles réfèrent à une disposition où la *Loi sur les permis d'alcool* identifie à l'article 41, alinéa 1 la raison d'être de celle-ci : un refus de permis est donc envisageable si

la délivrance du permis est contraire à l'intérêt public ou est susceptible de porter atteinte à la sécurité publique ou de nuire à la tranquillité publique.

Plus précisément, on doit être en mesure de vérifier que la livraison d'alcool soit effectuée de manière sécuritaire. Pour ce faire, diverses questions sont envisagées afin de s'assurer que les règles applicables dans un magasin sont équivalentes dans le contexte numérique. On est donc bien dans une hypothèse de ce que l'on appelle l'équivalence fonctionnelle, à savoir, un principe interprétatif où on opère cette vérification des objectifs lors de ce passage du physique au numérique¹²⁷. Un principe d'ailleurs expressément reconnu dans le droit positif québécois¹²⁸ et qui fut même utilisé par ce même Tribunal pour considérer qu'une loterie numérique ne peut assurer les mêmes fonctions qu'une loterie sur papier¹²⁹. En l'espèce, les fonctions à assurer sont doubles, à savoir, contrôler directement l'activité des livreurs et s'assurer de la protection des personnes mineures.

125. *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133, par. 23.

126. Le seul point d'intérêt concerne l'assurance que la nouvelle forme de vente en ligne respecte la condition selon laquelle la vente d'alcool est secondaire alors que la vente de nourriture demeure l'objet principal de l'activité. *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133, par. 39. Le jugement cite *La Réserve (Re)*, 2013 QCRACJ 11894, par. 115.

127. Vincent GAUTRAIS, *La preuve technologique*, 2^e éd., Montréal, LexisNexis, 2018, par. 131 et s.

128. Art. 1(3) L.c.e.j.t.i.

129. *Corporation de développement de l'Étang Burbank inc.*, 2022 QCRACJ 48, par. 57.

Contrôle des livreurs. Un premier questionnaire porte sur l'assurance que les livreurs vérifient que la livraison d'alcool soit effectuée convenablement ; en d'autres mots, que la livraison secondaire d'alcool ne soit pas autorisée plus facilement qu'en magasin. À cet égard, un addendum contractuel a été déposé en preuve selon lequel les livreurs vérifient tant l'âge que la sobriété des clients, sous peine de sanction¹³⁰. Afin de s'assurer que les livreurs exercent véritablement ce rôle de vérification, le jugement énumère les modalités de supervision¹³¹, de formation¹³², les applications technologiques utilisées¹³³ tout comme le processus de réactivité des clients¹³⁴, toutes convergeant effectivement vers un contrôle pour le moins serré des livreurs. Le Tribunal, dans une affaire précédente équivalente¹³⁵, s'était déclaré « rassuré »¹³⁶ par le fait que les objectifs – les fonctions – sont respectés de façon équivalente. Le même Tribunal, dans la présente affaire, est persuadé qu'aucune délégation n'est opérée dans cet exercice de vérification¹³⁷, comme interdit par la *Loi sur les permis d'alcool*¹³⁸. Certes. En revanche, face à un pareil contrôle des activités des livreurs, face à un rapport de subordination si affirmé, on peut s'interroger, au regard du droit du travail, de la réalité de leur statut de travailleurs autonomes¹³⁹. Mais c'est une autre question ; c'est un autre tribunal.

130. *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133, par. 59.

131. *Id.*, par. 62 et s. (Section 2.1.2).

132. *Id.*, par. 65 (Section 2.1.3).

133. *Id.*, par. 66 et s. (Section 2.1.4).

134. *Id.*, par. 74 (Section 2.1.5).

135. *Metro épicerie en ligne inc. (Métro épicerie en ligne Henri-Bourassa)*, 2021 QCRACJ 139.

136. *Id.*, par. 166.

137. *Goodfood Market Corp. (Marché GoodFood (Établissement Wellington))*, 2022 QCRACJ 133, par. 80 : « Le Tribunal est ainsi d'avis que la demanderesse est en mesure de maintenir un niveau d'encadrement et de supervision sur les tâches effectuées pour elle par les livreurs, identique à celui qu'elle exercerait s'ils étaient à son emploi, notamment en encadrant leur sélection ainsi que la façon dont ils exécutent leurs fonctions tout au long du processus de livraison. Il conclut ainsi qu'il ne s'agit pas là d'une délégation de l'activité de livraison par la demanderesse. »

138. *Id.*, par. 53. À la différence des permis de restaurant (voir le par. 31 qui précise ceci : « Articles 34.1.1 à 34.1.5 de la LPA édictés par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant principalement des organismes du domaine de la sécurité publique* (2020, chapitre 31), laquelle a été sanctionnée le 11 décembre 2020 à la suite de l'adoption du projet de loi n° 72 », les permis d'épicerie ne peuvent être délégués.

139. Un litige est en cours contre la compagnie Uber afin de déterminer le statut des chauffeurs. Le litige a été entendu par la Cour suprême du Canada, mais uniquement en ce qui a trait à l'application de la clause arbitrale. (*Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16).

Protection des personnes mineures. De façon plus spécifique encore, et au-delà de l'activité des livreurs, l'intérêt public de la vente en ligne d'alcool passe forcément par le respect de la *Loi sur les infractions en matière de boissons alcooliques*¹⁴⁰. À cet égard, là encore, un exercice de comparaison est effectué entre les mondes physique et numérique, le modèle d'affaires du second s'assurant de « calquer » les conditions du premier. Ainsi, les conditions relatives à l'heure (8 h à 23 h), mais surtout à l'âge des clients (moins de 18 ans) semblent assez faciles à transposer. Que ce soit par le biais de mesures technologiques ou managériales, le Tribunal constate et consacre la comparaison des contextes. Ni plus ni moins.

140. RLRQ, c. I-8.1, art. 103.1.