

La validité et la force exécutoire des conventions d'achat en ligne et l'évaluation du besoin d'adopter une législation 1998

1998 Commerce électronique

La validité et la force exécutoire des conventions d'achat en ligne et l'évaluation du besoin d'adopter une législation

Exposé préparé pour la Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada
par Skip Sigel, Theo Ling et Joshua Izenberg
du cabinet d'avocats Baker et McKenzie de Toronto

I INTRODUCTION

II LA VALIDITÉ ET LA FORCE EXÉCUTOIRE DES CONVENTIONS D'ACHAT EN LIGNE

III CONCLUSION - UNE LÉGISLATION EST-ELLE NÉCESSAIRE?

I INTRODUCTION

La validité et la force exécutoire des conventions d'achat en ligne («Web-Wrap Agreements»), également connues comme des conventions d'achat au clic («Click-Wrap Agreements») ¹, comptent parmi la série de nouvelles questions juridiques soulevées par l'accroissement du commerce électronique. La question de savoir s'il est nécessaire d'adopter une loi pour régir le recours à des conventions d'achat en ligne au Canada constitue une importante question connexe.

Une convention d'achat en ligne établit les conditions d'un contrat dans un environnement en ligne et il s'agit d'une sorte de convention type, car une partie rédige les conditions de la convention sans consulter l'autre ou les autres parties ou sans les négocier avec elles. Une convention d'achat en ligne apparaît habituellement comme une boîte de dialogue ² à l'écran du client, lorsque ce dernier cherche à télécharger un logiciel ou à commander des biens ou des services en ligne. La boîte de dialogue contient les conditions et les modalités de la licence ou de la vente que le consommateur reçoit instruction d'examiner avant d'accepter en cliquant sur un bouton au bas de la boîte de dialogue.

L'exposé porte sur la nécessité d'adopter éventuellement une loi pour régir l'utilisation de conventions d'achat en ligne au Canada par suite de notre examen des questions soulevées relativement à la validité juridique et au caractère exécutoire des conventions d'achat en ligne. Le présent document est rédigé en fonction des lois de l'Ontario, mais les commentaires exprimés s'appliquent également aux autres administrations canadiennes.

II LA VALIDITÉ ET LA FORCE EXÉCUTOIRE DES CONVENTIONS D'ACHAT EN LIGNE

Les conventions d'achat en ligne, sous emballage et les conventions types

Les questions juridiques fondamentales relatives aux conventions d'achat en ligne sont les suivantes : (i) s'agit-il de contrats valides, et dans l'affirmative, (ii) sont-ils exécutoires dans tous les cas.

Au Canada, il n'y a pas d'affaires ou de lois qui ont expressément traité aux conventions d'achat en ligne. Cependant, dans le cadre de certaines affaires, des commentaires ont été formulés sur la validité et la force exécutoire des conventions types³ et, en particulier, des conventions d'achat sous emballage (« Shrink-Wrap Agreements »)⁴, ainsi que des lois qui s'appliquent à certaines opérations de consommation; ils fournissent des indications sur le traitement probable des conventions d'achat en ligne par les tribunaux canadiens.

Les conventions d'achat en ligne sont très souvent comparées aux conventions d'achat sous emballage; en effet, l'exigence selon laquelle il faut cliquer sur le ou les boutons « J'accepte » ou « Je confirme » dans le cadre d'une convention d'achat en ligne est similaire à l'exigence relative à une convention d'achat sous emballage, car le consommateur brise le sceau de l'enveloppe qui contient le support du logiciel. Dans les deux cas, le consommateur doit faire un acte qui indique qu'il accepte les conditions du contrat. De fait, les vendeurs de logiciels présentent habituellement à un titulaire de licence une convention d'achat au clic en plus d'une convention d'achat sous emballage, avant le lancement du logiciel pour la première fois. Néanmoins, il y a une différence appréciable entre les conventions d'achat en ligne et les conventions d'achat sous emballage, car ces dernières ont tendance à n'être utilisées que dans le cadre de la délivrance de licences relatives à un logiciel, tandis que les premières sont également utilisées dans le cadre de d'autres opérations, comme celles qui ont trait à l'achat de biens et l'obtention de services.

La formation du contrat

Pour qu'un contrat soit valide et qu'il ait une force exécutoire, il doit y avoir : (i) une offre qui exprime la disposition d'une partie de conclure une entente qui a force exécutoire avec une autre partie, (ii) l'acceptation de l'offre par l'autre ou les autres parties, et (iii) l'examen ultérieur⁵. Les conventions d'achat en ligne satisfont aux exigences relatives à l'offre et à l'examen comme toute autre forme de convention, mais il n'est pas clair si le fait de cliquer sur un bouton (« le cliquage ») satisfait à l'exigence relative à l'acceptation⁶.

L'acceptation peut être exprimée par écrit, verbalement ou par un acte. Dans le cas des conventions d'achat en ligne, il n'existe pas d'option pour exprimer son acceptation écrite ou verbale. La question est donc de savoir si le fait de cliquer constitue un acte qui lie suffisamment le consommateur à l'offre du vendeur-donneur de licence d'une manière qui constitue une acceptation de cette offre.

De nombreuses affaires canadiennes autorisent à penser que l'exigence relative à l'acceptation peut être satisfaite sans acceptation écrite ou verbale, pourvu que l'offrant ait cherché raisonnablement à signaler les conditions de l'entente au consommateur ou que le consommateur ait eu une occasion raisonnable de lire ces conditions. Dans le contexte du

présent exposé, nous définissons cette tentative de mettre le consommateur au courant comme une « acceptation présumée » de la part du consommateur. Par exemple, dans l'arrêt *Gillette v. Rea*, (1909) 1 O.W.N. 448 (Ch.), la Cour d'appel de l'Ontario a statué que l'avis relatif au permis du fabricant fourni aux consommateurs et joint à un paquet de rasoirs brevetés était valide. Par contre, dans l'arrêt *North American Systemshops Ltd. v. King et al.*, (1989) 68 Alta L.R. (2d) 145, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que lorsqu'un vendeur de logiciels place le texte d'une entente relative à une licence à l'intérieur d'une boîte scellée, cette convention n'est pas exécutoire, car le vendeur n'a pas utilisé une façon simple, peu coûteuse et facile à comprendre pour avertir le consommateur que des restrictions sont imposées à l'utilisation du logiciel qui fait l'objet d'une licence, avant que le consommateur n'enlève la pellicule de plastique.

La notion d'acceptation présumée a également été défendue dans d'autres affaires relatives à des conventions types, comme des affaires relatives aux talons de billet de stationnement. Par exemple, dans l'affaire *Parker v. South Eastern Rwy Co.*, (1877) 2 C.P.D. 416, le tribunal a décidé que le talon d'un billet de stationnement qui indiquait que la responsabilité du propriétaire du terrain était limitée avait une force exécutoire, car il était possible au client de déterminer que le type de document qui lui était remis devait contenir les conditions du contrat. Dans l'arrêt *Thornton v. Shoe Lane Parking Ltd.*, [1971] 2 W.L.R. 585 (C.A.), une cour d'appel a décidé que les conditions spécifiées sur le talon d'un billet de stationnement avaient force exécutoire, pourvu que la partie qui cherchait à s'appuyer sur ce document ait pris des mesures raisonnables pour signaler les conditions de l'entente à l'autre partie.

Les affaires dont il est question ci-dessus indiquent qu'une acceptation valide n'a pas besoin d'être confirmée par écrit, verbalement ou par un geste concret du client, pourvu que l'offrant ait cherché raisonnablement à signaler les conditions de la convention au client ou que ce dernier ait eu une occasion raisonnable de lire ces conditions. Comme les conventions d'achat en ligne sont conçues de telle façon que le client doit reconnaître : (i) qu'il est au courant de l'existence des conditions et des modalités d'application et que (ii) le client a eu l'occasion de considérer ces conditions et ces modalités avant de compléter l'opération, il semble que les conventions d'achat en ligne satisfont amplement aux exigences relatives à l'acceptation établies dans le cas des autres conventions types. Par conséquent, sous réserve des conditions légales, il est probable que les tribunaux canadiens reconnaîtront que le cliquage constitue une acceptation valide dans le cas d'une convention d'achat en ligne.

La force exécutoire

En supposant qu'une convention d'achat en ligne soit valide, elle peut néanmoins ne pas avoir de force exécutoire, si les conditions d'un contrat sont inéquitables et donnent un avantage indu à la partie qui l'a rédigée. Toute forme de convention est soumise aux mêmes restrictions, mais le fait qu'il n'existe pas d'occasion de négocier les conditions relatives à l'offre rend cette préoccupation plus vive dans le cas de toutes les conventions types, notamment dans le cas des conventions d'achat en ligne. Dans l'affaire *Slator v. Nolan*, (1876) 11 I.R. Eq. 367, une cour d'equity a statué qu'une opération basée sur

l'avantage indu obtenu par une partie aux dépens d'une autre n'a pas de force exécutoire. Ce principe a été énoncé de nouveau dans des affaires plus récentes, comme l'arrêt *W.W. Distributors & Co. Ltd. v. Thorsteinson* (1960), 26 D.L.R. (2d) 365 (Man. C.A.); dans celui-ci, la Cour d'appel du Manitoba a déterminé qu'un vendeur a persuadé une partie de signer un contrat, tout en refusant d'accorder à cette dernière l'occasion d'examiner le contrat qui imposait des conditions déraisonnablement rigoureuses. Par conséquent, la Cour a jugé que ce contrat n'avait pas de force exécutoire.

Le concept de l'équité des conditions d'un contrat a été traité relativement à une convention d'achat sous emballage dans un arrêt américain récent, *ProCD v. Zeidenberg*, (1996) 86 F.3d 1447 (« *ProCD* »). Dans cette affaire, la Cour d'appel du septième circuit des États-Unis a statué qu'un avis sur la boîte d'un logiciel selon lequel ce produit était soumis à des restrictions énoncées dans une licence qui se trouvait à l'intérieur avait force exécutoire, en partie parce que les conditions relatives à la convention d'achat sous emballage ne dépassent pas l'ordinaire. L'affaire *ProCD* mérite d'être signalée, car les conditions relatives à la licence étaient également exposées au détenteur de celle-ci sous la forme d'une convention d'achat au clic. On peut affirmer que la reconnaissance par la Cour de la force exécutoire d'une convention d'achat sous emballage constituait également un commentaire sur la force exécutoire d'une convention d'achat au clic.

D'après les affaires mentionnées ci-dessus, il semble qu'il soit possible dans une large mesure de rassurer ceux qui sont préoccupés par l'inéquité des conventions types en faisant en sorte que le vendeur-donneur de licence démontre qu'il a fait un effort raisonnable pour signaler les conditions du contrat au client, avant l'acceptation présumée de celles-ci par ce dernier. Dans le cas des conventions d'achat en ligne, il semble que l'exigence relative au cliquage rassure ceux qui ont exprimé cette préoccupation. En ce qui concerne les conditions d'une convention d'achat en ligne qui sont inéquitables ou contraires à un principe de common law, les conditions de ce type n'ont pas de force exécutoire, qu'elles soient énoncées dans une convention d'achat en ligne ou dans tout autre type de convention.

La loi de protection du consommateur

Un examen de la jurisprudence canadienne permet d'affirmer que les conventions d'achat en ligne doivent généralement être considérées comme conformes aux critères de la common law relatifs à leur validité et à leur force exécutoire. Néanmoins, aux termes de la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario (L.R.O. 1990, ch. C.31)⁷, il peut être déterminé que certaines formes de conventions d'achat en ligne utilisées au cours d'opérations conclues avec un consommateur n'ont pas de force exécutoire étant donné que la convention n'a pas été «signée» par les parties. Par exemple, l'article 19 de la *Loi sur la protection du consommateur* affirme que les contrats exécutoires⁸ n'ont pas force exécutoire dans le cas d'un acheteur qui ne dirige pas une entreprise, une association de personnes, un partenariat ou une personne morale, à moins que le contrat ne soit sur papier et signé par les parties et que chacune des parties ne soit en possession d'une copie originale. Par conséquent, le téléchargement d'un logiciel conformément à une convention d'achat en ligne devrait avoir une force exécutoire pour un acheteur, s'il est déterminé qu'il s'agit d'une

convention relative à la licence et qu'elle dépasse donc la portée de la définition d'un contrat exécutoire, ou s'il est établi qu'il s'agit d'une vente de logiciel, pourvu que le droit relatif à la licence soit versé au moment de l'opération et qu'il n'existe pas d'autres obligations relatives à des services à fournir par le donneur de licence.⁹ Par contre, la future prestation d'un bien ou d'un service par suite d'une commande téléphonique ou d'une convention d'achat en ligne n'a peut-être pas de force exécutoire pour un acheteur, peu importe que le paiement ait été fait au complet au moment où la commande a été passée.

Il se peut que les vendeurs en ligne soient prêts à courir le risque que les conventions d'achat en ligne et les commandes téléphoniques n'aient pas de force exécutoire pour un acheteur, pourvu qu'ils reçoivent le paiement des biens ou des services commandés, avant qu'ils ne soient fournis. Si un acheteur change d'idée au sujet de son achat ou est insatisfait du bien ou du service, le vendeur peut rembourser le prix d'achat. Néanmoins, il est probable que dans un scénario relatif à un contrat exécutoire passé avec un consommateur (p. ex., la vente d'un logiciel sous réserve de restrictions relatives à sa revente et à sa distribution ou de dispositions relatives à la propriété intellectuelle de ce logiciel), le vendeur ne désire peut-être pas remettre une copie de ce logiciel à un consommateur, peu importe que le logiciel ait été payé ou non, en sachant que le consommateur n'est peut-être pas tenu de respecter les restrictions relatives à l'utilisation du logiciel spécifiées dans la convention. Ce sont des opérations de ce type qui font que les législateurs doivent réévaluer les objectifs des lois comme la *Loi sur la protection du consommateur*.¹⁰

Il existe dans chaque province du Canada une législation relative à la protection des consommateurs, mais il y a lieu de signaler que les lois ontariennes à ce sujet, autres que la *Loi sur la protection du consommateur*, ont récemment été modifiées afin que soient éliminées les exigences relatives à la prestation d'une copie sur papier et à la signature. Par exemple, en 1984, la *Loi relative aux preuves littérales* (L.R.O. 1990, ch. S.19), a été modifiée par l'abrogation de l'article 4; il exigeait la prestation d'une copie sur papier et une signature dans le cas des contrats exécutés dans un délai d'un an à partir de la date de leur passation.¹¹ Ces développements récents relatifs à des lois montrent que les législateurs sont prêts à modifier des lois existantes pour mieux se conformer aux besoins et aux pratiques constamment en évolution du milieu des affaires. On a donc déjà éliminé ou on est en voie d'éliminer certains obstacles créés par des lois relativement à la conclusion de conventions d'achat en ligne.

III CONCLUSION - UNE LÉGISLATION EST-ELLE NÉCESSAIRE?

En se basant sur l'examen de la jurisprudence citée ci-dessus, il semble que les tribunaux canadiens disposent d'un nombre suffisant de précédents pour conclure que les conventions d'achat en ligne sont valides et constituent des méthodes pour passer des contrats auxquels il est possible de donner une force exécutoire. Une législation n'est donc pas nécessaire. Cependant, la législation relative à la protection des consommateurs qui exige que les contrats exécutoires comprennent un élément relatif à une signature peut constituer un obstacle qui empêche que certaines conventions d'achat en ligne aient force exécutoire en Ontario et dans d'autres provinces qui possèdent une législation similaire à celle de cette province.

Le présent exposé relatif à la validité et à la force exécutoire des conventions d'achat en ligne porte sur les conventions qui s'appliquent aux consommateurs en Ontario. Mais il y a lieu de signaler que ces types de contrats ne constituent qu'un exemple des applications possibles des conventions d'achat en ligne. Avec le temps, il est probable que d'autres types de contrats, particulièrement dans le contexte d'opérations commerciales, comme des arrangements relatifs à des emplois, des opérations immobilières, l'achat d'assurances ou des prêts, pourront être rédigés sous la forme d'une convention d'achat en ligne. Les conventions d'achat en ligne sont de plus en plus utilisées dans le cas de diverses relations contractuelles et elles correspondront éventuellement à la façon habituelle de faire affaire ¹². Par conséquent, du point de vue de la législation, la meilleure façon de procéder serait peut-être de modifier les lois existantes sur la consommation ou à d'autres questions, pour faire disparaître les obstacles à l'utilisation des moyens électroniques pour passer des contrats et, dès lors, établir une plus grande certitude en ce qui concerne la validité et la force exécutoire des conventions de ce type.

Footnote: 1 1 Les conventions d'achat en ligne et au clic sont toutes deux utilisées dans un support d'information électronique; mais techniquement parlant, les conventions d'achat en ligne sont considérées comme un sous-ensemble des conventions d'achat au clic, car les conventions d'achat au clic ne sont pas nécessairement présentées à un client éventuel dans un environnement en ligne, tandis que les conventions d'achat en ligne le sont par définition. Le présent document porte sur les conventions d'achat en ligne, mais la plupart des commentaires qui y sont formulés s'appliquent également aux conventions d'achat au clic.

Footnote: 2 2 Une boîte de dialogue est une petite fenêtre qui recouvre un document que l'utilisateur est en train de visualiser. Habituellement, un utilisateur doit cliquer une seule fois sur un bouton à l'intérieur de la boîte de dialogue pour la fermer et avoir de nouveau accès à la page originale.

Footnote: 3 3 Une convention type est un contrat rédigé par une partie, dont l'autre ou les autres parties n'ont pas l'occasion de négocier les conditions; il s'agit p. ex., de billets d'avion, d'ententes relatives à la location d'une voiture et de talons de billet de stationnement.

Footnote: 4 4 Les conventions d'achat sous emballage prennent différentes formes. Un message peut-être inclus dans la boîte d'un logiciel pour indiquer que les conditions de la licence se trouvent à l'intérieur du paquet ou une carte explique les conditions détaillées de la licence peut être emballée sous une pellicule de plastique à l'extérieur de la boîte. Dans les deux cas, le but est de s'assurer que le consommateur a l'occasion d'examiner et d'indiquer s'il accepte les conditions relatives à la licence avant d'utiliser le logiciel.

Lorsqu'un consommateur «brise le sceau» du papier d'emballage, ou qu'il utilise pour la première fois le logiciel, selon le cas, le consommateur est censé avoir lu et accepté les conditions de l'convention d'achat sous emballage.

Footnote: 5 5 Essentiellement, l'examen procure un certain avantage à la partie promettante ou entraîne une conséquence négative, un préjudice ou un inconvénient à la partie à qui la promesse est faite (*Robertson v. Robertson* (1993), 6 M.P.R. 370 à la p. 389 (C.A.N.-B.)). L'examen peut inclure le fait de faire un acte ou de promettre de faire un acte, auquel il est impossible de donner une valeur monétaire.

Footnote: 6 6 Une offre se distingue d'une invitation à traiter, qui est une déclaration ou une façon d'agir qui invite un bénéficiaire à faire une offre ou à négocier plus à fond. Une invitation à traiter indique simplement une intention commerciale générale et elle n'a pas de force exécutoire sur le plan juridique. Dans le contexte des conventions d'achat en ligne, ce n'est peut-être pas toujours le consommateur qui doit accepter une offre du vendeur-donneur de licence. Si le vendeur-donneur de licence invite le consommateur à faire une offre, la question fondamentale consiste à savoir si le cliquage constitue une offre valide par le consommateur par opposition à l'acceptation d'une offre.

Footnote: 7 7 Il existe des lois similaires sur la protection des consommateurs dans d'autres provinces du Canada.

Footnote: 8 8 L'article 1 de la *Loi sur la protection du consommateur* définit un contrat exécutoire comme un contrat passé entre un acheteur et un vendeur en vue de l'achat et de la vente de biens ou l'obtention de services dont la prestation ou le paiement complet n'est pas effectué au moment où le contrat est passé.

Footnote: 9 9 La question de savoir si un logiciel fait l'objet d'une licence ou s'il est vendu a été considérée par des tribunaux, particulièrement dans des affaires relatives à des questions fiscales dans lesquelles la caractérisation du logiciel peut entraîner un traitement fiscal différent du produit. En général, un logiciel emballé sous une pellicule de plastique est considéré comme un bien, tandis qu'un logiciel personnalisé est considéré comme un logiciel qui fait l'objet d'une licence.

Footnote: 10 10 Il paraît que le ministère de la Consommation et du Commerce projette d'examiner les dispositions de la Loi qui ont trait aux contrats exécutoires.

Footnote: 11 11 En 1994, la *Loi sur la vente d'objets* (L.R.O. 1990, ch. S.1) a été modifiée. Il s'agissait de l'article 5 de cette loi qui spécifiait que les contrats relatifs à la vente de biens qui ont une valeur de 40 \$ canadiens ou plus n'auraient pas de force exécutoire à moins que l'acheteur n'ait accepté à tout le moins une partie des biens ou ne les ait vraiment reçus, ou qu'il n'ait fourni une contrepartie ou une partie du paiement pour conclure la convention liant les parties, ou à moins que l'acheteur n'ait rédigé et signé un billet ou un protocole d'entente. Il y a lieu de signaler qu'en Alberta, à Terre-Neuve, en Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard, des dispositions similaires à l'article 5 de la *Loi sur la vente d'objets* continuent à être en vigueur.

Footnote: 12 12 La façon habituelle de faire affaire peut être considérée comme un ensemble de pratiques commerciales, notamment des formes de contrat, qui sont généralement employées.