

Vol. 21, n° 2

**« Give me five ? »
Traitement jurisprudentiel
du commerce électronique**

Vincent Gautrais*

INTRODUCTION	391
Jurisprudence 1 – <i>Leopky c. Meston</i> (Alberta Queen’s Bench) ou faire du neuf avec du vieux en matière de formalisme électronique	393
Jurisprudence 2 – La signature dans la décision de la Cour suprême <i>R. c. McIvor</i>	397
Jurisprudence 3 – <i>Note2be.com</i> (France) ou l’influence de la culture sur le droit.	401
Définitions juridiques confrontées au web 2.0	402
Gestion juridique de l’équilibre des intérêts relativement aux sites web 2.0.	404
Jurisprudence 4 – Atteintes au contrat d’utilisation d’un site Internet consécutives à une sanction criminelle : l’affaire <i>Lori Drew</i>	405

© Vincent Gautrais, 2009.

* Professeur à la Faculté de droit de l’Université de Montréal.

Jurisprudence 5 – Validité du clic électronique : l'arrêt <i>Dell</i> dans <i>Dufour c. Air Canada</i>	410
CONCLUSION	414

INTRODUCTION

Le droit des technologies est encore, pour le moment, un droit de lois, de doctrine mais relativement peu de jurisprudence. Aussi, la contribution faite à ce numéro spécial des *Cahiers de propriété intellectuelle* tient de la gageure tant il est difficile, aussi bien en droit québécois et canadien qu'en droit étranger, d'identifier les grands crus de la jurisprudence 2008 en droit du commerce électronique. De la gageure et aussi de l'exercice d'identification de sujets subjectifs, personnels, dans la mesure où la liste des références possibles est loin d'être évidente du fait de la transversalité de ce domaine en émergence.

Aussi, c'est à travers l'idiome anglais bien connu « give me five »¹ que nous répondrons en essayant de faire preuve d'une grande variété dans les thèmes et dans les origines géographiques avec les cinq décisions suivantes :

- *Leopky c. Meston*, 2008 ABQB 45 (28 janvier 2008)
- *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11 (20 mars 2008)
- Cour d'appel de Paris 14^e chambre, section A Arrêt du 25 juin 2008, *Note2be.com c. SNES FSU et autres* (25 juin 2008)
- *Unites States of America c. Lori Drew* (26 novembre 2008)
- *Dufour c. Air Canada*, 2008 QCCQ 12140 (27 novembre 2008)

En matière de sujet, nous avons pris soin de varier les plaisirs en évoquant :

- une décision sur la notion d'écrit ;
- une décision sur la notion de signature et plus généralement sur l'interprétation législative ;

1. « If someone says this, they want to hit your open hand against theirs as a way of congratulation or greeting ». Disponible à <<http://www.usingenglish.com/reference/idioms/give+me+five.html>>.

- une sur la protection des renseignements personnels dans le web 2.0 et traitant du consentement des individus ;
- une suggérant que la violation d'un contrat en ligne (*clickwrap*) pourrait avoir des conséquences criminelles ;
- et enfin un jugement qui nous donne l'occasion de revenir sur le fameux arrêt *Dell Computer* de 2007.

Cette diversité que nous trouvons ici sur les thèmes traités se retrouve également relativement à la provenance géographique et juridictionnelle des décisions. En effet :

- la décision *Leopky* provient de l'Alberta et présente un point de vue d'une province de common law ;
- l'arrêt de la Cour suprême sera l'occasion d'envisager une gestion de la part du plus haut tribunal du pays ;
- l'arrêt de la Cour d'appel de Paris nous permet de présenter la portée assurément culturelle que les juges peuvent donner à ce domaine très sociologiquement marqué ;
- la décision relative à l'affaire *Lori Drew* propose quant à elle une perspective américaine sur le sujet ;
- et enfin, la décision de la Cour du Québec proposera une perspective québécoise sur les contrats en ligne.

Mais derrière la gageure de l'exercice, il est, nous croyons, un fil directeur, une « couleur » qui ressort des cinq décisions que nous avons identifiées, ou plutôt un questionnement : le droit du commerce électronique est-il différent ? Une différence qui se matérialiserait d'abord, très fréquemment, par l'avènement de nouveaux textes – et donc du traitement du « neuf » par le « neuf » – et ensuite par la bonne vieille interprétation – à savoir le traitement du « neuf » par le « vieux ». Sans apporter de réponse définitive à cette délicate question de la différence, les cinq décisions suivantes présentent plutôt un cliché, pas forcément révélateur de la réalité des choses, sur notre sentiment quant à la capacité des juges à réglementer les technologies de l'information. Une tâche forcément compliquée étant donné la nouveauté, la révolution même des faits reliés à cette matière². Aussi, c'est parfois avec un regard quelque peu critique que

2. Yochoi BENKLER, *The Wealth of Networks – How Social Production Transforms Markets and Freedom* (Yale University Press, New Haven et London, 2006), p. 1 :

nous nous permettrons d'analyser les décisions rendues ; le sens à donner au « Give me five », référant habituellement, comme nous l'avons vu, « as a way of congratulation or greeting »³, devrait donc peut-être davantage être suivi par un point d'interrogation que par un point d'exclamation.

Voici donc les cinq décisions, par ordre chronologique, tout simplement.

Jurisprudence 1 – *Leoppky c. Meston* (Alberta Queen's Bench) ou faire du neuf avec du vieux en matière de formalisme électronique

L'année 2008 a commencé de l'autre côté du Canada avec une décision rendue le 18 janvier 2008 provenant de la *Queen's Bench* de l'Alberta dans *Leoppky c. Meston*⁴.

Les faits sont simples : des conjoints de fait achètent une maison en indivision mais... après les temps qui chantent lors de l'achat, ils décident de se séparer et entament ensuite la négociation du partage des actifs du couple. Soit directement soit par l'intermédiaire d'un ami commun, les deux personnes s'échangent une série de courriels qui semblent, vers la fin du processus de communication, représenter l'existence d'un accord non équivoque. Sur cette première question, la juge Read fait ressortir le contenu de l'un d'entre eux (en date du 20 avril) où l'un des conjoints affirme « William and I reached an agreement »⁵. Et sur la base d'une jurisprudence constante, et ancienne, elle est capable de vérifier aisément, que le contrat ne peut être remis en cause dans la mesure où tant l'identité des parties, les biens en question (soit principalement la maison), que le prix ne sont pas sujets à discussion⁶. Cette première question sur l'existence et le contenu du contrat est en fait traitée harmonieusement car il s'agit

« It seems passé today to speak of “the Internet revolution”. In some academic circles, it is positively naïve. But it should not be. The change brought about by the networked information environment is deep. It is structural. It goes to the very foundations of how liberal markets and liberal democracies have coevolved for almost two centuries. » Dans le même sens, voir, ou plutôt écouter, la remarquable conférence de Michel SERRES, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », disponible à <http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive>.

3. *Supra*, note 1.

4. *Leoppky c. Meston*, 2008 ABQB 45 (CanLII), disponible à <http://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2008/2008abqb45/2008abqb45.html>.

5. Précitée, par. 24.

6. Précitée, par. 28.

d'une situation dans laquelle l'on traite du « neuf » avec du « vieux ». Face à un échange de courriels, l'on utilise et interprète des principes pluriséculaires, d'offre et d'acceptation notamment, qui font du droit ce beau fleuve tranquille évoluant au gré des siècles de manière presque darwinienne. Rien ne se crée, tout se transforme.

En revanche, sur la seconde question d'importance⁷, celle des formes de l'écrit, il est plus difficile de cautionner la démarche juridique qui a été suivie dans cette décision. Peut-être, et c'est une différence notable d'avec la première situation, parce que l'on est ici dans une hypothèse où l'on aurait dû traiter du « neuf » avec du « neuf ». Plus exactement, alors que des textes récents ont été ajoutés, la juge Read, comme beaucoup d'autres de ses collègues, fait fi des ajustements législatifs et préfère rester dans une zone de confort, du vieux droit, qui a résisté au temps. C'est de cette situation que nous voulons traiter relativement à cette jurisprudence qui interprète les vieilles notions de 1677 que contient le *Statute of Frauds*, à savoir l'écrit et la signature. Ainsi, il est question ici non pas du contrat en ce qui a trait à son existence et à son contenu, mais des conditions formelles – ce que l'on appelle le formalisme direct⁸ – qu'une loi établit comme nécessaires à la validité d'un acte.

En Alberta, comme en Angleterre d'ailleurs, cette vieille loi du parlement britannique initiée pendant la guerre civile pour remédier aux fraudes associées à la propriété foncière, trouve encore à s'appliquer⁹. Les ventes immobilières demeurent la seule exception majeure qui persiste.

Et c'est à la notion d'écrit que nous voudrions principalement nous consacrer – la signature sera traitée plus tard à l'occasion de la deuxième affaire¹⁰. Relativement à l'écrit donc, la juge utilise différentes sources pour opérer la transposition d'un concept initialement prévu pour le papier à des documents électroniques. Nous pouvons notamment citer l'*Interpretation Act* de l'Alberta¹¹, la jurisprudence,

7. Nous éluderons volontairement la question 3 portant sur l'entière du contrat. En effet, la défenderesse prétend qu'un contrat oral subséquent est venu remettre en cause le contrat par courriels. La réponse de la juge est assez rapide et prétend que l'on ne peut l'évoquer...

8. C'est-à-dire un formalisme nécessaire à la validité d'un acte, par opposition au formalisme indirect dans lequel on peut notamment inclure la preuve.

9. À titre de comparaison, en droit américain, le principe a été inséré dans le *Uniform Commercial Code* (section 2-201) mais a donné lieu en revanche à une interprétation très large.

10. *Infra*, voir la jurisprudence 4.

11. Alinéa 28(1)(jjj) de l'*Interpretation Act* d'Alberta, R.S.A. 2000, c. I-8.

canadienne, anglaise et américaine, la doctrine et, de façon plus étonnante, l'*Interpretation Act* de l'Ontario¹², et ce, même si dernier texte est abrogé depuis 2007. Il ressort de cette analyse un peu disparate, empruntant à certaines sources plutôt qu'à d'autres, qu'un écrit peut prendre des formes diverses et variées et est susceptible de remplir cette exigence formelle dès lors que le document en cause est sous une « forme visible » (*visible form*)¹³ susceptible d'être imprimée et conservable.

Soit. Le malaise en revanche avec cette admission n'est aucunement quant au résultat, un courriel pouvant tout à fait bien remplir l'exigence de l'écrit. Davantage, il est surprenant de voir que la juge, et par le fait même vraisemblablement les avocats impliqués dans cette affaire, ne font pas mention tant du *Electronic Transaction Act* de 2001¹⁴ dont l'un des objectifs majeurs, peut être le plus important, était justement de définir l'écrit. En effet, à l'article 11, on peut lire ceci :

A legal requirement that information or a record be in writing is satisfied if the information or record is (a) in electronic form, and (b) accessible so as to be usable for subsequent reference.¹⁵

Nulle mention de ce texte albertain, et par le fait même de la notion de « consultation ultérieure » que l'on y trouve. Une définition qui, rappelons-le, est rigoureusement identique à celle des autres provinces canadiennes¹⁶, à l'exclusion du Québec, à la *Convention*

12. *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11 (abrogée le 25 juillet 2007).

13. *Leopky c. Meston*, 2008 ABQB 45 (CanLII), paragraphes 36 et 37, disponible à <<http://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2008/2008abqb45/2008abqb45.html>>.

14. *Electronic Transactions Act*, S.A. 2001, c. E-5.5, disponible à <<http://www.canlii.ca/ab/laws/sta/e-5.5/20080818/whole.html>>.

15. *Electronic Transactions Act*, S.A. 2001, c. E-5.5, disponible à <<http://www.canlii.ca/ab/laws/sta/e-5.5/20080818/whole.html>>.

16. En effet, il y eut des lois en Alberta, *Electronic Transaction Act*, <<http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20060115/whole.html>> ; en Colombie-Britannique, *Electronic Transaction Act*, <http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010_01.htm> ; à l'Île-du-Prince-Édouard, *Electronic Commerce Act*, <<http://www.ijcan.org/pe/laws/sta/e-4.1/20060115/whole.html>> ; au Manitoba, *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, <<http://www.ijcan.org/mb/legis/loi/e-55/20060115/tout.html>> ; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur les opérations électroniques*, <<http://www.canlii.org/nb/legis/loi/e-5.5/20050801/tout.html>> ; en Nouvelle-Écosse, *Electronic Commerce Act*, <<http://www.canlii.org/ns/laws/sta/2000c.26/20060115/whole.html>> ; en Ontario, *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, <<http://www.canlii.org/on/legis/loi/2000c.17/20050801/tout.html>> ; en Saskatchewan, *Electronic Information and Document Act*, <<http://www.ijcan.org>>.

des Nations Unies de 2005¹⁷, à la *Loi uniforme sur le commerce électronique* de 1999¹⁸ et, avant tous ces textes, à la *Loi modèle des Nations Unies sur le commerce électronique de 1996*¹⁹, leur modèle originaire. Nulle mention non plus des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique qui constituent la méthodologie à suivre dès lors que l'on souhaite raccommo-der du « vieux » avec du « neuf ».

Ainsi, près de 25 ans de travaux en quête de consensus aux niveaux international, fédéral et provincial sont ignorés et substitués par une jurisprudence utilisant des termes dont la pérennité d'application n'est pas assurée. Pourquoi, par exemple, ne pas imaginer qu'un enregistrement sonore équivaille à un écrit ? Pourtant, les notions de « forme visible » (*visible form*) ou de « forme imprimable » (*printable form*) telles que préconisées par la Cour, et les textes sur lesquels elle se base, présenteraient des limites à l'interprétation d'un juge. Un consensus qui d'une manière équivalente avait été fait dans tous les textes précités quant à la notion de signature et qui, de manière tout aussi équivalente, a été oublié par la juge et les avocats.

Pour reprendre Pierre-Antoine Taché qui déclarait joliment « que né sous le lys, Je crois sous la rose », nous vivons actuellement la situation selon laquelle nous sommes nés sous le papier et croisons désormais sous l'« électronique » ; or, ce passage de l'un à l'autre doit tenter de se faire avec harmonie. Et notamment au regard des technologies encore à venir.

Cette décision intéressante illustre bien la difficulté d'interprétation de nouveaux textes pour encadrer de nouvelles situations. À laquelle il faut ajouter le constat un tantinet gênant selon lequel le droit neuf est tout simplement oublié, un constat que l'on retrouve d'ailleurs dans de nombreuses situations, et dont nous reparlerons en conclusion.

org/sk/laws/sta/e-7.22/20060115/whole.html> ; à Terre-Neuve, *Electronic Commerce Act*, <<http://www.ijcan.org/nl/laws/sta/e-5.2/20051121/whole.html>> et au Yukon, *Electronic Commerce Act*, <<http://www.canlii.org/yk/legis/loi/66/20041124/tout.html>>.

17. CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux*, décembre 2005.

18. CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, disponible à <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sec=101u1>>.

19. CNUDCI, *Loi modèle de 1996 sur le commerce électronique*.

Jurisprudence 2 – La signature dans la décision de la Cour suprême *R. c. McIvor*

Dans une décision unanime très courte, très claire, très didactique, la Cour suprême du Canada dans *R. c. McIvor*²⁰ a défini sans définir ce qu'est une signature. Car en effet, si le concept de signature est cité à 36 reprises (34 en utilisant l'adjectif « signé » et 2 fois le nom « signature ») en 25 pages, l'arrêt se termine avec un *obiter* dans le dernier paragraphe de l'analyse, l'avant-dernier de la décision, que nous croyons d'une grande justesse :

[30] Étant donné ma conclusion au sujet des exigences établies par le par. 742.6(4), il n'est pas nécessaire de décider si le nom dactylographié du policier constitue une signature au sens de cette disposition. Je soulignerais tout simplement que, lorsque cette question se pose, il convient d'y répondre, d'une part, en tenant compte du contexte, et notamment de l'importance de l'attestation personnelle, et, d'autre part, en faisant preuve de la souplesse nécessaire pour permettre le recours à la technologie en constante évolution.

Mais au-delà des quelques propos que nous souhaitons avoir relativement à cette notion de signature, cette décision nous donnera aussi l'opportunité de développer quelques remarques relativement à l'interprétation des lois au regard des différentes technologies existantes.

Les faits sont simples : une personne est condamnée à une peine d'emprisonnement avec sursis, peine assortie de quatre conditions. Lors d'un accident de la route, l'accusée aurait été arrêtée alors qu'elle les enfreignait toutes. Le problème tient au fait que l'agent de police qui a rédigé le rapport établissant ces faits et nommant certains témoins 1) n'était pas lui-même témoin des faits et 2) a « signé » simplement en dactylographiant son nom²¹.

La défense va invoquer le rejet de ce rapport pour défaut de signature, sur la base de l'article 742.6(4) du *Code criminel* qui

20. *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2008/2008csc11/2008csc11.html>>.

21. *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11, par. 8, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2008/2008csc11/2008csc11.html>>.

dispose qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement doit être « signée »²² par les témoins.

Cette prétention est rejetée par le premier juge qui affirme qu'il ne serait pas approprié que le Tribunal :

mette l'accent sur un détail technique concernant la signature, étant donné l'esprit de l'ensemble des dispositions sur les manquements aux ordonnances de sursis à l'emprisonnement et la nature du document en cause.²³

Le premier juge accepte le document et ordonne l'incarcération de l'accusée pour non-respect des conditions lors de son sursis.

En revanche, la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique va infirmer le premier jugement et rétablir l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement en précisant :

[...] il était inutile de trancher la question de savoir si le rapport avait été ou non « signé » par l'agent Douglas, parce que le rapport de police exhaustif ne pouvait être assimilé à la déclaration d'un témoin au sens du par. 742.6(4), puisqu'un « témoin » est une personne présente lors de l'incident et capable de fournir des renseignements s'y rapportant. Les « déclarations des témoins » sont donc les comptes rendus écrits des faits qui constitueraient le prétendu manquement, *préparés par des personnes qui ont eu connaissance de ces faits*.²⁴ [Les italiques sont nôtres.]

L'analyse de la Cour suprême abonde globalement dans le sens de la majorité de la Cour d'appel, et ce, selon une méthode interprétative qui paraît très systématique. On cherche l'intention du législateur sur le fait de savoir si le rapport de l'agent non témoin est admissible en preuve. La réponse fut négative sur la base d'un cumul d'approches convergentes.

Il y a d'abord une approche téléologique où la Cour identifie les objectifs de cette procédure qui se veut « simple et expéditive » afin d'éviter « de faire comparaître systématiquement l'agent de surveil-

22. *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, où l'article 742.6(4) dispose : « (4) Le prétendu manquement est établi sur le fondement du rapport écrit de l'agent de surveillance, où figurent, le cas échéant, les déclarations signées des témoins ».

23. La référence est citée dans *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11, par. 9.

24. *Ibid.*, par. 10.

lance et les témoins à l'audience »²⁵. Cela sous-entend qu'afin de permettre cette procédure accélérée, les règles de forme de la disposition qui exige 1) un écrit 2) signé 3) du témoin des faits doivent être respectées avec rigueur.

La Cour suprême utilise aussi un argument comparatif en justifiant le pourquoi de la rigueur associée à cette disposition par comparaison avec d'autres articles du *Code criminel*²⁶.

Enfin, la Cour suprême utilise un argument analogique en identifiant à plusieurs reprises les « rationalités » derrière cet article qui vise à calquer :

la preuve qu'il [...] faudrait normalement présenter au moyen de témoignages de vive voix suivant les règles de preuve ordinaire.²⁷

Cet argument analogique est fort éclairant. Plus précisément, il semble être utilisé ici pour montrer la transposition qu'il est possible de faire entre deux technologies différentes, l'oralité et l'écriture. Aussi, la rigueur associée au papier dans l'article 742.6(4) doit être d'un niveau équivalent à celle qui prévaut dans l'hypothèse de l'administration de témoignages oraux. Cette analyse nous fait penser à celle qui avait été notamment développée par Gregory N. Mandel dans un article sur les interprétations applicables aux nouvelles technologies où il considérait par exemple que l'analogie des règles de responsabilité des transporteurs à cheval aux États-Unis furent difficilement transposables au télégraphe au 19^e siècle²⁸. En effet, les « rationalités » qui ont été prévues dans une loi pour une technologie donnée ne sont pas forcément transposables à une autre qui n'existe pas encore. Car les technologies ne sont pas neutres.

En revanche, dans la présente affaire, l'utilisation de l'analogie est tout à fait pertinente dans la mesure où l'article en cause, et l'interprétation qui en est faite par les juges, compare deux technologies connues ; on utilise en effet cette analogie pour le passage d'une technologie connue (l'oralité – la « vive voix » dans le jugement) à une

25. *Ibid.*, par. 5.

26. *Ibid.*, par. 22.

27. *Ibid.*, par. 5 et 24.

28. Gregory N. MANDEL, « History Lessons for a General Theory of Law and Technology », (2007) 8 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 551, 553 et s., disponible à <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012612>.

autre technologie connue (le papier). Dans un tel cas, le risque de distorsion face à la non-neutralité des technologies n'existe pas.

Et la signature dans tout cela... Tout comme la décision, l'*obiter* précité paraît limpide malgré sa taille. En premier lieu, il prend le soin de répéter qu'une signature peut prendre des formes fort diverses, des plus sophistiquées aux plus rudimentaires comme ne cesse d'ailleurs de l'illustrer la jurisprudence sur le sujet²⁹. Car en l'espèce il ne rejette pas une forme de signature qui pourtant n'est pas d'un haut niveau de sécurité ; il est en effet facile de reconnaître qu'un « nom dactylographié » n'est pas une technique d'un très haut perfectionnement. En deuxième lieu, le contexte et les circonstances sont des facteurs d'interprétation déterminants pour évaluer sa validité. En troisième lieu, et encore une fois, sans que la Cour ait besoin d'accentuer cette condition, la Cour suprême évoque la :

[...] souplesse nécessaire pour permettre le recours à la technologie en constante évolution.³⁰

Cette dernière phrase pourrait presque être interprétée comme un appel à la retenue de la part du législateur qui, face aux technologies, présente un risque d'obsolescence d'autant plus grand que la technologie évolue vite. La jurisprudence, elle, s'adapte mieux. Disons qu'elle est susceptible de s'adapter assurément plus rapidement. Un *obiter* que nous nous permettrons de mettre en perspective avec la citation du doyen Flour, il y a plus de cinquante ans :

La conclusion semble claire : dans la loi se manifeste une renaissance, dans la jurisprudence une décadence, du formalisme.³¹

29. D'ailleurs, la décision de la juge Read dans *Leopky c. Menson* (2008) constitue une belle illustration de la facilité des juges à admettre que des technologies pour le moins rudimentaires peuvent remplir de telles exigences formelles. En l'espèce, il s'agissait de voir si la mention du prénom de l'un des conjoints, « January », en bas du courriel, constituait une signature conforme au *Statute of Frauds*. Comme pour l'écrit, il n'y a eu aucune difficulté à considérer que la simple apposition d'un nom puisse valoir signature.

30. *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11, par. 30.

31. Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle – Études offertes à Georges Ripert*, t. 1 (Paris, L.G.D.J., 1950), p. 93.

Jurisprudence 3 – Note2be.com (France) ou l'influence de la culture sur le droit

Dans une perspective très « web 2.0 », nous voudrions désormais faire état d'une décision française, plus exactement d'une série de décisions, relativement à un site de notation de professeurs, www.note2be.com. Conformément à une mode qui se propage comme une traînée de poudre, il est désormais en effet possible de noter sur Internet, son professeur bien sûr, mais aussi son maire, son médecin, son policier, son notaire, son voisin, et bien d'autres. En janvier 2008, un entrepreneur français qui décide de lancer ce type de « services » comme cela se fait partout sans aucune contestation légale (États-Unis, Australie, Allemagne, *etc.*, et bien sûr Canada), se voit dans l'obligation d'affronter une réaction pour le moins vive de nombreux enseignants, de leurs syndicats, de parents d'élèves, le tout avec le support et l'assentiment du ministre français de l'Éducation. Et le litige va bon train : en moins de quatre mois, un jugement du Tribunal de grande instance de Paris (3 mars 2008)³², un avis de la CNIL (Commission nationale Informatique et liberté) (6 mars 2008)³³ et finalement un arrêt de la Cour d'appel de Paris (25 juin 2008)³⁴ sont rendus pour, unanimement et malgré la variété des arguments utilisés, condamner le site pour atteinte à la protection des données personnelles. En contrepoint de cette pléthore jurisprudentielle, l'on peut également évoquer une couverture médiatique considérable, sans oublier une réaction doctrinale particulièrement féconde³⁵.

32. TGI Paris, réf., 3 mars 2008, *SNES FSU et al. c. Sté Note2be.com*, n° 08/51650, aussi disponible sur <www.foruminternet.org>.

33. CNIL, le site [note2be.com](http://www.note2be.com) est illégitime au regard de la loi informatique et libertés, 06 mars 2008, disponible à <[http://www.cnil.fr/index.php?id=2405&news\[uid\]=528&cHash=7c1cd2d002](http://www.cnil.fr/index.php?id=2405&news[uid]=528&cHash=7c1cd2d002)>.

34. Cour d'appel de Paris 14^e chambre, section A Arrêt du 25 juin 2008, *Note2be.com c. SNES FSU et autres*.

35. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut néanmoins citer Emmanuel DERRIEUX, « Internet et protection des données personnelles » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* n° 1211 ; Jean FRAYSSINET, « Note2be.com : la notation ou pas des enseignants, telle est la question... » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 30-36 ; Petr MUZNY, « La notation des enseignants sur Internet : être, ou plutôt ne pas être » (2008), 16 *Dalloz* 1124-1127 ; Agathe LEPAGE, « Les professeurs notés sur Internet » (avril 2008), 4 *Communication Commerce électronique* comm. 58 ; Maxim JAILLET, « La publication d'informations à l'épreuve de la protection des données personnelles » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* n° 1169 ; Agathe LEPAGE, « Les liens entre nom et vie privée » (juillet 2008), 7 *Communication Commerce électronique* comm. 9 ; Anne-Laure BLOUET-PATIN, « Illégitimité d'un site de notation de professeur au regard de la loi «informatique et liberté » » *Lexbase Hebdo* ; Marc D'HAULTFOEUILLE, « Bulletin d'actualités Clifford Chance – Département Communication Média & Technologies – Mars 2008 » *Lexbase*.

Eu égard à la brièveté nécessaire des présents propos, nous croyons que deux grandes questions devraient être traitées en pareilles circonstances. La première tient à la source même de la protection des renseignements personnels, c'est-à-dire aux fondements derrière ce droit protecteur et aux définitions qui sont à la base de sa construction. La seconde interrogation porte davantage sur l'équilibre qui sous-tend ce domaine du droit entre des intérêts contradictoires.

Définitions juridiques confrontées au web 2.0

Disons-le tout de suite, ces trois décisions n'ont pas objet de révolutionner le droit et ne font qu'interpréter, de manière assez prosaïque, l'état de la question. Point de réflexion en profondeur, ce qui se comprend mieux dans le cas des jugements et moindrement dans l'hypothèse de l'avis de la CNIL³⁶. Pourtant, il nous apparaît qu'un débat a été totalement occulté relativement à deux éléments fondamentaux derrière la protection des renseignements personnels.

En premier lieu, il nous semble pertinent de s'interroger sur le fait de savoir si le nom, le prénom, l'établissement d'enseignement et éventuellement une notation qui pourrait y être associée, constituent des renseignements personnels. De par leur caractère public, de par leur faible sensibilité, la question nous semble devoir être posée. C'est d'ailleurs pour cela que la *Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*³⁷ a pris le soin d'exclure de la définition même de « renseignements personnels », à l'article 2, ces données pour le moins banales. D'une manière quelque peu similaire, et comme le fait remarquer le professeur Frayssinet, l'article 10 alinéa 2 de la Loi modifiée de 1978 n'a nullement été invoqué³⁸.

En second lieu, et de manière plus substantielle, il nous apparaît difficile de soutenir que le fait pour les internautes de déposer

36. Jean FRAYSSINET, « Note2be.com : la notation ou pas des enseignants, telle est la question... » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 30-36.

37. Jean FRAYSSINET, « Note2be.com : la notation ou pas des enseignants, telle est la question... » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 30-36 : « On ne peut que regretter la grande superficialité et faiblesse de l'argumentation de la CNIL qui a manqué l'occasion de construire un début de doctrine à partir du cas d'espèce. »

38. « Aucune autre décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil de l'intéressé ou à évaluer certains aspects de sa personnalité. »

des « renseignements personnels » – à supposer qu'ils en soient – sur le site de www.note2be.com puisse constituer une collecte pour ce dernier. Car telle est bien la prétention des plaignants qui dans leur requête, conformément à ce que l'on peut lire dans l'arrêt de la Cour d'appel, prétendent que l'activité est en violation de la loi de 1978 :

puisque : les données ne sont pas collectées de manière loyale (1^o), les données sont collectées pour des finalités illégitimes (2^o), [...], elles sont collectées sans limitation de durée (5^o).³⁹

La notion clé de collecte, bien que nullement définie, correspond généralement à une situation sensiblement différente de celle à laquelle nous sommes confrontés avec cette affaire. Et comme nous avons pu le faire valoir dans une étude récemment produite avec le professeur Pierre Trudel, la présente notion doit être envisagée au regard de l'intensité de contrôle que le site dispose sur les renseignements personnels⁴⁰. Dans la situation présente, une partie du contrôle est exercée par les usagers eux-mêmes, le site ne semblant avoir ici qu'une capacité de réaction *a posteriori*. À cet égard, il est surprenant que nulle part dans aucune de ces décisions l'on ne cite le régime juridique des intermédiaires tel que cela était prévu dans la *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*⁴¹. Car ces lois voulaient au départ introduire un régime d'exonération *a priori et seulement permettre un contrôle a posteriori*. L'idée derrière cela était que l'on ne voulait pas handicaper trop lourdement des vocations commerciales afin d'éviter la situation qui avait cours dans les années 90 où tout le monde intentait une action contre les intermédiaires. Ainsi, tant celui qui se plaignait d'une information publiée que celui qui avait vu cette information retirée se retournaient contre l'entité qui se trouvait au milieu. Aussi la solution médiane adoptée fut de retenir l'irresponsabilité de cet intermédiaire pour autant qu'il agisse promptement lorsqu'on lui notifie une infraction.

39. Loi n^o 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

40. Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, « Circulation des renseignements personnels au service du citoyen : les lois sur la protection des renseignements personnels confrontées aux services de gouvernement en ligne », (2009) à paraître. On peut notamment lire ceci : « La collecte de renseignements personnels s'entend donc comme une opération par laquelle des renseignements sont placés sous le contrôle d'une entité qui du fait de cette opération acquiert, à l'égard des documents ou renseignements, un droit d'en prendre connaissance. Pour qu'il y ait « collecte » de renseignements ou de documents, il faut que ces documents ou renseignements aient été communiqués à une entité, à une personne qui en prend connaissance. ».

41. Loi n^o 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Gestion juridique de l'équilibre des intérêts relativement aux sites web 2.0

Si les questions liées aux définitions n'ont pas été considérées, pour le moment, par les juges, l'essentiel du débat juridique sur l'affaire du site www.note2be.com a porté sur la question de sa légitimité. Plus exactement, la loi française prévoit que le traitement de renseignements personnels ne peut être envisagé qu'avec le consentement préalable des intéressés. Néanmoins, des exceptions ont été récemment apportées, notamment celle qui autorise de se passer dudit consentement dès lors que l'on satisfait :

[l]a réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée.⁴²

Tout d'abord, nous nous permettrons d'avoir une vision critique sur la généralisation de l'utilisation du consentement pour protéger les renseignements personnels des individus. En effet, dans les faits, il constitue une sorte de « lubrifiant » pour que la gestion des renseignements personnels fonctionne. Afin que celui-ci ne soit donc pas regardé comme une brèche de sécurité qui serait potentiellement préjudiciable aux intérêts de l'individu⁴³, il importe à cette étape de considérer les rationalités derrière ce principe fondamental du droit de la protection des renseignements personnels. Le risque est de créer une porte béante, et possiblement attentatoire aux intérêts des citoyens, dans la mesure où, si le consentement devrait généralement être associé à un contrôle de l'utilisateur sur ses propres données, il est souvent utilisé justement pour que ce dernier cède le contrôle sur eux.

Ensuite, et le propos est fréquemment retenu par la doctrine, la notion de légitimité est fondamentalement subjective et difficile à interpréter⁴⁴. L'on pourrait même dire que cette subjectivité est double : elle porte d'abord sur la notion elle-même mais également

42. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 7, alinéa 5.

43. Ian R. KERR, « If Left to Their Own Devices... How DRM and Anti-Circumvention Laws Can be Used to Hack Privacy », Michael GEIST (éd.), *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (Toronto, Irwin Law, 2005), p. 198-199. L'auteur cite notamment, sur le même sujet, Daniel J. SOLOVE, *The Digital Person : Technology and Privacy in the Information Age* (New York, NYU Press, 2005), p. 82-85.

44. Jean FRAYSSINET, « Note2be.com : la notation ou pas des enseignants, telle est la question... » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 30-36. « Parce

sur la portée fortement culturelle de la notion de vie privée⁴⁵. Par conséquent, la légitimité qui n'est jamais très loin de la moralité, notamment lorsque les juges reprochent que l'on fasse de l'argent sur le dos des enseignants ou qu'ils considèrent que les évaluations des étudiants sont nécessairement biaisées. Une subjectivité sans aucun doute présente dans la jurisprudence et la décision de la CNIL ; tout comme dans la doctrine avec certains dans le groupe des « pour »⁴⁶ cette vision jurisprudentielle et d'autres dans le groupe des « contre »⁴⁷ ; une subjectivité à laquelle bien entendu nous ne pensons pas déroger.

À cet égard, et en conclusion, cette affaire retentissante ne nous apparaît pas véritablement dangereuse et ressemble un peu aux moulins à vent de *Don Quichotte*. Le mal n'est pas là, notamment parce que les activités sont visibles et les excès peuvent être réparés en faisant une démarche auprès des prestataires de service. Si l'« électronique » à outrance des renseignements personnels est susceptible, dans le futur, d'être attentatoire aux intérêts des individus, c'est bien davantage dans l'opacité des arrière-boutiques que dans de pareilles vitrines ouvertes au monde.

Jurisprudence 4 – Atteintes au contrat d'utilisation d'un site Internet consécutives à une sanction criminelle : l'affaire *Lori Drew*

La relation avec le commerce électronique ne s'imposait pas ; pourtant, l'affaire que nous voulons désormais évoquer dispose d'un

qu'il cherche à ménager la chèvre et le chou, on a toujours personnellement présenté le 5^o de l'article 7 de la loi modifiée de 1978 résultant de la transposition de la directive du 24 octobre 1995 comme une disposition particulièrement obscure ou ambiguë, comme un nid à problèmes et à contentieux ; l'espèce l'illustre parfaitement. » Dans le même sens, Petr MUZNY, « La notation des enseignants sur Internet : être, ou plutôt ne pas être » (2008), 16 *Dalloz* 1124-112 : « la motivation du juge ne s'est pas vraiment avérée convaincante, sans doute parce que, à sa décharge, ce dernier pouvait difficilement s'appuyer sur les arguments des demandeurs qui étaient à tout le moins maladroits et insuffisants, mais aussi parce que la solution était avant tout guidée par des valeurs morales propres à la société française, sur lesquelles le juge ne s'est pourtant pas explicitement fondé. »

45. Vincent GAUTRAIS, « Regard nord-américain sur l'affaire note2be.com », (17 mars 2008) sur le blogue <<http://www.gautrais.com/Regard-nord-americain-sur-l->>.
46. Agathe LEPAGE, « Les professeurs notés sur Internet » (avril 2008), 4 *Communication Commerce électronique* comm. 58.
47. Petr MUZNY, « La notation des enseignants sur Internet : être, ou plutôt ne pas être » (2008), 16 *Dalloz* 1124-112 ; Jean FRAYSSINET, « Note2be.com : la notation ou pas des enseignants, telle est la question... » (mai 2008), 36 *Revue Lamy Droit de l'immatériel* 30-36.

lien direct avec celui-ci, et précisément avec les contrats qu'il est aisé de trouver anodins tellement ils semblent loin de toute effectivité juridique.

Les faits sont à la fois d'une tristesse et d'une bêtise évidente : dans un petit village du Missouri, à l'automne 2006, Megan Meier, une jeune fille de 13 ans, se suicide suite à une affaire de harcèlement électronique (mieux connu sous le nom de *cyberbullying*). Plus précisément, la mère d'une « amie » de la jeune fille décédée, Lori Drew, souhaite se venger d'une chicane entre les deux adolescentes. Aussi, elle crée de toutes pièces sur *MySpace* une idylle « virtuelle » avec un jeune garçon de 16 ans, évidemment fictif, qui la laisse brutalement tomber après quelques semaines.

Suite à un battage médiatique sans précédent, qui a eu sans aucun doute son influence dans son traitement juridique, la société civile cherche son coupable et le trouve en la personne de ladite Lori Drew. En effet, suite à quelques investigations, mais surtout aux dénonciations de certains des participants à l'opération (et notamment la propre fille de Lori Drew et sa gardienne qui participèrent activement à la confection du stratagème) – qui par le fait d'aider des services policiers ne peuvent plus être poursuivis –, l'évaluation de la cause s'engage. D'abord, un premier juge, local, considère qu'aucune violation du droit criminel ne semble découler de cette triste affaire et s'il s'en désolé presque, il considère qu'aucune disposition ne peut être invoquée pour incriminer l'accusée. En revanche, un juge fédéral plus « créatif » prétend que l'action de la mère est susceptible de violation du droit et notamment du *Computer Fraud and Abuse Act*⁴⁸ (ci-après « CFAA »).

Précisément, au regard de la plainte (*Indictment*)⁴⁹ qui sera finalement déposée en février 2008, deux chefs d'accusations sont évoqués.

Le premier est basé sur une infraction à l'article 371 du Code criminel américain relatif à la notion de complot (*Conspiracy*) qui dispose des éléments suivants :

if two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or

48. 18 U.S.C. Section 1030 *Fraud and related activity in connection with computers*, disponible à <<http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/1030.html>>.

49. La plainte est disponible à <http://blog.wired.com/27bstroke6/files/my_space_lori_drew_indictment.pdf>.

any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.⁵⁰

Comme l'indique l'article, cette infraction est dépendante d'une autre infraction qui aurait été commise en groupe. Aussi, c'est à ce niveau que le CFAA intervient et notamment l'article 1030(a)(2)(C) qui se lit comme suit :

[w]hoever [...] intentionally accesses a computer without authorization or exceeds authorized access, and thereby obtains [...] information from any protected computer if the conduct involved an interstate or foreign communication [...]

Cet article doit être lu concomitamment avec l'article 1030(c)(2)(B)(ii) CFAA qui dispose :

(c) The punishment for an offense under subsection (a) or (b) of this section is [...] a fine under this title or imprisonment for not more than 5 years, or both, in the case of an offense under subsection (a)(2), or an attempt to commit an offense punishable under this subparagraph, if [...] the offense was committed in furtherance of any criminal or tortious act in violation of the Constitution or laws of the United States or of any State [...]

Or, et c'est là que le bât blesse, cette infraction secondaire dont dépend la première prend appui sur une violation du contrat auquel tout titulaire d'un compte *MySpace* consent lors de son inscription. Ainsi, et aussi étrange que cela puisse paraître, une infraction criminelle est assujettie à la violation du « Terms of Service » qui interdit que le service en cause soit utilisé sous un pseudonyme, pour obtenir les renseignements personnels d'une adolescente, pour la harceler, l'humilier et, après son décès, tenter de faire disparaître les traces⁵¹.

Le second chef d'accusation dépend des deux mêmes articles du CFAA, non pas comme infraction secondaire mais comme l'objet même de l'infraction.

50. <http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/usc_sec_18_00000371-000-.html>.

51. Ces quatre éléments constituent la base sur laquelle se fonde la plainte, conformément à ce que l'on peut lire sous un paragraphe s'intitulant « Means by which the object of the conspiracy was to be accomplished ». Voir dans la plainte, page 6.

Au bout du compte, le jury déclarera Lori Drew coupable des actes reprochés. La décision rendue le 26 novembre 2008 ne permet pas d'analyser les raisons qui ont mené au verdict. D'abord, l'infraction de complot n'a pas été retenue. Du fait de l'ultra-médiatisation de l'affaire, il semblerait que cet acquittement soit la conséquence de l'incapacité d'avoir une unanimité à ce sujet et notamment relativement au caractère « tortious » de la manigance⁵². Ensuite, l'accusée fut également acquittée du « crime » (*Felony*) associé à ces faits, vraisemblablement du fait de la difficulté à remplir la condition d'intention telle que décrite par le juge dans ses instructions transmises au jury. On peut y lire notamment que :

The word “Intentionally” in the phrase “Intentionally accessed a computer without authorization” requires a clear intent by a person to enter, without proper authorization, computer files or data belonging to another. “Intentional” means more than that that one voluntarily engaged in conduct or caused a result. Such conduct or the causing of the result must have been the person’s conscious objective.⁵³

En revanche, c'est sur la base d'un délit (*misdemeanor convictions*) – infraction bien entendu sujette à un niveau d'intention moins élevé et à une peine moindre – que le jury parvint à s'accorder pour condamner l'accusée.

Ainsi, selon ce qui constituerait une première, on utilise un contrat disponible sur Internet comme base unique de réalisation

52. Un des jurés aurait évoqué le fait qu'au départ, huit jurés considéraient que cette infraction devait être retenue alors que quatre s'y opposaient. Voir l'article disponible dans la revue *Wired* du 1^{er} décembre 2008, disponible à <<http://blog.wired.com/27bstroke6/2008/12/jurors-wanted-t.html>>.

53. Voir les « Jury Instructions », par. 21, page 7, disponibles à <http://blog.wired.com/27bstroke6/files/jury_instructions_in_lori_drew_case.pdf>. Voir également dans le même document, au paragraphe 22, les éléments permettant de définir ce qui est « Tortious » : « 1) the defendant must act intentionally or recklessly ; 2) the defendant's conduct must be extreme and outrageous ; and 3) the conduct must be the cause 4) of severe emotional distress. While there is no precise definition, the conduct must be so outrageous in character and so extreme in degree as to go beyond all possible bounds of decency, and to be regarded as atrocious and utterly intolerable in a civilized community. The defendant's conduct must be more than malicious and intentional ; and liability does not extend to mere insults, indignities, threats, annoyances, or petty oppressions. » Le propos est conforme également à ce que l'on peut lire dans les instructions préliminaires (*Preliminary instructions*) données au jury, disponibles à <http://blog.wired.com/27bstroke6/files/preliminary_jury_instructions_in_drew_case.pdf>.

d'une infraction criminelle⁵⁴. Cette compréhension des faits correspond à une tendance jurisprudentielle majeure quant à une admission extensive de ce qu'est un consentement. Une vision extensive qui se comprend difficilement, et ce, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, c'est donner une importance incroyable aux clauses, toujours longues, souvent illisibles, incompréhensibles, voire ridicules, qui foisonnent sur les sites Internet⁵⁵. Pour tenter de faire une démonstration par l'absurde et, dans la mesure où l'on n'analyse aucunement la teneur des clauses en cause, un juge zélé serait donc en mesure d'appliquer n'importe quelle clause disponible en ligne⁵⁶.

En deuxième lieu, c'est aussi apporter une finalité tout autre à des clauses dont la portée est d'abord et avant tout de protéger le rédacteur. En effet, de tels contrats s'envisagent généralement dans l'optique où un « prestataire de services » offre des outils de publications gratuitement et qu'en contrepartie il s'assure que sa responsabilité soit la plus limitée possible.

En troisième lieu, le consentement ainsi proposé est une fiction quant à la connaissance effective sur le plan objectif. Et tout est mis en œuvre par les gestionnaires de sites pour que lesdits consentements soient les plus transparents possible. D'ailleurs, dans les faits, moins de 1 % des visiteurs lisent les textes de nature juridique. Et des chercheurs ont mesuré qu'il faudrait une vingtaine d'heures par mois pour un usager ordinaire d'Internet pour lire les politiques de vie privée qui s'appliquent à lui⁵⁷...

54. Voir notamment les blogues d'Éric GOLDMAN, « Lori Drew Prosecuted for CFAA Violations – Some Comments, and a Practice Pointer », (23 mai 2008) *Concurring Opinions* disponible à http://blog.ericgoldman.org/archives/2008/05/lori_drew_prose.htm ou celui d'Orin KERR, « The MySpace Suicide Indictment – And Why It Should Be Dismissed », (13 mai 2008) *Volokh Conspiracy* disponible à <http://volokh.com/posts/1210889188.shtml>.

55. Voir notamment les arguments développés par l'*Amici Curiae* déposés par l'EFF (Electronic Frontier Foundation) le 4 septembre 2008, disponible à http://www.eff.org/files/filenode/US_v_Drew/Drew_Amicus.pdf.

56. Orin KERR, « The MySpace Suicide Indictment – And Why It Should Be Dismissed », (15 mai 2008) *The Volokh Conspiracy* disponible à <http://volokh.com/posts/1210889188.shtml>, tient à cet égard le présent propos : « If the computer owner says that you can only access the computer if you are left-handed, or if you agree to be nice, are you committing a crime if you use the computer and are nasty or you are right-handed ? If you violate the Terms of Service, are you committing a crime ? »

57. Vincent GAUTRAIS, « 20 heures par mois », (10 octobre 2008) <http://www.gautrais.com/20-heures-par-mois>.

En quatrième lieu, l'on doit en l'espèce ajouter que le consentement qui aurait été donné par Lori Drew, au meilleur de notre connaissance des faits en cause, serait subjectivement inexistant. En effet, dans les déclarations faites par les témoins, et notamment ceux de la fille et de la gardienne de l'accusée, il ressortirait que le compte a été ouvert par la dénommée Ashley Grills, que Lori Drew n'a par conséquent jamais été en situation de cliquer sur l'icône nécessaire à la manifestation de la volonté, que l'un des derniers messages n'aurait pas été adressé par l'accusée et que plusieurs d'entre eux auraient quant à eux été adressés par un autre service (AOL).

Aussi, sur le fondement de textes qui n'étaient pas prévus pour cela, et aboutissent à un résultat qualifié de travestissement de justice⁵⁸, il est quelque peu étonnant non seulement que cette affaire se retrouve devant un juge mais encore plus devant un jury. En dépit du peu de sympathie pour l'accusée, nous croyons que cette affaire retentissante – qui n'est pas terminée – ne fait progresser ni la sécurité juridique ni la sécurité du commerce électronique. La première est remise en cause tant les commentaires d'experts furent critiques vis-à-vis de la décision ; la seconde ne sera véritable que lorsque les gestionnaires de sites comprendront que le contrat devrait être totalement intégré dans le service proposé, en toute transparence, plutôt que dans l'opacité de pages illisibles et possiblement volontairement non lues.

Jurisprudence 5 – Validité du clic électronique : l'arrêt *Dell* dans *Dufour c. Air Canada*

Dans le petit monde du droit des technologies de l'information, la décision *Dell Computer c. Union des consommateurs*⁵⁹ rendue en 2007 par la Cour suprême du Canada a fait grand bruit. Mais bien entendu, relativement au présent état des lieux de 2008, cet arrêt est de 2007. Pourtant, nous nous permettons d'y revenir indirectement par le biais d'une décision, certes traitée dans le cadre passablement expéditif de la Division des petites créances de la Cour du Québec, mais qui traduit bien une crainte que nous avons décelée dans un

58. Eric GOLDMAN, « Lori Drew Guilty of 3 Misdemeanor Violations of the Computer Fraud & Abuse Act », (26 novembre 2008) *Concurring Opinions* disponible à <http://blog.ericgoldman.org/archives/2008/11/lori_drew_guilt.htm>, Orin KERR, « The MySpace Suicide Indictment – And Why It Should Be Dismissed », (15 mai 2008) *The Volock Conspiracy* disponible à <<http://volokh.com/posts/1210889188.shtml>>.

59. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>>.

précédent article⁶⁰. La décision *Dufour c. Air Canada*⁶¹ met en scène un acheteur qui se plaint du service rendu par la compagnie de transport. Le jugement analyse ainsi, incidemment d'ailleurs, la validité du consentement donné par le dénommé Dufour lors du processus d'achat en ligne. Le traitement qui est fait à cet égard est pour le moins laconique et se traduit dans deux paragraphes qu'il importe de reproduire ici :

[11] En achetant les billets d'avion, monsieur Dufour a accepté en actionnant la touche « approbation » apparaissant sur la page du site web, les Conditions générales de transport s'appliquant au vol.

[40] Les tarifs publiés en vertu de la *Loi sur les transports* (1996, ch. 10) ainsi que les Conditions générales de transport d'Air Canada auxquelles a librement adhéré monsieur Dufour en achetant son billet par Internet et qui, même s'il s'agit de clauses extérieures au contrat de transport, s'applique à ce dernier en vertu de l'arrêt de la Cour suprême *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, pourraient constituer ce cadre supplétif de droit s'il s'agissait d'un cas de survente de billets – un sujet visé par ces textes – mais ce n'est pas le cas.

Pourtant, et ce en dépit d'une progression argumentaire irréprochable et rigoureuse, il nous apparaît que l'analyse de la qualité du consentement du consommateur est trop rapidement traitée, notamment par rapport au lien qui doit être fait avec la décision *Dell Computer*. Car il importe de rappeler que cette dernière décision n'est pas un blanc-seing quant à la manière de contracter en ligne. En ligne comme sur papier, il est des conditions à respecter quant à la forme des contrats et contrairement à ce que l'on pourrait laisser croire dans cette décision *Dufour*, l'arrêt *Dell* ne les remet pas en cause. Bien davantage, les juges de la Cour suprême se sont limités à déclarer que preuve n'avait pas été faite sur plusieurs des arguments développés sur ce point par l'Union des consommateurs. Des arguments qui ont tous été rejetés du fait d'une preuve déficiente, et ce, à plusieurs niveaux. Ainsi, n'ont pas été retenus les arguments selon lesquels, en ligne plus que sur le papier, il importe de s'interroger sur la lisibilité des documents contractuels dont la longueur, l'hyper-

60. Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37-2 *Revue Générale de droit* 407.

61. *Dufour c. Air Canada*, 2008 QCCQ 12140 (27 novembre 2008), disponible à <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2008/2008qccq12140/2008qccq12140.html>>.

textualité, sont susceptibles de changer selon nous la donne⁶². Même refus de considérer la preuve vis-à-vis de l'accessibilité⁶³ ou à l'égard du caractère compréhensible, ou non, des documents contractuels⁶⁴. Le seul véritable point dans le domaine contractuel sur lequel, il nous semble, la Cour suprême a véritablement donné sa vision des choses est l'interprétation proposée relativement à la clause externe telle que décrite à l'article 1435 C.c.Q. Sur ce dernier point, et sur la base du critère excessivement large de l'accessibilité⁶⁵, il nous apparaît que cet article est devenu quasiment inutilisable en commerce électronique, la seule présence d'un lien actif semblant suffisante pour rendre inapplicable cette disposition⁶⁶.

Au-delà de cet état des lieux jurisprudentiel, nous nous permettons également d'ajouter quelques mots relativement au fait que la *Loi sur la protection du consommateur* a depuis été amendée et que de nombreuses dispositions sont venues encadrer les contrats à distance⁶⁷ ; des contrats à distance dont la définition très large disponible à 54.1 de la loi s'applique assurément à l'hypothèse qui est présentée dans la présente affaire⁶⁸. Bien entendu, pour que celle-ci s'applique, il importe que l'achat soit conclu dans le cadre d'un acte de consommation, et donc, en respectant l'article 1e) de la loi⁶⁹. Et si

62. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>>, par. 103 : « [s]uivant les seuls faits figurant au dossier et sans le bénéfice d'un argument précis sur le caractère illisible ou incompréhensible de la clause d'arbitrage, ma conclusion aurait été la même si l'Union avait aussi plaidé que la clause était illisible ou incompréhensible au sens de l'art. 1436 C.c.Q. »

63. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>>, par. 102 : « Sans plus de preuve quant aux difficultés d'accès, j'estime que l'argument ne peut être retenu. »

64. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>>, par. 103 : « Comme il a été mentionné précédemment, l'hyperlien en surbrillance paraît à chaque page à laquelle le consommateur accède et il n'a été présenté aucune preuve permettant de conclure que le texte était difficile à repérer à l'intérieur du document, ou qu'il était difficile à lire ou à comprendre ».

65. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, disponible à <<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2007/2007csc34/2007csc34.html>>, par. 98 à 100.

66. Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37-2 *Revue Générale de droit* 407, 437.

67. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, articles 54.1 et suivants.

68. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, article 54.1 : « Un contrat à distance est un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat. »

69. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, article 1e) : « e) « consommateur » : une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce ; »

les faits disponibles dans le jugement indiquent que le plaignant utilise fréquemment les services du transporteur pour son travail⁷⁰, le contrat, qui a été souscrit depuis son domicile, semble assujéti à ce texte, le juge ne manquant d'ailleurs pas de s'y référer relativement à l'opportunité d'infliger des dommages-intérêts punitifs conformément à l'article 272 de la loi⁷¹.

Aussi, parmi les changements législatifs, il importe de rappeler que l'information disponible doit y être complète (54.4) – il est à cet égard possible de se demander si les règles de responsabilité qui sont en cause devraient s'appliquer ici – et que le processus de manifestation du consentement doit être renforcé⁷².

Néanmoins, il convient aussitôt de rappeler que même si les amendements à la *Loi sur la protection du consommateur* ont été adoptés le 14 décembre 2006, avant la survenance des faits, ils sont entrés en vigueur à compter du 15 décembre 2007⁷³. Ce nouveau texte n'était donc pas applicable en l'espèce.

Au-delà de cet état jurisprudentiel et législatif, il nous semble important de souligner qu'aucun changement significatif ne semble devoir être signalé depuis quelques années en ce qui a trait aux processus contractuels des entreprises. Ainsi, même si tout cela est encore neuf, et face à une évolution récente tant au point de vue jurisprudentiel et législatif, bien peu d'évolutions en pratique contractuelle semblent devoir être constatées. Et par exemple, les contrats sont donc toujours aussi longs, l'information importante est souvent noyée dans de nombreux paragraphes inutiles.

70. *Dufour c. Air Canada*, 2008 QCCQ 12140 (27 novembre 2008), disponible à <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2008/2008qccq12140/2008qccq12140.html>>, par. 7.

71. *Dufour c. Air Canada*, 2008 QCCQ 12140 (27 novembre 2008), disponible à <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2008/2008qccq12140/2008qccq12140.html>>, par. 59.

72. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1. L'article 54.4 *in fine* prévoit notamment que « Le commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur ».

73. Dans le projet de loi 48, opérant lesdits changements à la loi, on pouvait lire ceci à l'article 18 : « La présente loi entre en vigueur le 14 décembre 2006, à l'exception de l'article 1, qui entrera en vigueur le 1^{er} avril 2007, et des articles 3, 5, 9 et 10, qui entreront en vigueur à la date ou aux dates fixées par le gouvernement, mais au plus tard le 15 décembre 2007. » Les articles en cause sont tous prévus à l'article 5 du projet de loi.

Au contraire, comme nous avons pu le souligner relativement à certains déboires récemment constatés relativement au contrat disponible sur le site web 2.0 *Facebook*, il pourrait être judicieux pour une entreprise commerçant en ligne de mieux intégrer le contrat qu'elles proposent à leurs acheteurs en le rendant aisément accessible, compréhensible, le tout dans l'optique non pas d'une éventuelle confrontation juridique mais bien davantage d'une construction de confiance vis-à-vis des usagers. En ligne plus qu'ailleurs, le « marketing contractuel » pourrait être envisagé.

CONCLUSION

Comme mentionné en introduction, ces cinq décisions ne constituent qu'un « cliché » de la situation jurisprudentielle relative au droit des technologies de l'information. Pourtant, il nous plaît de tenter d'identifier des tendances qui semblent, selon nous, se tramer face à ce monde en construction.

En premier lieu, en dépit de la nouveauté, de la « révolution » factuelle que présente bien souvent le commerce électronique, il nous apparaît que les juges, et c'est un constat qui mériterait d'être mesuré davantage, n'ont aucunement tendance à ne pas reconnaître la légalité de l'usage des technologies de l'information. Bien au contraire. Avant et après l'avènement d'Internet, rares sont les situations où le droit – et notamment la jurisprudence – est attentatoire à l'avancement du progrès. Dans la plupart des cas, les juges sont parfaitement conscients de leur époque et des apports qu'elle est susceptible d'amener. Parmi les très nombreuses illustrations que nous pourrions citer ici, nous retiendrons le propos que l'on trouve dans une « vieille » décision de la Cour d'appel de l'Ontario qui prévoit :

where technological advances have been made which facilitate communications and expedite the transmission of documents we see no reason why they should not be utilized. Indeed, they should be encouraged and approved.⁷⁴

Les décisions sont donc plus souvent qu'autrement « justes et utiles » et ne trahissent pas souvent d'incongruités au plan du résultat. En revanche, il est malheureusement possible de constater une certaine difficulté dans la prévision de l'avenir tant il n'est pas toujours possible de bien apprécier la parfaite adéquation, d'une part,

74. *Rolling c. Williann Investments*, (1989) 70 O.R. (2d) 578.

entre lois et jurisprudence et d'autre part, entre droit et faits. Sans parler de ce lieu commun qu'est le « vide juridique », souvent évoqué en droit du commerce électronique, et qui traduit trop souvent le sentiment que le droit n'est pas celui que l'interprète aurait aimé qu'il fût⁷⁵, il est au moins des zones de flou, des zones dont il est possible d'imaginer une maturité en devenir.

En deuxième lieu, si les juges constituent un magnifique outil d'adaptation du droit au fait – la jurisprudence est d'ailleurs un outil passablement plus souple que ne peut l'être la loi pour ce faire – il appert que les cinq décisions identifiées ont été présentées avec un regard quelque peu critique de notre part, et ce, pour deux raisons essentielles. D'abord, nous croyons qu'il faille « légiférer en tremblant »⁷⁶. Face au neuf, il est nécessaire de garder en tête que l'intervention d'un texte formel, loi ou règlement (comme dans l'affaire *Leoppky*), constitue en bien des cas un certain « dérangement ». Ainsi, il importe d'avoir à l'esprit que les changements juridiques ont un « coût » en termes d'interprétation. Un « coût » qui se justifie sans aucun doute dès lors que la jurisprudence est en rupture avec ce qu'on voudrait qu'elle soit. Un « coût » qui demande d'être mieux mesuré lorsque, au contraire, elle ne donne pas lieu à un « musée des horreurs ».

Paradoxalement, les « péchés » interprétatifs se situent selon nous beaucoup plus souvent en ce qui a trait à l'analyse de textes nouveaux plutôt qu'à celle de principes anciens, que ce soit par omission (comme dans *Leoppky*) ou dans d'autres hypothèses par action. À titre d'exemple, il est particulièrement troublant de constater la difficulté interprétative liée à l'article 2840 C.c.Q. sur la preuve des documents technologiques⁷⁷. De manière plus générale, les nouveaux termes, concepts, qui sont introduits dans les corpus législa-

75. 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, Thémis, 2003), p. 125, à la page 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. »

76. Une citation régulièrement attribuée au doyen Carbonnier, et ce, même si nous n'avons pu le vérifier en trouvant la référence exacte.

77. Voir par exemple *Citadelle, Cie d'assurance générale c. Montréal (Ville)*, 2005 CanLII 24709 (QC C.S.) ; *Stefanovic c. ING Assurances inc.*, 2007 QCCQ 10363 (CanLII).

tifs ont leur lot d'incongruités dès lors qu'on les présente à des juges pas toujours au fait de leur signification véritable⁷⁸.

Aussi, nous nous permettrons d'inciter tout un chacun à reprendre connaissance des propos de Portalis qui se lisent comme suit :

qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; qu'enfin, il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un État.⁷⁹

Ensuite, il est aussi selon nous des habitudes trop souvent marquées quant à l'analyse des faits, faits qui régulièrement donnent lieu à une compréhension assujettie au papier. Par exemple, le consentement a perdu, dans le contrat électronique sans doute plus que dans le contrat papier, tout lien réel avec le « vouloir » et pourtant, ce dernier demeure la base fondamentale derrière ce concept juridique (comme dans l'affaire *Lori Drew* ou la décision *Dufour*). De manière identique, nous croyons que les technologies de l'information vont avoir et ont déjà une influence fondamentale sur le droit

78. Pierre-Emmanuel MOYSE, « Abus de droit et droit du divertissement », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du divertissement*, 2007 : « L'innovation est ainsi source d'insécurité mais aussi d'inspiration puisque la légalité d'une situation nouvelle, non encore réglementée, pourra être testée au banc de multiples droits existants. On notera encore que cette même innovation provoque également une foison de réformes et de consultations populaires. Ces initiatives nous laissent, il faut bien le dire, avec des lois souvent peu cohérentes, un droit friable composite de matières techniques et de termes abscons, malgré les intentions affichées de maintenir le tout technologiquement neutre ».

79. Jean-Étienne PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse an IX.

relatif à la protection des renseignements personnels, comme nous avons pu le voir, selon nous, dans l'affaire *Note2be.com*.

Le droit du commerce électronique a donc de beaux jours devant lui à tenter de concilier la conservation inhérente au droit, sujette à une lente et douce évolution, et les changements formidables propres aux faits, participant à une révolution dont nous sommes actuellement les spectateurs et un peu les acteurs.