



REVUE DE DROIT D'OTTAWA
OTTAWA LAW REVIEW



2014-2015

Volume 46, no 1

Faculté de droit, Section de common law

Volume 46, No 1

Faculty of Law, Common Law Section

63 Formation du contrat électronique :
L'acceptation entre mutations et orthodoxie

SERGE KABLAN ET ÉDOUARD ONGUENE ONANA

Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie*

SERGE KABLAN** ET ÉDOUARD ONGUENE ONANA***

La doctrine a souvent débattu sur la nature du droit du cyberspace, c'est-à-dire le type de règles qui doivent encadrer les transactions électroniques. La formation du contrat électronique B2B et B2C permet d'aborder ce débat sous un angle pratique, qui met le législateur devant deux options connues : l'une, qui encourage l'élaboration de règles typiques, compte tenu d'une spécificité présumée de ces contrats ; l'autre, tendant à privilégier le droit existant, éventuellement adapté. Le formalisme issu des récentes productions législatives, notamment en droit de la cyberconsommation, réaffirme le rôle essentiel du consentement dans la formation du contrat, avec la reconstitution automatique des opérations traditionnelles de l'offre et de l'acceptation. Mais dans le cyberspace, la manière d'exprimer ces deux opérations bénéficie de balises pratiques plus ou moins précises, peut-être pour éviter que des règles impératives en la matière ne vieillissent trop rapidement à cause du contexte technologique en perpétuelle transformation. Or, cette hésitation, peut-être ce choix, a fait émerger plusieurs modalités d'expression de l'acceptation dont la validité n'est pas acquise de façon mécanique, mais demeure fréquemment suspendue à l'appréciation des juges. Mais en examinant les motifs progressivement développés par les tribunaux en *common law* et en droit civil, de même qu'en doctrine, les auteurs décelent une constante, un critère invariable dans l'appréciation du rituel de l'acceptation en ligne. Cette analyse dépasse ainsi ces techniques apparues des usages, c'est-à-dire le « *Box-Top* », « *Shrink-Wrap* », « *Browse-Wrap* », « *Click-Wrap* », « *Hybrid Click-Wrap* », « *Hyperwrap* », et tente de définir et de circonscrire cette valeur, ce critère qui inspire un retour aux fondements traditionnels du droit des contrats. Nous proposons, enfin, de recourir à des pictogrammes pour réaliser la mise en œuvre de ce critère.

Doctrine has often debated the nature of cyberspace law; specifically, what type of rules must frame electronic transactions. The formation of the electronic B2B and B2C contract allows for engagement with this debate from a practical perspective, setting two options before the legislator: one that encourages the creation of conventional rules, given the presumed specificity of these contracts; the other, tending to favour the existing law, eventually adapted. The formalism of recent legislative initiatives, notably those in cyber-consumer law, reaffirms the central role of consent in contract formation with the renewal of the traditional operations of offer and acceptance. In cyberspace, the forms of expressing these two operations benefits from more or less specific practical signposts, possibly to avoid essential rules in this area too quickly becoming obsolete in a technological context in perpetual transformation. This hesitation, possibly this choice, has led to the emergence of multiple forms of expression of acceptance, the validity of which is not understood in a mechanical way, but that frequently remains dependant on judicial discretion. By examining the progressively developed reasoning of tribunals in common law and civil law jurisdictions, as well as scholarly work, the authors observe a constant, an unchanging criterion for the evaluation of the ritual of online acceptance. This analysis goes beyond techniques borne out of practice, such as “*Box-Top*”, “*Shrink-Wrap*”, “*Browse-Wrap*”, “*Click-Wrap*”, “*Hybrid Click-Wrap*”, “*Hyperwrap*”, and attempts to define and to limit the scope of this value, this criterion that inspires a return to the foundations of contract law. Finally, we propose the use of pictograms to implement this criterion.

* La présente étude a été réalisée au Stetson University College of Law (Floride, États-Unis). Nous exprimons toute notre gratitude à l'institution, ainsi qu'au professeur John Cooper et à Velaine Paryzek dont la sollicitude n'a souffert aucun compromis pendant notre séjour. Toutes les références bibliographiques électroniques sont à jour au 20 août 2014.

This study was conducted at Stetson University College of Law (Florida, USA). We express our gratitude to the institution and to professor John Cooper and Ms. Velaine Paryzek whose solicitude suffered no compromise during our stay. All the electronic citations are updated as of August 20, 2014.

** Professeur, FSA, Université Laval, Canada (serge.kablan@fsa.ulaval.ca).

*** Docteur en droit, chargé de cours, FD, Université Laval, Canada (edouardonguene@yahoo.fr).

Table des matières

65	I.	INTRODUCTION
70	II.	L'ÉMERGENCE PLURALE DU « WRAP »
71	A.	Le prodrome du « Wrap » entre <i>Box-Top</i> et <i>Shrink-Wrap</i>
82	B.	La « vraie-fausse » innovation du <i>Click-Wrap</i>
86	C.	La nature fuyante du <i>Browse-Wrap</i>
93	D.	La conciliation éventuelle du <i>Click-Wrap</i> hybride
95	III.	L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DU « WRAP »
96	A.	La stabilité des critères d'appréciation
96	1.	<i>La pérennité du droit traditionnel des contrats</i>
103	2.	<i>Le rôle déterminant de la notification</i>
108	B.	Les formalités de la notification
109	1.	<i>Le seuil de notification</i>
117	2.	<i>L'utilité de l'iconographie</i>
125	IV.	CONCLUSION

Formation du contrat électronique : L'acceptation entre mutations et orthodoxie

SERGE KABLAN ET ÉDOUARD ONGUENE ONANA

I. INTRODUCTION

Deux situations paraissent continûment interpeller la doctrine. Elles sont le signe avant-coureur du dogmatisme, dont l'effet appréhendé sur la doctrine pourrait éluder les vertus descriptives et explicatives, pourtant nécessaires à la prise en main de réalités juridiques nouvelles¹. Cet état de dogmatisme, a prévenu le professeur Jean-Guy Belley, survient quand l'objet d'étude de la doctrine (ici la théorie générale des contrats) connaît un double isolement : l'un, par rapport à la pratique contractuelle²; l'autre, en regard du droit positif³. Il y a, selon l'auteur, l'exemple du droit québécois, où le domaine de la consommation a nettement paru développer un droit commun autonome, sans pourtant que la doctrine, figée dans « les vieux dogmes de la théorie générale », évolue vers cette idée d'une théorie pluraliste du droit commun des contrats⁴. Il y a le présent contexte où la technologie marque la pratique contractuelle, peut-être aussi le droit positif, d'une manière qui réinvite la doctrine à un examen préventif, si l'enjeu n'est pas déjà de « guérir » d'un éventuel dogmatisme. Ici aussi, il s'agit de s'assurer que la théorie générale des contrats ne

1 Jean-Guy Belley, « La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme » (1985) 26:4 C de D 1045 aux pp 1053–54 [Belley]. Voir généralement Ian R Macneil, « Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the need for a “Rich Classificatory Apparatus” » (1981) 75:6 Nw Uil Rev 1018 ; Ian R Macneil, « Relational Contract: What we do and do not know » [1985] Wis L Rev 483 ; Louise Rolland, « Les figures contemporaines du contrat » (1999) 44 RD McGill 903.

2 Le dogmatisme, selon le professeur Jean-Guy Belley, s'installe dans une discipline à partir du moment où celle-ci se coupe du réel. En droit, et particulièrement en droit des contrats, le réel s'envisage notamment à la lumière de l'effectivité des normes dont la source la plus dynamique est la pratique contractuelle. Vérifier si la doctrine de la théorie générale des contrats est atteinte ou non de dogmatisme revient donc, dans un premier temps, à déterminer si la théorie générale des contrats est coupée ou non de la pratique contractuelle. Voir Belley, *supra* note 1 aux pp 1047–48.

3 Pour le professeur Jean-Guy Belley, la validité des normes est le second élément à la lumière duquel il faut vérifier si la doctrine de la théorie générale des contrats est atteinte de dogmatisme. La source la plus considérable des normes valides étant le droit positif statutaire, c'est en définitive le droit positif qui fournit les critères de l'évaluation. Voir *ibid* aux pp 1051–52.

4 *Ibid* aux pp 1053, 1055 et s.

soit coupée ni de la pratique contractuelle apparue de ce contexte électronique, ni du droit positif qui en émerge.

Cédant à cette démarche, l'analyse à laquelle nous nous livrons s'attache à examiner le processus de formation du contrat électronique. L'objectif en est de définir les rites en restant fidèle à la définition la plus consensuelle, dont celle que reflète, par exemple, la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*⁵ et selon laquelle, d'une part, la communication de messages de données peut servir à former le contrat ; et d'autre part, la validité d'un tel contrat et sa force exécutoire ne peuvent être déniées au motif qu'un message de données a été utilisé. Invariablement, le consentement apparaît comme étant la pièce indispensable au processus de formation de ce type de contrats. Bien sûr, de cette notion de consentement, l'analyse retient l'acceptation polie par les développements successifs et consécutifs à la crise de la doctrine juridique de l'autonomie de la volonté⁶. Œuvre triomphante des idées de socialisation et de solidarité et sur le fondement desquelles le règne souverain de l'individualisme juridique a été rediscuté (au moins dès la fin du 19^e siècle), cette crise a par ailleurs contribué à redéfinir la conception même du contrat⁷. On sait que certains ont contesté, puis relativisé l'idée d'un consentement âme du contrat. D'autres ont soutenu que le consensualisme était la quintessence ou la conséquence la plus extrême de la liberté contractuelle⁸ et ont, par la suite, notamment introduit une vision qui évoque le contrat tantôt comme un acte ou une procédure, tantôt encore comme le produit juridique de cet acte ou de cette procédure, c'est-à-dire, la conséquence qui y est attachée par une norme d'un degré supérieur⁹. Si la volonté n'y est plus toute-puissante, ni source de la force obligatoire du contrat, elle n'en demeure pas moins l'élément essentiel, son critère, car c'est la manifestation des volontés concordantes qui constitue la procédure (premier sens que nous retiendrons du contrat) à laquelle l'ordre juridique délègue son pouvoir créateur de droit (second sens du contrat)¹⁰.

Il existe une règle générale voulant que ladite procédure, c'est-à-dire la manifestation de la volonté (en pratique, l'offre et l'acceptation), s'exprime à l'abri de toute exigence de forme. Elle est acquise, en principe, dès lors qu'un comportement, actif ou passif, permet de conclure qu'une certaine volonté des

5 Nations Unies, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998*, New York, Nations Unies, 1999 à l'art 11 [CNUDCI].

6 Michel Villey, « Préface historique à l'étude des notions de contrat » (1968) 13 *Archives de Philosophie du Droit* 1 à la p 4.

7 Véronique Ranouil, *L'autonomie de la volonté : Naissance et évolution*, 1^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1980 à la p 130. Voir aussi Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, 1^e éd, Paris, Recueil Sirey, 1937 à la p 31 ; Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, Pichon, 1904 aux pp 43-44.

8 Maurice Tancelin, *Sources des obligations : l'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993 à la p 23.

9 Hans Kelsen, « La théorie juridique de la convention » (1940) 1-4 *Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique* 33 à la p 37 et s [Kelsen].

10 *Ibid*; Voir aussi Jacques Ghestin, « La notion de contrat » (1990) 23 *Recueil Dalloz Sirey* 147 à la p 150 [Ghestin].

parties a été manifestée¹¹. La contrainte de forme n'est donc qu'exceptionnelle, quoique la doctrine ait fait remarquer, sans que le contexte électronique y échappe, qu'une procédure minimale est de toute façon inévitable en raison de la technique du droit qui rend indispensable une expression quelconque de la volonté¹².

Comme l'offre exprimée dans les rapports de cyberconsommation, l'acceptation correspondante est du domaine de ces exceptions. Discernons déjà que la notion n'a pas varié dans son essence, du fait du contexte. Dans le contrat électronique, l'acceptation s'envisage indifféremment comme l'acte par lequel le cocontractant, destinataire de l'offre, extériorise sa volonté de consentir. Les exigences classiques de l'acceptation demeurent similairement applicables, ce qui suppose, par exemple, que la volonté exprimée par le cocontractant soit substantiellement conforme à l'offre, c'est-à-dire que l'acceptation doit porter sur les éléments essentiels de l'offre¹³. Ainsi a-t-il été jugé qu'une réponse accompagnée de réserves ou de conditions s'analyserait comme une contre-offre plutôt qu'une acceptation et, comme tel, sa validité serait suspendue, entre autres exigences, à son caractère ferme, non-équivoque et précis¹⁴. S'il n'est pas nécessaire que l'acceptation répète les mots exacts de l'offre¹⁵, il importe qu'elle intervienne avant que celle-ci ne soit caduque¹⁶. Il naît alors une question simple, relative aux modalités de l'acceptation, particulièrement dans le contexte électronique : comment, en pratique, l'acceptation doit-elle s'exprimer pour entraîner la formation du contrat en général et du contrat de cyberconsommation en particulier ?

Le droit des contrats évoque traditionnellement des modalités expresses ou tacites, selon que l'acceptation est exprimée verbalement, par écrit, par un geste non équivoque ou, au contraire, déduite du comportement ou de l'attitude du cocontractant¹⁷. Le législateur québécois, notamment, ne s'écarte pas de cette indication quand il soumet la formation de certains contrats de consommation (par exemple, la vente d'automobiles d'occasion) à la formalité de la signature, privilégiant ainsi un consentement exprès¹⁸. Il n'y déroge pas plus dans l'encadrement du contrat de crédit variable conclu pour l'utilisation de la carte de crédit, en exigeant là aussi la signature, attendu cependant que l'émission de ladite carte par le commerçant et son utilisation par le consommateur tiennent lieu de cette signature¹⁹.

11 Alfred Rieg, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français » dans *Travaux de l'Association Henri Capitant : Les modes non formels d'expression de la volonté*, t 20, Paris, Jurisprudence Générale Dalloz, 1972, 40 à la p 43.

12 Kelsen, *supra* note 9 à la p 38.

13 Voir par ex *Code civil du Québec*, art 1393 [CcQ]. Voir aussi Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudoin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 à la p 258 [Jobin].

14 *St-Jean c St-Jean*, 2008 QCCQ 11990 (disponible sur CanLII); *Paul Savard entrepreneur électricien Inc c Constructions Infrabec Inc*, 2005 CanLII 14803 (CS Qc); *9051-2054 Québec Inc c Service Forestier Rocan*, 2002 CanLII 31565 (CS Qc).

15 *Les Maisons le Marquis Ltée c Commodore Mobile Homes Ltd*, [1980] CS 872 à la p 876 (disponible sur QL).

16 Voir par ex art 1393 CcQ.

17 Henri Mazeaud et al, *Leçons de droit civil*, t 2, vol 1, 6^e éd, Paris, Montchrestien, 1978 à la p 132 [Mazeaud].

18 *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, art 23, 30 [LPC].

19 *Ibid* art 29.

Les récentes dispositions légales réglementant le contrat de cyber-consommation (plus largement, les contrats conclus à distance) paraissent également reposer sur ces modalités classiques d'expression de l'acceptation. L'article 54.5 de la *Loi sur la protection du consommateur* (ci-après « LPC ») s'y réfère en recourant franchement à des notions familières, comme celle que véhicule le vocable « expressément », employé ici pour qualifier la manifestation de la réponse attendue du consommateur, soit que ce dernier accepte la proposition qui lui est faite par le commerçant, soit qu'il la refuse. Précisément, le rituel auquel les parties sont soumises, quant à l'acceptation, évoque un séquençage qui se dévoile en plusieurs phases successives : « Avant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner *expressément* au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs » [nos italiques]²⁰.

Il n'est pas prématuré de préciser, premièrement, que la phase de révision de la proposition précède logiquement l'acceptation ou le refus que le consommateur est appelé à manifester ; deuxièmement, l'expression introductive « [a]vant la conclusion du contrat » ne semble pas devoir constituer une phase supplémentaire ou distincte, mais paraît s'envisager avec l'acceptation de la proposition. Le rituel de l'acceptation, au sens de cette disposition, se tiendrait ainsi en deux phases successives : la phase de révision de la proposition et celle du consentement à proprement parler. Ce séquençage est à l'image du droit français où la solution retenue, qui découle de l'article 11 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000²¹, a présenté « un [...] mérite, qui n'est pas mince, en ce qu'elle s'inscrit dans le cadre du droit des contrats »²². En la matière, donc, il n'y aurait pas eu production normative originale, mais bien plus adaptation du droit existant. L'article 1369-5, alinéa 1 du *Code civil* (français) est le produit de cet ajustement, qui implique un processus quasi-identique à celui du droit québécois quant au fond, mais quelque peu dissemblable en ce qui a trait à la forme. Le législateur choisit ici la notion de *confirmation*, tout en attachant une importance comparable à la faculté de *révision* de la *commande* :

Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de *vérifier* le détail de sa *commande* et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de *confirmer* celle-ci pour exprimer son acceptation.

20 *Ibid* art 54.5.

21 CE, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, [2000] JO, L 178/9.

22 France, Assemblée nationale, *Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 528) pour la confiance dans l'économie numérique*, par Michèle Tabarot, rapport n° 608 (11 février 2003) à la p 63 [Tabarot].

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la *commande* qui lui a été ainsi adressée [nos italiques]²³.

Suivant cette disposition, c'est précisément la *confirmation* du destinataire de l'offre, soit le consommateur, qui incarne ou exprime l'acceptation²⁴. Or, si le contrat est déjà formé à l'étape de la confirmation, l'accusé de réception, quoique nécessaire, n'a plus un rôle déterminant dans le processus. Le législateur lui réserve un office exclusivement technique. C'est du moins l'interprétation que proposent les travaux préparatoires relatifs à la *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (ci-après « *LCEN* »)²⁵ : « L'accusé réception mentionné au *deuxième alinéa*, que l'auteur de l'offre doit renvoyer sans délai dès réception de la commande, n'a [...] qu'un rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle »²⁶. Il a aussi été jugé que l'accusé de réception envoyé automatiquement, compte tenu des modalités pratiques de la vente en ligne, ne témoigne pas forcément du consentement du vendeur²⁷. Quand il est vicié, notamment par une erreur matérielle d'étiquetage sur le prix, non seulement ce consentement est-il inexistant, mais encore le contrat encourt-il lui-même la nullité, même si l'accusé de réception a pu paraître garantir l'accord du vendeur quant au prix.

Si les étapes de la révision et de la confirmation de la commande sont seules pertinentes, au Québec avec l'article 54.5 de la *LPC* et dans les juridictions de *common law*, dont l'Ontario, où le législateur commande autant au fournisseur de « [...] donne[r] expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la convention et de corriger les erreurs immédiatement avant de la conclure »²⁸, il devient essentiel de déterminer la forme de la confirmation ainsi attendue du consommateur. Pareillement, dans la perspective du commerçant, il faut définir le contenu de cette obligation de « donner expressément » au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition (ou l'offre)

23 Art 1369-5 C civ [C civ].

24 Tabarot, *supra* note 22 à la p 63.

25 Voir Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, JO, 17 juin 2005, JUS05X050012R.

26 Tabarot, *supra* note 22 à la p 63.

27 Trib inst Strasbourg, 24 juillet 2002, *Thierry P c Netbusiness Planète Discount*, (2003) D Jur 2434.

28 *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, LO 2002, c 30, art 38(2). Le *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet* est du même ordre. Approuvé en mai 2001 par les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables de la consommation, l'art 3(1)b) dispose : « Avant la conclusion d'un contrat de vente par Internet avec un consommateur, le commerçant doit [...] donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser le contrat et d'en corriger les erreurs immédiatement avant de le conclure ». Rappelons que cet instrument a établi des lignes directrices dont l'objet est d'harmoniser les lois protégeant les consommateurs dans le contexte du commerce électronique. Voir, Canada, Comité des mesures en matière de consommation, *Modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet*, Ottawa, 29 mai 2001, art 3(1)b), en ligne : <[http://consommateur.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/\\$FILE/Sales_Template_fr.pdf](http://consommateur.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/vwapj/Sales_Template_fr.pdf/$FILE/Sales_Template_fr.pdf)>.

dans le contexte particulier du commerce électronique (incluant le commerce mobile). En la matière, le silence du législateur ajoute à la préoccupation, même si on peut comprendre que sa discrétion évite l'obsolescence précoce à laquelle le contexte en perpétuelle transformation exposerait d'éventuelles normes pratiques. Ce « vide » tend en effet à faire perdurer autant le débat que les incertitudes sur la technique de l'acceptation électronique en cyberconsommation comme ailleurs²⁹.

Conséquence de la reconduction pure et simple du principe traditionnel du consentement, le fardeau « normatif » s'en trouve transféré aux acteurs du commerce électronique. En établissant le formalisme (pratique) corrélatif, ces derniers doivent procéder *ex professo* s'ils excluent l'invalidation de leurs processus contractuels et, *in fine*, le rejet de leurs transactions. Dans les faits, différentes approches ou techniques d'acceptation en ligne ont progressivement émergé du droit américain, citant habituellement le vocable « Wrap »³⁰ dans leur désignation. L'appréciation judiciaire de ces techniques déployées autant en *business to business* (ci-après « B2B ») qu'en *business to consumers* (ci-après « B2C »), dans les juridictions de *common law* comme civilistes, aboutit à un verdict qui n'est pas toujours unanime. De l'examen des motifs originellement développés, il se dégage pourtant un critère technologiquement neutre, qui paraît pouvoir s'adapter aux médiums contemporains et à venir (section II). Il faut alors déterminer si ce critère est réaffirmé dans les décisions subséquentes, puis la manière de le mettre en œuvre pour plus de certitude quant à l'acceptation en ligne (section III). Notre examen considère une centaine d'arrêts et s'intéresse spécifiquement à l'accord de volontés. Il n'envisage pas de manière frontale la question de la preuve de l'existence du contrat ou des échanges électroniques, volontairement laissée de côté pour garder l'attention sur les jugements étudiés et ainsi prévenir un éventuel encombrement du propos.

II. L'ÉMERGENCE PLURALE DU « WRAP »

La doctrine et la jurisprudence ont habituellement retenu du « Wrap » la *summa divisio* qui oppose la technique du *Click-Wrap* à celle du *Browse-Wrap*³¹. Accessoirement, il peut être fait référence au *Box-Top* en amont de ces procédés (suivant une perspective judiciaire chronologique), voire au *Shrink-Wrap*. En aval, une récente déclinaison évoque le *Click-Wrap* modifié, aussi qualifié de *Click-Wrap* hybride. Ci-dessous, nous analyserons les attributs de ces techniques, tels qu'ils ressortent des arrêts-tendances initiaux.

29 Voir par ex Charles Morgan, « I Click, You Click, We all Click... But Do We Have a Contract?: A Case Comment on *Aspencer1.com v. Psysystems* » (2005) 4 CJLT 109 à la p 110 et s.

30 Voir notamment Rachel S Conklin, « Be Careful What You Click For: An Analysis of Online Contracting » (2008) 20:3 Loyola Consumer L Rev 325 à la p 329; Woodrow Hartzog, « Website Design as Contract » (2011) 60 Am U L Rev 1635 à la p 1642 et s.

31 À ce sujet, considérez les observations de Juliet M Moringiello et William L Reynolds, « From Lord Coke to Internet Privacy: The Past, Present, and Future of the Law of Electronic Contracting » (2013) 72 Md L Rev 452 à la p 460 et s [Moringiello et Reynolds].

A. Le prodrome du « Wrap » entre *Box-Top* et *Shrink-Wrap*

Le procédé du *Box-Top / Shrink-Wrap* est invoqué devant les tribunaux américains dès au moins la fin des années 80³². À cette époque, l'industrie du logiciel était engagée dans les débats relatifs à la propriété intellectuelle³³, inévitablement rattrapée par la doctrine de la première vente (*First Sale Doctrine*) dont l'an 1908 est, avec le cas *Bobbs-Merrill Co v Straus*³⁴, un tournant décisif. L'affaire a été plaidée devant la Cour suprême des États-Unis qui devait préciser l'étendue des droits ou privilèges des auteurs, en l'espèce les prérogatives concernant une œuvre littéraire dont la distribution était accompagnée d'un avis retraquant le prix des ventes subséquentes. L'issue de l'affaire a figé les effets de la doctrine de la première vente : la plus haute juridiction américaine n'a pas cru en la vertu prêtée à l'avis, non plus n'a-t-elle été convaincue du caractère absolu des privilèges de distribution appartenant au titulaire du droit d'auteur³⁵ eu égard à des acquéreurs subséquents avec qui il n'est pas contractuellement lié. Ainsi a-t-elle statué :

[T]he copyright statutes, while protecting the owner of the copyright in his right to multiply and sell his production, do not create the right to impose, by notice, such as is disclosed in this case, a limitation at which the book shall be sold at retail by future purchasers, with whom there is no privity of contract³⁶.

Pour la Cour, le droit d'auteur comprend formellement le droit de reproduction et de distribution. Le titulaire de ces droits a certes la latitude de multiplier et vendre des exemplaires de l'œuvre concernée, mais le contrôle qu'il exerce sur la distribution de ces exemplaires s'épuise avec la « première vente » de ceux-ci. En clair, une fois l'exemplaire de l'œuvre vendu, le titulaire du droit d'auteur ne peut en contrôler les ventes subséquentes. Quand il codifie cette exception au droit de distribution (qu'il faut distinguer du droit de reproduction) et les exigences attachées à sa mise en œuvre, le législateur promeut indirectement les conditions du *Box-Top / Shrink-Wrap*. Précisément, le paragraphe 109(a) du *Copyright Act* donne à l'acquéreur, qui devient propriétaire de l'exemplaire de l'œuvre, la prérogative d'en disposer sans avoir à obtenir le consentement du titulaire du droit d'auteur :

32 Voir notamment *Vault Corp v Quaid Software Ltd*, 655 F Supp 750 (ED La 1987) ; voir aussi *McCrimmon v Tandy Corp*, 414 SE (2d) 15 (Ga Ct App 1991) ; *Step-Saver Data, Systems Inc v Wyse Technology*, 939 F (2d) 91 (3^e Cir 1991).

33 Sur les développements relatifs à la protection des programmes informatiques en droit américain, voir par ex Steven A Heath, « Contract, Copyright, and Confusion: Revisiting the enforceability of "Shrinkwrap" licenses » (2005) 5 Chicago Kent J of Intellectual Property 12 aux pp 13–14.

34 210 US 339 (1908) [*Bobbs-Merrill*].

35 17 USC § 106(3) (2012).

36 *Bobbs-Merrill*, supra note 34 à la p 350.

Notwithstanding the provisions of section 106 (3), *the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord* [nos italiques]³⁷.

Comme la propriété de l'exemplaire de l'œuvre (par ailleurs, réalisé licitement) permet à l'acquéreur de vendre cet exemplaire ou de s'en dessaisir de toute autre manière sans le consentement préalable du titulaire du droit d'auteur³⁸, ce dernier, pour prétendre garder le contrôle de la distribution, tentera d'éviter tout transfert de propriété. L'évitement concerne nécessairement la vente entre autres actes translatifs de propriété. Cet évitement va mener au contrat dit de licence, singulièrement à la *Box-Top License* promue par les développeurs de logiciels³⁹. L'idée est simple, bien rendue par la mouture querellée dans l'affaire *Step-Saver Data Systems Inc v Wyse Technology* : « The box-top license provides that the customer has not purchased the software itself, but has merely obtained a personal, non-transferable license to use the program »⁴⁰. La *Box-Top License*, qui permet ainsi une

37 17 USC § 109(a) (2006). L'article 109(b)(1)(A) prévoit néanmoins, concernant notamment les programmes d'ordinateurs, qu'à défaut d'une autorisation des titulaires du droit d'auteur, l'on ne peut en tirer directement ou indirectement profit dans le commerce, s'en dessaisir ni autoriser des tiers à s'en dessaisir par voie de location, de louage ou de prêt, ou par tout autre acte ou pratique de même nature.

38 Voir *Kirtsang v John Wiley & Sons Inc*, 133 S Ct 1351 (2013), infirmant 654 F (3d) 210 (2^e Cir 2011). À ce propos, il faut signaler le récent éclairage de la Cour suprême des États-Unis dans cette affaire : quand il emménage aux États-Unis pour ses études, Supap Kirtsang demande à des amis et à sa famille restés en Thaïlande d'acheter et de lui expédier des exemplaires du *English-language textbook* (édition étrangère). Les manuels sont achetés dans des librairies thaïlandaises où ils sont distribués à bas prix. Kirtsang entreprend de les revendre aux États-Unis sur des sites comme eBay.com, à un prix majoré, se dégageant un net profit une fois ses amis et sa famille remboursés. Wiley prétend que cette importation non-autorisée et la revente des manuels violent ses droits exclusifs de distribution protégés par le *Copyright Act*. Pour Kirtsang, qui déclare avoir tiré de cette activité des revenus de 900 000 \$, dès lors que les manuels sont des exemplaires licitement réalisés et légitimement acquis, la doctrine de la première vente lui en autorise l'importation et la revente sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire du droit d'auteur, en l'occurrence Wiley. La juridiction de première instance n'est cependant pas de cet avis, statuant que la doctrine de la première vente ne s'applique pas aux biens fabriqués à l'étranger. La Cour d'appel confirme cette décision et attribue à la doctrine de la première vente les mêmes limites spatiales. Cette conclusion est ultimement renversée par la Cour suprême, qui statue en faveur de Kirtsang et rappelle qu'il n'est pas dans l'esprit de la loi de limiter géographiquement la portée de la doctrine de la première vente. Elle précise à la p 1358 : « The language of § 109(a) says nothing about geography. The word "under" can mean "[i]n accordance with". And a nongeographical interpretation provides each word of the five-word phrase with a distinct purpose. The first two words of the phrase, "lawfully made," suggests an effort to distinguish those copies that were made lawfully from those that were not, and the last three words, "under this title," sets forth the standard of "lawful[ness]." Thus, the nongeographical reading is simple, it promotes a traditional objective (combatting piracy) and it makes word-by-word linguistic sense » [notes omises].

39 Douglas J Nelson, « Enforceability of Box-Top Licenses: A Proposal to End the Dilemma » (1986) 2 *Santa Clara Computer & HighTech LJ* 171 aux pp 180-82.

40 939 F (2d) 91 à la p 96 (3^e Cir 1991) [*Step-Saver*].

utilisation limitée de l'œuvre sans que besoin soit d'en détenir la propriété, a la particularité d'être imprimée sur l'emballage de l'œuvre, par exemple, le logiciel. Pour éventuellement produire à l'égard des parties les effets escomptés⁴¹, surtout la prohibition des ventes *a non domino*, il importe que les termes et conditions envisagés soient acceptés par le cocontractant. Les rédacteurs ont initialement prévu que l'acceptation de la *Box-Top License* est acquise à l'observation d'un rituel typique, lui aussi attaché à l'emballage du produit :

Opening this package indicates your acceptance of these terms and conditions. If you do not agree with them, you should promptly return the package unopened to the person from whom you purchased it within fifteen days from date of purchase and your money will be refunded to you by that person [nos italiques]⁴².

Ce procédé d'acceptation de la *Box-Top License* qu'est censé matérialiser la rupture de l'emballage est similairement traité dans *Arizona Retail Sys Inc* (ci-après « ARS ») *v The Software Link Inc* (ci-après « TSL ») sous la désignation du *Shrink-Wrap*⁴³. Ici aussi il est fait allusion au conditionnement caractéristique de produits informatiques : « [t]he materials were wrapped in "shrink wrap" plastic, upon which

41 Encore, faut-il confirmer la nature juridique des transactions concernant les logiciels (entre contrat de vente et contrat de licence). La récente décision dans *Capitol Records v ReDigi*, 934 F Supp (2d) 640 (SDNY 2013), si elle n'est pas renversée, pourrait éluder la pertinence de la distinction, du moins concernant certains biens immatériels. En l'espèce, le défendeur (ReDigi) s'annonce comme « the world's first and only online marketplace for digital used music » (voir *ibid* à la p 645). Elle lance en octobre 2011 un site Web sur lequel les usagers peuvent revendre leurs fichiers de musique numériques, à condition qu'ils aient été légalement acquis, notamment par le canal de la plateforme iTunes. ReDigi prétend utiliser une technologie capable d'effectuer la « migration » de ces fichiers de l'ordinateur de l'utilisateur à sa place de marché électronique, sans en faire de copie. Les fichiers sont ensuite mis en vente et lorsqu'ils sont achetés, le vendeur reçoit 20 % du prix de vente du fichier, tandis que ReDigi en conserve 60 % et une dernière tranche de 20 % est allouée à un fonds destiné aux artistes. Ce modèle d'affaire repose sur la prétention qu'un fichier de musique numérique légalement acquis peut être revendu par son propriétaire, en vertu de la doctrine de la première vente. Le juge R. Sullivan rejette cette idée à la p 655 : « Here, a ReDigi user owns the phonorecord that was created when she purchased and downloaded a song from iTunes to her hard disk. But to sell that song on ReDigi, she must produce a new phonorecord on the ReDigi server. Because it is therefore impossible for the user to sell her "particular" phonorecord on ReDigi, the first sale statute cannot provide a defense. Put another way, the first sale defense is limited to material items, like records, that the copyright owner put into the stream of commerce » [notes omises]. En revanche, l'affaire *Vernor v Autodesk Inc*, 621 F (3d) 1102 (9^e Cir 2010) à la p 1111 a statué que l'utilisateur d'un logiciel est titulaire d'une licence plutôt que le propriétaire d'un exemplaire du logiciel si trois conditions sont remplies : (1) le titulaire du droit d'auteur indique que l'utilisateur se voit accorder une licence ; (2) limite considérablement la capacité de l'utilisateur de transférer le logiciel ; et (3) impose des restrictions d'utilisation notables. Voir également Jean Braucher, « Contracting Out of Article 2 Using a "License" Label: A Strategy that Should Not Work for Software Products » (2006) 40:1 Loy LA L Rev 261 ; Nakimuli Davis, « Reselling Digital Music: Is There a Digital First Sale Doctrine? », (2009) 29 Loy LA Ent LR 363.

42 *Step-Saver*, *supra* note 40 à la p 97.

43 Steven A Heath, « Contracts, Copyright, and Confusion: Revisiting the Enforceability of Shrinkwrap Licenses » (2005) Chicago Kent J of Intellectual Property 12 aux pp 13–14.

was fixed a Limited Use License Agreement »⁴⁴. Dans ce litige, le tribunal examine la licence en regard de deux opérations successivement conduites par les parties : la première concerne une offre de TSL relative à un logiciel appelé « PC-MOS », à laquelle est attachée la licence *Shrink-Wrap*. L'acceptation corrélative, qui porte autant sur le logiciel offert que sur les conditions de son utilisation, est soumise à un mécanisme identique à celui du *Box-Top*, c'est-à-dire que le contrat est formé dès l'instant où l'emballage du produit est ouvert. Le tribunal rappelle ce mécanisme, avant d'en confirmer la validité :

[...]TSL made the offer by including the live copy of PC-MOS with the evaluation diskette. The live copy appears to have been sealed in an envelope, the outside of which stated that by opening the envelope the user acknowledges "acceptance of this product, and [consents] to all the provisions [of] the Limited Use License Agreement". [...] ARS, therefore, accepted TSL's offer on TSL's terms when the envelope was opened [références omises]⁴⁵.

Dans la seconde opération, le vendeur tente de rattacher la licence à une entente antérieure. En fait, les parties omettent de discuter des termes de la licence quand elles conviennent par téléphone de la commande de plusieurs exemplaires du logiciel PC-MOS. Ces exemplaires sont expédiés à l'acheteur, mais « enveloppés » de la licence *Shrink-Wrap* dont l'acceptation, comme précédemment, est censée faire suite à la rupture de l'emballage. Or dans ce cas de figure, le tribunal juge que le mécanisme du *Shrink-Wrap* n'opère pas, pour plusieurs raisons. *Primo*, au moment où les termes de la licence interviennent et sont portés à la connaissance de l'acheteur, il y a déjà entre les parties un contrat qui découle de leur engagement réciproque sur les exemplaires du logiciel. Pour rendre la licence contraignante, il eût fallu en *dévoiler* les termes au moment de la formation du contrat. *Secundo*, les voies alternatives pouvant permettre de rattacher *a posteriori* les termes de la licence au contrat initial requièrent un consentement « exprès », que la licence soit envisagée comme une proposition visant à introduire des conditions contractuelles additionnelles (suivant la section 2-207 du *Uniform Commercial Code*, ci-après « *UCC* ») ou qu'elle soit considérée comme une proposition de modification du contrat initial, conformément à la section 2-209 *UCC*. Mais dans un cas comme dans l'autre, le mécanisme d'acceptation du *Shrink-Wrap* ne suffit pas, comme l'explique le tribunal :

To the extent that the parties had entered into an agreement before ARS opened the shrink wrap package, the license agreement would

44 *Arizona Retail Systems Inc v The Software Link Inc*, 831 F Supp 759 à la p 761 (D Ariz 1993) [*Arizona Retail*]. En droit canadien, voir *North American Systemshops Ltd v King* (1989), 97 AR 46, 68 Alta LR (2^e) 145 (AB QB).

45 *Arizona Retail*, *supra* note 44 à la p 764.

constitute a proposal for modification of the agreement pursuant to section 2-209. Section 2-209 requires assent to proposed modifications and this court, like the court in *Step-Saver*, concludes that the assent must be express and cannot be inferred merely from a party's conduct in continuing with the agreement [références omises]⁴⁶.

Le tribunal termine dans le même sens, en distinguant le *Shrink-Wrap* du consentement exprès :

[T]he terms of the license agreement are not a part of the agreement between the parties. [...] Having not expressly agreed to the terms of the agreement, ARS was not bound by those terms [références omises]⁴⁷.

Les motifs soumis dans cette affaire permettent déjà de retenir, d'une part, que le mécanisme du *Box-Top / Shrink-Wrap* ne peut s'envisager sans que les parties aient eu connaissance des termes et conditions de la licence ou de l'accord auxquels ce procédé est censé donner effet. La divulgation de la licence est clairement une exigence qui doit être satisfaite *ex ante*. D'autre part, le rituel du *Box-Top / Shrink-Wrap* n'assurerait pas aux parties la manifestation d'un consentement exprès. Cette conclusion doit cependant être nuancée, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle. Par exemple, dans l'affaire *Specht v Netscape Communications* que nous retrouverons plus loin dans la présente analyse, concernant la qualité du consentement obtenu par les mécanismes du *Click-Wrap* et du *Shrink-Wrap*, il est énoncé un principe essentiel :

Where click-wrap license agreements and the shrink-wrap agreement at issue in *ProCD* require users to perform an affirmative action unambiguously expressing assent before they may use the software, *that affirmative action is equivalent to an express declaration stating, "I assent to the terms and conditions of the license agreement" or something similar* [nos italiques]⁴⁸.

Hormis cette question de la qualité du consentement, il faut s'arrêter à la solution rendue dans l'affaire *ProCD Inc v Zeidenberg*⁴⁹ à laquelle il est fait référence dans l'affaire *Specht*. On ne peut occulter qu'elle constitue une instance tonnante,

46 *Ibid* à la p 764.

47 *Ibid* à la p 766.

48 *Specht v Netscape Communications Corp*, 150 F Supp (2d) 585 à la p 595 (SD NY 2001) (appel confirmé) [*Specht* District].

49 *ProCD Inc v Zeidenberg*, 908 F Supp 640 (WD Wis 1996) [*ProCD* District] (l'affaire n'en est pas une de consommation, mais ne peut être écartée du débat, comme au départ des initiatives relatives à la technique de l'acceptation en ligne).

immanquable, largement commentée⁵⁰ et peut-être aussi le cas le plus critiqué dans l'histoire moderne du droit des contrats américain⁵¹. Toutefois, son intérêt réside dans le fait qu'elle fait émerger des attributs déterminants du *Box-Top / Shrink-Wrap*⁵². Ce sont ces attributs qui nous occupent, encore plus que l'argumentaire doctrinal concernant l'affaire.

L'affaire *ProCD* a d'abord paru introduire une variante dans le *Box-Top / Shrink-Wrap*. La demanderesse dans cette affaire est une société du Delaware, alors que le défendeur est un résident du Wisconsin. Les faits établissent un investissement de plus de 10 millions de dollars, engagé par la demanderesse dans un projet visant à développer et à commercialiser un produit informatique pour le grand public, mais également destiné aux entreprises. De fait, ProCD réalise une compilation de plus de 95 millions d'inscriptions comprenant, entre autres, les noms, adresses et numéros de téléphone d'entreprises et de particuliers résidant sur le territoire américain. La compilation est créée à partir de quelque trois mille annuaires téléphoniques publics. Elle est fixée sur un jeu de disques optiques (cd-roms) auxquels est intégré un programme informatique qui gère l'accès des utilisateurs à la base de données, leur permettant d'effectuer des recherches et de télécharger les inscriptions. ProCD distribue les jeux de cd-roms (à raison d'environ 150 \$ le jeu de 5 cd-roms destiné au grand public) sous la marque *Select Phone*, dans des boîtes sur lesquelles est inscrite, en petits caractères, la licence à laquelle leur utilisation est soumise. Les termes de la licence ne sont toutefois pas détaillés sur les boîtes, mais dévoilés ultérieurement, après leur ouverture. Cette licence (incluse au mode d'emploi des cd-roms) prévoit, entre autres restrictions, un usage individuel et personnel de *Select Phone* et prohibe sa redistribution et les sous-licences. La clause qui procède est énoncée *a principio*. Elle précise que l'acceptation de la licence, ailleurs rattachée à la rupture de l'emballage du produit, découle ici de l'utilisation du produit :

Please read this license carefully before using the software or accessing the listings contained on the discs. *By using the discs and the listings licensed to you, you agree to be bound by the terms of this License. If you do not agree to the terms of this License, promptly return all copies of the software, listings that may have been exported, the discs and the User Guide to the place where you obtained it [nos italiques]*⁵³.

50 Voir par ex Kell Corrigan Mercer, « Consumer Shrink-Wrap Licenses and Public Domain Materials: Copyright Preemption and Uniform Commercial Code Validity in *PROCD v. Zeidenberg* » (1997) 30 Creighton L Rev 1287 à la p 1288 ; Michael J Madison, « Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age » (1998) 67:3 Fordham L Rev 1025 à la p 1026 ; Cheryl B Preston et Eli W McCann, « Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps, and Browsewraps: How the Law Went Wrong from Horse Traders to the Law of the Horse » (2011) 26 BYUJ Pub L 1.

51 Eric A Posner, « ProCD v. Zeidenberg and Cognitive Overload in Contractual Bargaining » (2010) 77 U Chicago L Rev 1181 à la p 1193. Voir aussi Gabriel Herman, « Internet Contracts: A History of Browse-wrap and Click-wrap Contracts » (2010) 4 Washington Undergraduate L Rev 33 à la p 39.

52 *ProCD* District, *supra* note 49.

53 *Ibid* à la p 644.

En fait, il y a dans la procédure contractuelle de ProCD quatre principales références à la licence d'utilisation de *Select Phone*. Outre la courte mention sur l'emballage du produit et le détail des clauses fourni dans le mode d'emploi, l'existence de la licence est rappelée à l'écran de l'utilisateur avant l'accès aux inscriptions des disques, puis subséquentement en cours d'utilisation. Quand il acquiert *Select Phone*, Matthew Zeidenberg ne peut manquer de voir ces références. Néanmoins, il constitue la société Silken Mountain Web Services Inc (dont il devient président et unique actionnaire), qui entreprend de reproduire nombre d'inscriptions contenues dans les disques afin de constituer une base de données propre qu'il rend ensuite disponible en ligne. En opération, le site web de Zeidenberg enregistre journallement quelques vingt mille appels de fichiers et suscite inévitablement la plainte de ProCD. Cette plainte fait émerger plusieurs préoccupations⁵⁴, dont celle qui concerne l'opposabilité de la licence. Le courroux de ProCD conduit en effet à déterminer si la procédure contractuelle à laquelle Zeidenberg a été soumis quand il a acquis *Select Phone* a permis de recueillir une acceptation valide de la licence d'utilisation. Accessoirement, il faut situer le moment où cette acceptation est intervenue.

Il est édifiant de rappeler la position des parties à cet égard, comme elle permet d'ébaucher ce qui, en l'espèce, était entendu du *Shrink-Wrap*. ProCD a la perspective d'une offre couvrant le produit et ses conditions d'utilisation. La société prétend qu'à lui seul, le paiement réalisé par le cocontractant ne saurait constituer l'acceptation de cette offre. Il paraît nécessaire de prendre en compte le dévoilement subséquent desdites conditions et l'option offerte de les accepter ou de les rejeter. Au contraire, Zeidenberg a la vision d'une vente dûment conclue, mais sans les restrictions dont ProCD allègue l'application. Le dévoilement ultérieur de ces conditions serait sans effet à son égard, puisque celles-ci sont étrangères à la vente. Peut-être convient-il de citer ces positions :

Plaintiff argues that [...] acceptance did not occur at the moment of payment but was subject to defendants' right of inspection and revocation that they did not exercise. In defendants' view, the contract for the sale of Select PhoneTM was completed at the time of sale and the license represents additional terms to which they cannot be bound [références omises]⁵⁵.

Dans l'analyse qu'il fonde sur l'article 2 du *UCC*, le tribunal d'instance reconduit l'idée du *Shrink-Wrap* envisagée dans *Step-Saver* et *Arizona Retail*, rejetant

54 Il y a eu évidemment la question du droit d'auteur, à propos de laquelle le tribunal d'instance a rappelé : « As a collection of facts arranged in a commonplace, non-original fashion, the Select Phone TM listings themselves are not copyrightable. Without originality, time and effort do not factor into the copyright equation. [...] Although the Select Phone TM data are not protected by federal copyright law, the protection attaches to the software component, which does represent original expression and creativity » (voir *ProCD District*, *supra* note 49 à la p 647).

55 *Ibid* à la p 651.

par le fait même les prétentions soumises par ProCD. Le tribunal constate d'abord que la procédure et le contexte discutés ne requièrent pas du destinataire de l'offre des actions qui vont au-delà du paiement, auxquelles serait suspendue la formation du contrat de vente. Il en tire ensuite une exigence qui a une conséquence immédiate sur l'opposabilité des termes et conditions de la licence : la nécessité de présenter cette licence à l'acheteur au moment de la vente. Y faire simplement référence sur l'emballage du produit ne paraît donc pas suffire, encore que les détails de la licence soient indiqués et révélés une fois l'emballage du produit ouvert. Il semble nécessaire de divulguer les termes et conditions applicables dans leur intégralité, de manière à en permettre une prise de connaissance suffisante.

En l'espèce, considérant la divulgation tardive des conditions relatives à l'utilisation de *Select Phone* (c'est-à-dire, après la formation du contrat de vente), le tribunal n'a pu les discerner dans la sphère de l'offre initiale de ProCD, laissant à l'instance deux issues possibles comme dans *Step-Saver* et *Arizona Retail* : soit que ces termes et conditions constituent une proposition de modification du contrat déjà formé, en vertu de l'article 2-209 du *UCC*, soit qu'ils sont la confirmation écrite d'un tel contrat, comme prévu à l'article 2-207 du *UCC*. Inutile de rappeler l'exigence de l'acceptation « expresse », sauf pour indiquer qu'elle est une condition qui n'est pas vérifiée ici, attendu, comme il a déjà été jugé⁵⁶, que cette forme d'acceptation ne pourrait s'inférer de l'utilisation des disques (nonobstant la stipulation soumise par ProCD à cet égard). Le juge peut ainsi terminer :

I conclude that because defendants did not have the opportunity to bargain or object to the proposed user agreement or even review it before purchase and they did not assent to the terms explicitly after they learned of them, they are not bound by the user agreement⁵⁷.

Rappelons sans attendre que cette conclusion et l'argumentaire qui la soutient sont renversés en appel, et c'est le juge Easterbrook de la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit qui énonce l'opinion finale⁵⁸. Une limite matérielle vraisemblablement inhérente au procédé du *Box-Top / Shrink-Wrap* est signalée d'emblée, comme pour absoudre la mention fragmentaire de la licence sur un contenant forcément restreint en espace d'écriture. À réclamer l'exhaustivité, la divulgation paraît inévitablement se faire au désavantage d'autres informations, dont plusieurs sont utiles à la décision d'achat (par exemple, la description des caractéristiques du produit). Qui plus est, l'accessibilité des termes de la licence n'en serait pas moins affectée, résultat des contorsions, notamment d'ordre typographique, auxquelles le vendeur qui veut restituer toute l'étendue des termes de la licence serait contraint. La formule alternative que semble suggérer le juge

56 *Ibid* à la p 655.

57 *Ibid*.

58 *ProCD Inc v Zeidenberg*, 86 F (3d) 1447 (7^e Cir 1996) [*ProCD* 7^e Cir].

Easterbrook est favorable à ProCD et fait nettement évoluer le procédé du *Box-Top / Shrink-Wrap*, puisqu'elle admet d'entrée une information partielle : « Notice on the outside, terms on the inside, and a right to return the software for a refund if the terms are unacceptable »⁵⁹.

Contre la vision du premier juge, le paiement n'est pas à cette formule une cause d'ineffectivité, comme d'usage dans nombre de transactions relatives aux services et aux biens. Le juge appuie son argument en tenant compte des contrats ordinaires, tel l'achat d'un titre de transport ou d'une radio où le souci d'efficacité et de réduction des coûts de transaction fait ordinairement précéder le paiement à la communication des conditions applicables (entre autres, les termes de la garantie) sans que cela affecte l'opposabilité de ces conditions⁶⁰.

S'il fallait appliquer cette formule au cas en l'espèce, la question de l'acceptation des termes de la licence demeurerait, à savoir minimalement, le moment où cette acceptation intervient et sa modalité. Au contraire du tribunal d'instance, la Cour d'appel n'envisage pas cette préoccupation à la lumière de l'article 2-207 du *UCC*, les termes de la licence n'étant pas, à son sens, la confirmation écrite d'un contrat préalable⁶¹, ni d'ailleurs une proposition de modification d'un tel contrat. Ces termes se dévoilent davantage comme une composante de l'offre initiale, que la Cour traite suivant les dispositions du *UCC* relatives à la formation du contrat. Le paragraphe 2-204(1) cité par la Cour prévoit exactement ceci : « [a] contract for sale of goods may be made in *any manner sufficient to show agreement*, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract » [nos italiques]⁶².

De cette disposition, le juge Easterbrook tire une conséquence qui remet à l'avant-scène les stipulations contractuelles soumises par ProCD à propos des modalités d'acceptation de la licence d'utilisation de *Select Phone*. À l'inverse de l'approche développée dans *Step-Saver* et *Arizona Retail*, le *Box-Top / Shrink-Wrap* paraît finalement être une technique davantage dynamique, évolutive plutôt que statique ou figée, qui se renouvelle au gré des processus du maître de l'offre (*master of the offer*), c'est-à-dire l'offrant. Les conclusions du juge sont à cet effet. Éventuellement, le lecteur attentif y décèlera les marques primitives du *Click-Wrap* :

A vendor, as master of the offer, may invite acceptance by conduct, and may propose limitations on the kind of conduct that constitutes acceptance. A buyer may accept by performing the acts the vendor proposes to treat as acceptance. And that is what happened. ProCD proposed a contract that a buyer would accept by using the software after having an opportunity to read the license at leisure. This Zeidenberg did. He had no choice,

59 *Ibid* à la p 1451.

60 *Ibid.*

61 *Ibid* aux pp 1451-52.

62 *UCC* § 2-204(1) (2009) [*UCC*].

*because the software splashed the license on the screen and would not let him proceed without indicating acceptance [nos italiques]*⁶³.

Il faut ainsi retenir du procédé du *Box-Top / Shrink-Wrap* deux visions originales distinctes. La première évoque la divulgation, notamment sur l'emballage du produit, de l'ensemble des termes et conditions applicables, incluant l'indication que la rupture de l'emballage vaut acceptation desdits termes. Dans cette figure, la divulgation a lieu au moment de la formation du contrat. La technique du *Box-Top / Shrink-Wrap* n'opère pas si les parties n'ont pas eu connaissance des termes et conditions. La seconde vision écarte l'exigence de la divulgation exhaustive préalable sur l'emballage et s'accommode d'un avis, d'une référence aux conditions applicables, dès lors que leurs détails sont ultérieurement accessibles à l'acheteur. La formule du juge Easterbrook citée précédemment est éloquente à cet égard et il faut la rappeler : « Notice on the outside, terms on the inside, and a right to return the software for a refund if the terms are unacceptable »⁶⁴. Dans cette figure, l'exigence concernant la mention des conditions contractuelles d'entrée (« on the outside ») est flexible dans son application et peut même être détachée de l'emballage du produit, comme est venu préciser l'arrêt *Hill v Gateway 2000* un an plus tard⁶⁵. Les faits ont des similarités : les Hill commandent un ordinateur à la société Gateway. La commande est effectuée par téléphone. L'ordinateur est livré dans une boîte contenant également un ensemble de termes et conditions (*Standard Terms and Conditions Agreement*). On peut y lire une clause d'arbitrage et une clause qui stipule que l'acceptation des termes est acquise dès lors que l'acheteur conserve l'appareil au-delà de trente jours. Les Hill, qui se plaignent des composantes et des performances de leur nouvel ordinateur, négligent de le retourner dans ce délai. Plus tard, ils allèguent en cour un bris de contrat. Gateway y oppose la clause d'arbitrage. Lorsqu'elle évalue le caractère exécutoire de cette clause, la Cour d'appel des États-Unis pour le septième circuit, sous la plume du juge Easterbrook, s'appuie sur la solution retenue dans l'affaire *ProCD*. Elle rejette conséquemment les différences que les Hill percevaient dans ces deux affaires. L'une de ces différences était que dans l'affaire *ProCD*, l'emballage des disques portait la mention de l'existence des conditions applicables, même si ces conditions n'étaient pas détaillées. Au contraire, les boîtes de Gateway n'affichaient pas cette mention. La Cour n'y voit cependant qu'une différence fonctionnelle, non légale :

Consumers browsing the aisles of a store can look at the box, and if they are unwilling to deal with the prospect of additional terms can leave the box alone, avoiding the transactions costs of returning the package after reviewing its contents. Gateway's box, by contrast, is

63 *ProCD* 7^e Cir, *supra* note 58 à la p 1452.

64 *Ibid* à la p 1451.

65 *Hill v Gateway 2000 Inc*, 105 F (3d) 1147 à la p 1150 (7^e Cir 1997) [*Hill*].

just a shipping carton; it is not on display anywhere. Its function is to protect the product during transit, and the information on its sides is for the use of handlers ("Fragile!" "This Side Up!") rather than would-be purchasers⁶⁶.

Cette conclusion semble laisser en suspens la question de savoir comment la règle dégagée dans l'affaire *ProCD* du « Notice on the outside, terms on the inside » trouve application en l'espèce, alors que les conditions applicables – et particulièrement la clause d'arbitrage – n'ont pas non plus été portées à la connaissance des Hill au téléphone au moment de la commande. En la matière, la Cour d'appel n'hésite pas à adopter une approche extensive. Elle soutient que le canal publicitaire conventionnel constitue une option pertinente dans cette information préalable du cocontractant, ce dernier ayant la responsabilité de rechercher les détails congrus :

[T]he Hills knew before they ordered the computer that the carton would include *some* important terms, and they did not seek to discover these in advance. Gateway's ads state that their products come with limited warranties and lifetime support. How limited was the warranty – 30 days, with service contingent on shipping the computer back, or five years, with free onsite service? What sort of support was offered? [italiques dans l'original]⁶⁷

Puisque l'information préalable est détachée de l'emballage physique, l'acceptation des conditions contractuelles n'est pas limitée à la rupture d'un tel emballage. Elle est plus globalement suspendue à toute procédure qu'aura indiquée l'offrant, maître de l'offre, et dans l'affaire *ProCD*, le juge paraît y inclure le clic, même s'il ne le nomme pas. Cette conception laisse ainsi du *Box-Top / Shrink-Wrap* l'idée d'un rituel inclusif, composite et flexible, pouvant s'envisager à l'occasion de transactions entièrement dématérialisées. Elle questionne certainement déjà l'opportunité des déclinaisons du *Wrap* apparues par la suite, savoir particulièrement dans quelle mesure elles sont distinctives.

Cela dit, avec ces deux visions originelles du *Wrap*, toutes les deux validées par les tribunaux, le commerce électronique s'est déployé sans pour autant faire l'économie des débats judiciaires sur la force exécutoire du *Wrap*⁶⁸. Ces discussions ont largement été amplifiées par les adaptations, évolutions ou autres mutations de la technique, dont le *Click-Wrap* constitue l'une des principales expressions. Il nous faut circonscrire non seulement cette déclinaison, mais aussi le *Browse-Wrap* et le *Click-Wrap* hybride avant de restituer l'essence de ces débats judiciaires et de tenter

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*

68 La doctrine n'a pas été tenue à l'écart du débat. Voir notamment Eric A Posner, « *ProCD v Zeidenberg* and Cognitive Overload in Contractual Bargaining » (2010) 77 U Chicago L Rev 1181 à la 1184 et s.

d'en confirmer des traits communs⁶⁹. À ce terme, il s'agit de déterminer comment ces exigences communes peuvent être mises en œuvre afin de renforcer la certitude concernant l'échange de consentement dans le contexte électronique.

B. La « vraie-fausse » innovation du *Click-Wrap*

En droit américain, l'affaire *Hotmail Corp v Van\$ Money Pie Inc* (ci-après *Hotmail*) est présentée comme la première instance dans laquelle le *Click-Wrap* est traité⁷⁰. En réalité, quand elle statue le 16 avril 1998 sur la demande d'injonction préliminaire de Hotmail, la Cour de district des États-Unis du district nord de Californie n'évoque ni le concept du clic, ni la notion du *Click-Wrap*. Il est essentiellement admis que la défenderesse a consenti à l'entente de service (*Terms of Service*, ci-après TOS) de la demanderesse au moment d'adhérer à son système de messagerie électronique. Le détail du processus d'acceptation est omis dans le jugement, au contraire de l'entente dont il est établi que plusieurs clauses imposaient aux souscripteurs certaines normes de conduite visant à décourager l'emploi du service à des fins, notamment, de pollupostage ou de communication de contenus à caractère obscène ou pornographique. Or, c'est précisément à ces activités que s'est livrée la demanderesse, poussant la Cour à une conclusion prompte qui endosse les allégations de rupture de contrat, sans cependant percevoir la nécessité d'élaborer plus amplement sur les conditions de formation dudit contrat⁷¹.

Pour esquisser le mécanisme initial du *Click-Wrap*, il faut de préférence se référer à l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Rhode Island de 1998 dans *Groff v America Online Inc* (ci-après *Groff*), même si cet arrêt n'évoque pas non plus les termes *Click-Wrap*⁷². Dans cette affaire, le *gravamen* n'est pas compliqué : Groff reproche à America Online (ci-après « AOL ») d'avoir enfreint les règles de protection du consommateur en annonçant un accès illimité à l'Internet alors que la société se savait techniquement incapable de délivrer ce service. Un déclinatoire *in limine litis* est introduit en réplique et c'est davantage à l'égard de la compétence du forum devant lequel le litige est porté que AOL choisit d'exposer sa défense préalable. À l'instar des prétentions déclarées dans *Hotmail*, la société fait valoir que l'utilisation de ses services requiert l'acceptation préalable de ses TOS. Cette entente de service comprend une clause d'élection de for et de droit qui, pour les litiges éventuels entre les parties, attribue compétence exclusive aux tribunaux de l'État de Virginie. AOL prétend que les utilisateurs de ses services ont assurément accepté cette clause et, par voie de conséquence, demande que l'affaire soit renvoyée aux instances expressément désignées.

69 *Hotmail Corp v Van\$ Money Pie Inc*, 47 USPQ (2d) 1020 aux para 33 et s (ND Cal 1998) [*Hotmail*].

70 *Ibid.* Voir aussi Nathan J Davis, « Presumed Assent: The Judicial Acceptance of ClickWrap » (2007) 22:1 Berkeley Tech LJ 577 à la p 579.

71 *Hotmail*, *supra* note 69 au para 35.

72 *Groff v America Online Inc*, 1998 RI Super Lexis 46 (RI Sup Ct 1998) [*Groff*].

Ces faits rappellent les premiers examens jurisprudentiels du *Click-Wrap* en droit canadien, particulièrement le recours collectif de soixante-quinze millions de dollars intenté à peu près à l'époque de *Groff* au nom de quelque quatre-vingt neuf mille résidents canadiens qui ont adhéré au service Microsoft Network (MSN). L'arrêt *Rudder v Microsoft Corp* (ci-après *Rudder*) de 1999 qui en a découlé évalue une exception déclinatoire ressemblante⁷³. Selon la défenderesse, les TOS auxquels sont soumis tous les utilisateurs des services qu'elle offre nient la compétence au tribunal saisi, c'est-à-dire la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Ces TOS, et particulièrement la clause 15.1, auraient été acceptés en l'espèce, comme la défenderesse l'a prétendu dans *Groff*. Ainsi est-elle précisément énoncée :

This Agreement is governed by the laws of the State of Washington, U.S.A., and you consent to the exclusive jurisdiction and venue of courts in King County. (*sic*) Washington, in all disputes arising out of or relating to your use of MSN or your MSN membership⁷⁴.

Trait captivant dans *Groff* comme dans *Rudder*, les prétentions des plaignants invitent une exigence précédemment soumise dans *Step-Saver, Arizona Retail et ProCD* : la divulgation ou la communication préalable des clauses contractuelles. Une seconde exigence émerge au sujet des modalités d'acceptation de ces clauses. En fait, les uns (dans *Groff*) font valoir qu'ils n'ont jamais vu, lu, négocié ou sciemment consenti à la clause admonestée, quoiqu'ils négligent d'en rapporter les raisons, par exemple des contraintes imposées par la structure du site Web de la défenderesse⁷⁵ ; les autres (dans *Rudder*), en avouant avoir fait une lecture parcellaire des TOS de la défenderesse, prétendent n'avoir eu aucune connaissance de la clause⁷⁶. Dans les deux cas, cependant, l'argumentaire ne prospère pas. Les raisons de cet échec, elles aussi fondées sur les exigences de la divulgation et de l'acceptation, permettent d'ébaucher la conception initiale du rituel dudit *Click-Wrap*.

Eu égard à la première exigence, il ressort des motifs des juges que la divulgation des TOS est tributaire de leur disponibilité, voire de leur accessibilité. Plus exactement, dans *Groff*, la Cour constate que le pollicitant a eu recours à des boutons de commande arborant trois titres distincts. L'un de ces éléments de l'interface utilisateur graphique, comme pour initier le processus d'acceptation, appelait ostensiblement les clients potentiels à prendre connaissance du contrat envisagé et à en lire les modalités. Les clauses de ce contrat étaient accessibles à la suite de l'activation du bouton. Les deux autres boutons de commande, tout autant manifestes dans leur intitulé ont, au surplus, été disposés au bas du texte du contrat,

73 *Rudder v Microsoft Corp* (1999), 47 CCLT (2^e) 168, 40 CPC (4^e) 394 [*Rudder*]. L'arrêt n'évoque pas non plus les termes *Click-Wrap*.

74 *Ibid* au para 5.

75 *Groff*, *supra* note 72 à la p 8.

76 *Rudder*, *supra* note 73 au para 6.

invitant l'adhérent à activer l'un ("*I agree*" button) pour exprimer son acceptation des clauses contractuelles ainsi divulguées, ou l'autre ("*I disagree*" button), pour faire connaître le rejet de celles-ci⁷⁷.

La Cour agréee ce mécanisme, du moins elle semble n'y déceler aucun obstacle à la divulgation des TOS, ce qui permet à AOL de satisfaire à la première exigence⁷⁸. Rudder aboutit au même constat, l'examen des modalités de la divulgation ayant pareillement embrassé la disponibilité et l'accessibilité des TOS, mais à un détail près. Ici, une attention particulière est attachée à la lisibilité, voire à l'intelligibilité des clauses contractuelles. C'est du moins ce qui ressort de l'évaluation que fait le juge Winkler du processus contractuel de MSN. Dans son examen, le magistrat met en perspective certains standards ou exigences du contexte contractuel traditionnel fondé sur papier, en tentant de manifester une équivalence à l'aune de laquelle les processus essentiellement électroniques peuvent être traités. Peut-être convient-il de citer quelques traits essentiels de son observation :

I have viewed the Member Agreement as it was presented to Rudder during the sign-up procedure. All of the terms of the Agreement are displayed in the same format. Although, there are certain terms of the Agreement displayed entirely in upper-case letters, there are no physical differences which make a particular term of the agreement more difficult to read than any other term. In other words, there is no fine print as that term would be defined in a written document. The terms are set out in plain language, absent words that are commonly referred to as "legalese". Admittedly, the entire Agreement cannot be displayed at once on the computer screen, but this is not materially different from a multi-page written document which requires a party to turn the pages⁷⁹.

Sur le second critère, relatif à l'expression du consentement, il est bon de rappeler de plein saut ceci : l'élément de l'interface utilisateur graphique, dont AOL et MSN, ont eu recours dans leur processus contractuel, c'est-à-dire le bouton de commande mandant l'acceptation ou le refus des TOS, peut être activé de deux manières. Il l'est « [...] grâce à un dispositif de pointage tel que la souris ou grâce à une combinaison de touches de clavier [...] »⁸⁰. En l'espèce, l'attention est portée sur le premier mode impliquant la souris. Pour accepter ou refuser les TOS, l'utilisateur doit ainsi pointer le bouton de commande pertinent et cliquer, c'est-à-dire « [...] appuyer rapidement une fois sur un bouton de la souris et [...] le

77 Groff, supra note 72 aux pp 8-9.

78 Ibid.

79 Rudder, supra note 73 au para 14.

80 Office québécois de langue française, *Grand dictionnaire terminologique*, sub verbo « bouton ».

relâcher »⁸¹. Comme à l'égard du *Box-Top / Shrink-Wrap* et de son rituel consistant dans la rupture de l'emballage du produit qui fait l'objet du contrat, *Groff* et *Rudder* amènent les juges à définir la portée juridique du clic, à savoir particulièrement si cette action de laquelle découle le *Click-Wrap*⁸² peut véhiculer le consentement du cocontractant. On est tenté de mettre dès maintenant en perspective les affaires précédentes, singulièrement *ProCD*. Elles sont en effet vives, les conclusions du juge Easterbrook voulant que le *Box-Top / Shrink-Wrap* puisse en pratique reposer sur toute technique, formalisme ou rituel d'acceptation établi par le *maître de l'offre*, c'est-à-dire le pollicitant⁸³. Dans ce sens, le clic ne soulèverait pas de difficulté particulière et ferait partie de l'évolution annoncée deux années plus tôt.

Le cas *Groff* ne reprend certes pas expressément ces conclusions ni le raisonnement y menant, mais le clic n'y paraît pas plus problématique. Pour l'appréhender, la Cour supérieure de l'État du Rhode Island s'engage à rechercher des points de référence dans la pratique contractuelle traditionnelle. Elle y parvient sans hésitation, en voyant promptement dans le clic une mouture de la signature manuscrite adaptée au contexte électronique. Il paraît conséquemment n'y avoir aucun obstacle à associer le clic à la règle générale classique voulant que la signature serve, entre autres, à exprimer le consentement au contenu d'un acte. La conclusion de la Cour emprunte dès lors une formulation décomplexifiée : « Here, plaintiff effectively "signed" the agreement by clicking "I agree", not once but twice. Under these circumstances, he should not be heard to complain that he did not see, read, etc. and is bound to the terms of his agreement »⁸⁴.

Bien qu'elle valide à son tour l'usage du clic en matière contractuelle, la solution retenue dans l'affaire *Rudder* n'en développe pas le fondement juridique, sauf peut-être cet énoncé du juge Winkler qui suggère une proximité, voire l'équivalence entre le processus traditionnel et le processus électronique utilisant le clic : « On the present facts, the Membership Agreement must be afforded the sanctity that must be given to any agreement in writing »⁸⁵. Cela étant dit, la décision met davantage l'accent sur les modalités de divulgation des clauses contractuelles, sans doute parce que les demanderesse s'y sont attachées dans la construction de leurs prétentions. Il n'en demeure pas moins qu'ici comme dans la solution retenue dans l'affaire *Groff*, cette divulgation est clairement un critère déterminant du *Click-Wrap*. Peut-être pourrait-elle en être « le » critère. L'observation vaut certes à l'égard du *Click-Wrap*, mais bien plus en matière de consentement électronique

81 *Ibid*, *sub verbo* « clic ».

82 Le mot *Click-Wrap* est évoqué en doctrine dès au moins 1997. Voir Stuart D Levi et Rober Sporn, « Can programs bind humans to contracts?: 'Intelligent agents' capable of shopping the Web and entering 'click wrap' pacts wreak havoc with aged contract and agency laws » (1997) 19:2 Nat'l LJ B9. Voir aussi Michel Jaccard, « Securing Copyright in Transnational Cyberspace: The Case for Contracting with Potential Infringers » (1997) 35 Colum J Transnat'l L 619 à la p 633, cité par Moringiello et Reynolds, *supra* note 31 à la p 464.

83 *ProCD* 7^e Cir, *supra* note 58 à la p 1452.

84 *Groff*, *supra* note 72 à la p 9.

85 *Rudder*, *supra* note 73 au para 17.

en général⁸⁶. Pour y voir, il semble qu'il faudrait répondre à deux questions sous-jacentes, négativement dans le premier cas et positivement dans le second : il faut en effet se demander si le consentement exprimé par le clic aurait été validé si les clauses contractuelles n'avaient pas été préalablement divulguées. La divulgation tenue pour acquise, le consentement aurait-il pu valablement s'exprimer autrement que par le clic ? Nos développements concernant les solutions retenues dans les affaires *Groff* et *Rudder* permettent de répondre par la négative à la première préoccupation. Quant à la seconde, *ProCD* a ouvert grand la porte aux alternatives du clic, voie dans laquelle le *Browse-Wrap*, entre autres procédés, tente de s'engouffrer.

C. La nature fuyante du *Browse-Wrap*

L'exposé du juge Easterbrook dans l'affaire *ProCD* a eu parmi plusieurs conséquences de fournir à la Cour de district des États-Unis pour le district est de Californie le critère d'appréciation initial du *Browse-Wrap*. La Cour n'avait aucun écho judiciaire de la force exécutoire de ce rituel en 2000 au moment de se prononcer dans l'affaire *Pollstar v Gigmania Ltd*⁸⁷. Si le contexte de l'affaire est totalement immatériel à l'inverse des cas initiaux du *Box-Top / Shrink-Wrap*, l'enjeu ne varie pas : l'une des parties soumet la distribution de ses produits et de ses services à des conditions particulières que l'autre partie doit accepter. Précisément, le demandeur fait affaire dans l'événementiel. Il impose aux usagers de son site Web des termes et conditions (*License Agreement*) qui prohibent, notamment, l'utilisation commerciale des documents technologiques qu'il publie. De plus, l'utilisateur qui reproduit ces documents a l'obligation de mentionner les termes de la licence et d'indiquer que les publications du demandeur font l'objet d'une protection en vertu des lois sur le droit d'auteur. En définissant le mécanisme du *Browse-Wrap*, par le moyen duquel l'utilisateur est appelé à manifester son acceptation des termes de la licence, la Cour le situe à l'aune du *Shrink-Wrap*. Elle suggère une différenciation et dévoile des particularités qui pointent la conception du site Web du demandeur :

A shrinkwrap license appears on the screen when the CD or diskette is inserted and does not let the consumer proceed without indicating acceptance. By contrast, a browse wrap license is part of the web site and the user assents to the contract when the user visits the web site [nos italiques]⁸⁸.

86 Robert L Dickens, « Finding Common Ground in the World of Electronic Contracts: the Consistency of Legal reasoning in Clickwrap Cases » (2007) 11:2 Marq Intell Prop L Rev 379 aux pp 392–400. Voir aussi Moringiello et Reynolds, *supra* note 31 à la p 466.

87 *Pollstar v Gigmania Ltd*, 170 F Supp (2d) 974 (D Cal 2000) [*Pollstar*].

88 *Ibid.* Un exemple contemporain peut être tiré du site Web du réseau social Facebook où l'on peut lire la disposition suivante : « [2] Si nous apportons des modifications aux règles mentionnées ou incorporées à la présente Déclaration, nous pouvons vous en informer sur la Page Facebook Site Governance. [3] Votre utilisation de Facebook après la modification de nos conditions générales indique que vous acceptez nos nouvelles conditions ». Voir « Déclaration des droits et responsabilités », Facebook (15 novembre 2013) art 2–3, 14, en ligne : <<https://fr-fr.facebook.com/legal/terms>>.

Une distinction analogue s'infère de la décision du juge Hupp de la Cour de district des États-Unis pour le district central de Californie dans *Ticketmaster Corp v Tickets.com*⁸⁹, entendue la même année, bien qu'elle n'évoque pas explicitement le vocable *Browse-Wrap*. Ici, comme dans *Pollstar*, deux idées maîtresses ressortent, savoir d'une part, que le *Browse-Wrap* et les conditions auxquelles il s'applique sont incorporés au site Web et en sont une composante ; d'autre part, que leur acceptation procède de la seule utilisation du site et du furetage au-delà de la page d'accueil. À cette étape, c'est peut-être le second critère, plutôt que le premier qui paraît attester du *distinguo* en regard du *Box-Top / Shrink-Wrap*. S'il fallait en effet définir le *Browse-Wrap* comme une composante du site Web, cette considération pourrait aussi valoir pour le *Box-Top / Shrink-Wrap* dès lors que ce rituel, tel qu'envisagé dans *ProCD*, est indissociable des cd-roms et en conditionne techniquement l'utilisation⁹⁰.

À serrer les choses de près, la distinction *Box-Top / Shrink-Wrap – Browse-Wrap* tirée de la modalité d'acceptation n'en serait pas plus une de nature, du moins en considérant les conclusions du juge Easterbrook dans *ProCD* et l'idée d'un *Box-Top / Shrink-Wrap* constituant une technique composite⁹¹. Les premiers jugements qui ont analysé le *Browse-Wrap* ont d'ailleurs repris, pour plusieurs, le critère déterminant relatif à la divulgation et à la prise de connaissance des conditions applicables. La décision *Pollstar* signalée ci-dessus est fondée sur ce critère, quoique son interprétation soit large. La Cour a en effet paru accorder une importance particulière à certains aspects de la conception du site, remarquant, premièrement, que la licence, dont l'opposabilité était débattue, n'avait pas été intégrée à la page d'accueil, mais elle apparaissait dans une page secondaire à laquelle la première renvoyait. Deuxièmement l'utilisateur était certes averti du fait que l'utilisation du site était soumise à la licence, mais l'accessibilité de l'avis qui énonçait cette condition était franchement restreinte, découlant du formatage de son texte et d'un contexte typographique à peine intuitif : taille de police minimale ; couleur de police grise sur fond gris ; absence de soulignement indiquant, comme d'usage, la présence d'un hyperlien actif vers la licence, etc.⁹². En somme, il n'est pas certain que cette conception du site Web permette à l'utilisateur d'avoir d'emblée connaissance des termes de la licence, donc d'être alerté que l'utilisation du site signifie son acceptation des conditions. Le défendeur a fait valoir ces limites et le défaut de consentement qui s'ensuit, selon lui. Mais il a été rattrapé par la thèse du juge Easterbrook que la Cour rappelle en une courte lexie qui sert aussi à valider la

89 54 USPQ (2d) 1344 (D Cal 2000) [*Ticketmaster* 2000]. Le cas concerne la reproduction des données d'un site Web (par le moyen d'hyperliens) en contravention de ses conditions d'utilisation. Au-delà de la question de l'acceptation de ces conditions, le cas soulève, entre autres préoccupations, des enjeux liés au droit d'auteur.

90 C'est d'ailleurs le constat de la Cour d'appel du 7^e Circuit dans *ProCD Inc v Zeidenberg* quand elle rappelle la licence d'utilisation : « This license, which is encoded on the CD-ROM disks as well as printed in the manual ». Voir *ProCD* 7^e Cir, *supra* note 58 à la p 1450.

91 *Ibid.*

92 *Pollstar*, *supra* note 87.

technique du *Browse-Wrap* malgré les vices apparents : « [...] people sometimes enter into a contract by using a service without first seeing the terms »⁹³.

Le jugement sommaire dans *Ticketmaster* a certes énoncé un verdict distinct, dont les motifs relèvent des lacunes somme toute comparables, mais une porte laissée ouverte à dessein par le juge Hupp préfigurait l'évolution de ses conclusions. Le juge a ainsi répondu à la requête en rejet de la plainte alléguant la rupture du contrat :

*Many web sites make you click on "agree" to the terms and conditions before going on, but Ticketmaster does not. Further the terms and conditions are set forth so that the customer needs to scroll down the home page to find and read them. Many customers instead are likely to proceed to the event page of interest rather than reading the "small print." It cannot be said that merely putting the terms and conditions in this fashion necessarily creates a contract with any one using the web site. The motion is granted with leave to amend in case there are facts showing Tickets' knowledge of them plus facts showing implied agreement to them [nos italiques]*⁹⁴.

Ainsi posées, les conditions d'une éventuelle évolution du verdict ne sont pas nouvelles : des faits démontrant la prise de connaissance des termes du contrat ; ensuite, leur acceptation, deux conditions discernées auparavant dans *ProCD*⁹⁵ et dans *Pollstar* (quoiqu'ici, la Cour insiste particulièrement sur la première). Le juge Hupp est de nouveau appelé à vérifier ces conditions en 2003 à l'égard des relations des mêmes parties⁹⁶. La première est alors facile à traiter et la vérification s'avère positive, compte tenu de compléments factuels décisifs. Au nombre de ceux-ci, des modifications apportées à la structure du site Web permettent à Ticketmaster d'afficher, de manière proéminente sur sa page d'accueil, l'avis relatif au mécanisme d'acceptation des conditions d'utilisation.

La seconde condition (sur la validité du mécanisme en tant que modalité d'expression du consentement) entraîne le magistrat dans une prospective suggérant que le consentement nécessaire à la formation du contrat serait indubitable et le débat judiciaire serait ultimement simplifié si le législateur avait soumis les parties à une technique qui a la vertu de contraindre l'utilisateur à « cliquer » sur une icône d'acceptation. Mais le droit positif, qui n'a pas évolué dans ce sens, contraint la Cour à se rallier à une démonstration analogue à celle du juge Easterbrook. Comme lui, elle rappelle des contrats du domaine des transports pour indiquer que l'opposabilité de certaines clauses peut découler de la seule utilisation des

93 *Ibid* à la p 982.

94 *Ticketmaster 2000*, *supra* note 89 à la p 1346.

95 *ProCD* 7^e Cir, *supra* note 58 aux pp 1450 et s.

96 *Ticketmaster Corp v Tickets.com*, 2003 WL 21406289 (CD Cal) [*Ticketmaster 2003*].

services, entre autres rituels. Mais surtout, le juge Hupp tient à une règle dite séculaire posée dans la solution retenue dans l'affaire *ProCD*, qui libère (en principe) l'acquiescement à l'offre de tout formalisme impératif et autorise conséquemment l'offrant à déterminer l'acte ou l'action qui, dans le cadre de son offre, incarnera l'acceptation. Le juge peut dès lors établir que cet acte ou cette action peut consister dans le furetage : « [...] a contract can be formed by proceeding into the interior web pages after knowledge (or, in some cases, presumptive knowledge) of the conditions accepted when doing so »⁹⁷. Dans ce contexte largement influencé par l'arrêt *ProCD*, l'attention paraît ainsi ne plus devoir être portée sur la modalité d'expression du consentement prévue par l'offrant, mais sur la prise de connaissance des termes du contrat ; une modalité quelconque qui aurait été prévue semblerait suffire, toute chose qui, ultimement, rendrait la distinction *Box-Top / Shrink-Wrap – Browse-Wrap* superfétatoire.

Insistons diligemment sur le fait suivant : l'observation ci-dessus est forcément liminaire et suit la conception du *Browse-Wrap* telle qu'elle est vue à l'origine (à l'exclusion des développements subséquents qu'il faut encore analyser)⁹⁸. Or, cette conception se raffine au contact des jugements de la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit rendus dans deux autres affaires concernées par les mêmes paramètres temporels, en plus de jouir d'une attention remarquable en doctrine⁹⁹ : les affaires *Specht v Netscape Communications*¹⁰⁰ (*ci-après Specht*) et *Register.com v Verio*¹⁰¹.

L'affaire *Specht* concerne un plugiciel (module d'extension ou *plug-in* dénommé « SmartDownload ») au moyen duquel Netscape (qui l'offre gratuitement en téléchargement) a été accusé de collecter des données personnelles à l'insu des utilisateurs. Le sieur Specht et d'autres plaignants portent la charge initiale devant la Cour de district des États-Unis pour le district sud de New York¹⁰², mais se voient opposer une clause d'arbitrage incorporée aux conditions d'utilisation du programme. Netscape fait valoir que les plaignants ont accepté la clause quand ils ont cliqué sur le bouton « Télécharger » affiché sur la page Web proposant le

97 *Ticketmaster* 2003, *supra* note 96 à la p 2.

98 Voir ci-dessous à la section III.

99 Voir par ex Sam S Han, « Predicting the Enforceability of Browse-Wrap Agreements in Ohio » (2010) 36:1 Ohio NU L Rev 31 aux pp 39 et s ; Philippa Lawson et Cintia Rosa De Lima, « Browse-Wrap - Contracts and Unfair Terms: What the Supreme Court Missed in Dell Computer Corporation v. Union des Consommateurs et Dumoulin » (2007) 37:2 RGD 445 à la p 450 et s ; Paul J Morrow, « The Unconscionability Unenforceability of Contracts (Shrink Wrap, Clickwrap, and Browse Wrap) on the Internet A Multijurisdictional Analysis Showing the Need for Oversight », (2011) 11 Pittsburgh J of Technology L 1 à la p 20 et s ; Ian Rambarran et Robert Hunt, « Are Browse-Wrap Agreements All They Are Wrapped up to Be » (2007) 9 Tulane J of Technology and Intellectual Property 173 à la p 176 et s.

100 *Specht v Netscape*, 306 F (3d) 17 (2^e Cir 2002) [*Specht* 2^e Cir]. Pour certains, *Specht* est l'une des décisions les plus citées sur le sujet du *Browse-Wrap*. Voir James J Tracy, « Browsewrap Agreements: *Register.com v Verio Inc.* » (2005) 11 BUJ Sci & Tech L 164 aux pp 164-65.

101 *Register.com v Verio*, 356 F (3d) 393 (2^e Cir. 2004) [*Register.com*].

102 *Specht* District, *supra* note 48.

progiciel. Le défendeur demande que l'affaire soit conséquemment renvoyée en arbitrage. Or en invitant ainsi le clic dans le *Browse-Wrap*, *Specht* rappelle à l'égard de ce procédé le constat précédent sur la versatilité du *Box-Top / Shrink-Wrap*¹⁰³. Leur dissemblance n'en est pas plus affermie quand la Cour d'appel choisit d'examiner le processus d'acceptation de Netscape à la lumière de deux conditions connues : d'abord, la possibilité pour les contractants de prendre connaissance des termes du contrat et ensuite, leur acceptation¹⁰⁴.

Cela suppose une *notification raisonnable* des termes du contrat. Précisément, la Cour réaffirme la règle voulant que le consommateur soit mis en connaissance du rituel spécifique retenu par l'offrant, c'est-à-dire ici du fait qu'en cliquant sur le bouton de téléchargement, ce dernier signifierait son acceptation des conditions contractuelles. Il ne s'agit pas seulement pour l'offrant de prévoir les clauses pertinentes, mais de s'assurer que la conception de son site Web prenne en compte un avis *immédiatement visible*, qui signale au consommateur l'existence de ces clauses¹⁰⁵. Comme le juge de première instance, la Cour d'appel établit que Netscape ne satisfait pas à cette première condition et son rituel ne peut de ce fait produire l'effet escompté :

We conclude that in circumstances such as these, where consumers are urged to download free software at the immediate click of a button, a reference to the existence of license terms on a submerged screen is not sufficient to place consumers on inquiry or constructive notice of those terms. The SmartDownload webpage screen was "printed in such a manner that it tended to conceal the fact that it was an express acceptance of [Netscape's] rules and regulations" [notes omises]¹⁰⁶.

Mais alors, si la notification des conditions contractuelles avait été raisonnable, le consommateur qui cliquerait sur le bouton de téléchargement aurait-il été lié par la clause d'arbitrage ? Une réponse positive paraît aussitôt s'inférer des prémices de l'arrêt de la Cour d'appel, qu'il faut souligner ici : « [A] consumer's clicking on a download button does not communicate assent to contractual terms if the offer did not make clear to the consumer that clicking on the download button would signify assent to those terms »¹⁰⁷. Tout dépendrait-il ainsi de la communication des conditions applicables et de l'information du consommateur quant à la procédure de formation du contrat ? Pas exactement, sauf une procédure univoque, ajoute la Cour :

103 *Ibid* à la p 595.

104 *Specht* 2^e Cir, *supra* note 100.

105 *Ibid* aux pp 17–23.

106 *Ibid* à la p 32.

107 *Ibid* aux pp 29–30.

[W]e conclude that under the circumstances here, plaintiffs' downloading of SmartDownload did not constitute acceptance of defendants' license terms. Reasonably conspicuous notice of the existence of contract terms and *unambiguous manifestation of assent* to those terms by consumers are essential if electronic bargaining is to have integrity and credibility [nos italiques]¹⁰⁸.

Suivant cette pensée, il ne serait plus suffisant de prévoir un rituel d'acceptation, mais d'envisager qu'il soit exempt d'*ambiguïté*. Or, cette notion d'*ambiguïté*, mainte fois citée dans la décision de la Cour d'appel, n'y est pas nettement circonscrite¹⁰⁹. Ce que l'on sait cependant, c'est que la Cour de district (confirmée en seconde instance) avait statué qu'une même icône servant à la fois à exprimer le consentement et à initier le téléchargement d'un programme établissait une procédure contractuelle pour le moins ambiguë¹¹⁰. En appui, elle avait fait valoir que le téléchargement avait pour finalité de mettre en possession d'un bien. De même, le fait de cliquer sur une icône dédiée à l'acceptation n'aurait d'autre dessein que d'exprimer un consentement. La défenderesse omet cette distinction dans la conception de son processus contractuel et ce défaut, selon la Cour de district, contribue à rendre ce processus inopérant¹¹¹. Bien sûr, la décision *Ticketmaster* (2003) précitée contraste nettement avec cette solution en entérinant l'association furetage – consentement, y compris en l'absence d'icône spécifique à l'acceptation¹¹². C'est une antithèse franche, au risque d'élargir à l'extrême la définition du consentement et de vider la notion de sa substance, ce qu'avait craint le juge de district¹¹³.

Le précepte que les auteurs Moringiello et Reynolds retiennent de l'affaire *Specht* est ainsi résumé : « [T]he court held that a software license that did not require a click for assent was unenforceable »¹¹⁴. L'observation donnerait finalement du *Browse-Wrap* une idée de départ dualiste, dont l'une n'est pas particulièrement tatillonne sur le formalisme de l'acceptation, en autant que l'existence des termes du contrat (incluant l'énoncé de ce formalisme) ait été préalablement portée à la

108 *Ibid* à la p 35.

109 *Ibid*. La Cour paraît introduire une distinction entre l'acceptation des conditions contractuelles et l'action de téléchargement : « [P]laintiffs neither received reasonable notice of the existence of the license terms nor manifested unambiguous assent to those terms before acting on the webpage's invitation to download the plug-in program ».

110 *Specht* District, *supra* note 48 aux pp 595–96.

111 *Ibid*.

112 *Ticketmaster* 2003, *supra* note 96 à la p 3. La Cour cite bien l'affaire *Specht*, mais porte son attention sur le seul arrêt de la Cour d'appel et sur son argumentation principale relative à la notification raisonnable des conditions contractuelles. Elle relève essentiellement : « Moreover, *Specht* involved a different set of circumstances, that of consumers invited to download free software from an internet site that did not contain a plainly visible notice of license terms ».

113 *Specht* District, *supra* note 48 à la p 596.

114 Moringiello et Reynolds, *supra* note 31 à la p 467. Voir aussi Cristina Coteanu, *Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices*, Burlington (Vt), Ashgate, 2005 à la p 55.

connaissance de l'utilisateur ; l'autre, tout aussi insistante sur cette notification, qui doit être raisonnable, paraît élever le clic en standard d'acceptation. Or, appliquer cette exigence du clic au *Browse-Wrap* accentue l'incertitude sur la nature véritable de ce rituel présumé distinct du *Click-Wrap*¹¹⁵. L'incertitude grandit un peu plus quand la Cour de district ajoute que le *Click-Wrap* et le *Shrink-Wrap* traité dans *ProCD* sont au fond une même réalité, fissurant les cloisons qui ont semblé s'ériger entre ces techniques : « [C]lick-wrap licensing is similar to the shrink-wrap license at issue in *ProCD*, [...] which appeared on the user's computer screen when the software was used and could not be bypassed until the user indicated acceptance of its terms »¹¹⁶.

Qu'il nous soit permis la précision suivante : le clic n'est pas requis en toutes circonstances de *Browse-Wrap*, selon l'arrêt de la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit dans l'affaire *Register.com*¹¹⁷. Pour développer cette opinion, la Cour entreprend de distinguer les circonstances de *Ticketmaster* (2000) de celles de *Specht*, deux décisions invoquées dans l'affaire. Le critère à l'égard duquel la distinction est établie n'est autre que la divulgation préalable des clauses contractuelles. La Cour estime que cette divulgation était effective dans *Ticketmaster* (marquant, dans l'intervalle, ses distances par rapport à l'analyse du juge Hupp) alors qu'elle la juge inexistante dans *Specht*¹¹⁸. En poursuivant, la Cour suggère que le clic n'est pas une exigence de l'échange de consentement lorsqu'il y a eu divulgation des clauses contractuelles : « Under the circumstances of *Ticketmaster*, we see no reason why the enforceability of the offeror's terms should depend on whether the taker states (or clicks), "I agree" »¹¹⁹. Elle s'empresse de préciser l'action qui, dans ce contexte, est constitutive de l'acceptation :

It is standard contract doctrine that when a benefit is offered subject to stated conditions, and the offeree makes a decision to take the benefit with knowledge of the terms of the offer, the taking constitutes an acceptance of the terms, which accordingly become binding on the offeree¹²⁰.

En l'espèce, le choix est donc favorable à un retour aux principes traditionnels du droit des contrats. Selon la juridiction d'appel, un tel retour est nécessaire pour assurer une gestion adéquate des enjeux apparus du commerce électronique. L'approche de la Cour ne règle cependant pas certaines préoccupations, dont particulièrement

115 *Specht* 2^e Cir, *supra* note 100 à la p 32. Voir aussi *Specht* District, *supra* note 48 à la p 594.

116 *Ibid.*

117 *Register.com*, *supra* note 101 à la p 403. La Cour observe exactement ceci : « We recognize that contract offers on the Internet often require the offeree to click on an "I agree" icon. And no doubt, in many circumstances, such a statement of agreement by the offeree is essential to the formation of a contract. But not in all circumstances ».

118 *Specht* 2^e Cir, *supra* note 100 aux pp 29–30.

119 *Register.com*, *supra* note 101 à la p 403.

120 *Ibid.*

celle concernant l'interpénétration des rituels d'acceptation ou la place du clic dans le *Browse-Wrap*. Si l'acceptation est libérée de la formalité du clic lorsqu'il y a, comme *Register.com* l'a conclu, divulgation préalable des termes du contrat, on se demande s'il faut mécaniquement en déduire que la situation inverse (caractérisée par l'absence de la divulgation) requerrait le clic, à moins qu'une autre formalité soit envisagée. Il importe aussi de savoir si, en dehors de cette divulgation, il existe des circonstances typiquement de *Browse-Wrap* où le cocontractant serait exempté de cliquer pour manifester son consentement. Plus globalement, c'est l'interaction entre ces rituels d'acceptation introduite par la Cour qui doit être clarifiée. La construction de cette interaction, si elle est visiblement inachevée ici, semble connaître une certaine évolution avec l'apparition du *Click-Wrap* modifié, aussi envisagé sous la désignation de *Click-Wrap* hybride ou d'*hyperwrap*.

D. La conciliation éventuelle du *Click-Wrap* hybride

Le *Click-Wrap* hybride combine les techniques du *Browse-Wrap* et du *Click-Wrap* suivant une approche quelque peu différente de l'interaction exposée plus haut. L'affaire *Vernon v Qwest* (ci après *Vernon*) entendue en 2012 par la Cour de district des États-Unis pour le district du Colorado illustre fort bien ce procédé¹²¹, même si son arrivée dans la sphère contractuelle électronique est moins récente¹²². Deux stipulations cristallisent l'instance : une clause d'arbitrage et une clause de renonciation aux recours collectifs¹²³. *Qwest* les oppose aux demanderessees qui ont porté à son égard une charge multiple : le FAI est accusé d'enfreindre les règles de protection du consommateur des états du Colorado (entre autres, pour pratiques déloyales et trompeuses) et de Washington, en plus d'un reproche d'enrichissement sans cause motivé par les pénalités pécuniaires qu'il impose à ses usagers dans tous les cas de résiliation anticipée de leur contrat d'accès à Internet. Les demanderessees prétendent que ni les dispositions encadrant ces frais, ni les clauses précitées n'ont

121 *Vernon v Qwest Communications International Inc*, 857 F Supp (2d) 1135 (D Colo 2012) [*Vernon*]. Voir aussi Deborah Davis Boykin, « Survey of E-contracting cases: browsewrap, clickwrap, and modified clickwrap agreements » (2012) 68:1 Bus Law 257 à la p 261.

122 Voir par ex *DeJohn v The TV Co International*, 245 F Supp (2d) 913 (ND Ill 2013) [*DeJohn*]. Le contrat basé sur le clic est valablement formé même si les termes de l'accord ne sont pas affichés de manière évidente. Il suffit que le cocontractant ait eu l'occasion d'examiner les termes en cliquant sur un hyperlien menant au texte. Voir aussi *Person v Google Inc*, 456 F Supp (2d) 488 (SD NY 2006) à la p 496 [*Person*]. On peut lire dans la décision le processus contractuel suivant à la p 493 : « prior to using AdWords, every customer must click on a box acknowledging that they agree to the terms and conditions of Defendant's contract ». Et à la p 497 : « By clicking on a link, a user is taken to the agreement before assenting to its terms ». En accord avec *Comb v PayPal Inc*, 218 F Supp (2d) 1165 (ND Cal 2002) (l'examen n'est cependant pas complété) ; *Hubbert v Dell Co*, 835 NE (2d) 113 (Ill App 2005) [*Hubbert*] ; *Major v McCallister*, 302 SW (3d) 227 (Mo App 2009) [*Major*].

123 Voir *Vernon*, *supra* note 121 à la p 1143. La question de l'exécution des clauses d'arbitrage dans les contrats commerciaux et dans les contrats de consommation est inévitablement abordée par la Cour. Dans cette analyse préalable, la Cour s'appuie fortement sur les récentes décisions de la Cour suprême, notamment sur l'affaire *AT&T Mobility LLC v Concepcion*, 131 S Ct 1740 (2011).

été portées à leur connaissance au moment d'adhérer aux services de Qwest. Elles assurent n'y avoir jamais consenti, ce qui, à leurs yeux, constitue un empêchement à l'exécution de ces clauses. Le juge Shaffer n'a d'autre option que d'examiner le contrat d'abonnement de la défenderesse et particulièrement le processus d'acceptation en place.

L'analyse ne s'éloigne guère des fondements traditionnels du droit des contrats, dont l'exigence du consentement mutuel. Le juge rappelle que la transposition de cette exigence dans le commerce électronique a engagé les tribunaux dans l'appréciation de techniques ouvertement mouvantes, avec des arrêts remarquables sur des enjeux comme ceux soulevés par les procédés du *Click-Wrap* et du *Browse-Wrap*. À cet égard, la Cour fait une précision édifiante, qui a la vertu de réaffirmer l'idée suggérant que l'attention concernant les modalités d'expression du consentement électronique soit déplacée, des divergences typiquement terminologiques vers ce qui importe réellement, c'est-à-dire l'information préalable du cocontractant et l'option qu'il faut lui offrir de consentir : « Under either scenario, however, the threshold issue is the same: *did the consumer have reasonable notice*, either actual or constructive, of the terms of the putative agreement and *did the consumer manifest assent to those terms* » [nos italiques]¹²⁴.

C'est aussi à l'aune de cette règle que la Cour envisage le processus contractuel de Qwest, même s'il n'est ni totalement assimilé au *Click-Wrap*, ni totalement au *Browse-Wrap*, mais emprunte des deux procédés et est davantage qualifié d'arrangement « hybride ». Selon l'enquête de R. J. Mann et T. Siebeneicher concernant les pratiques contractuelles dans le commerce électronique, 3,6 % des 500 plus importants détaillants sur Internet utilisent un rituel similaire¹²⁵. Dans *Vernon*, le juge Shaffer décrit ce rituel de la manière suivante :

[T]he customer must take affirmative action—pressing a “click” button—but, like a browsewrap agreement, the terms being accepted do not appear on the same screen as the accept button, but are available with the use of hyperlink. Under this hybrid arrangement, the customer is told that consequences will necessarily flow from his assenting click and also is placed on notice of how or where to obtain a full understanding of those consequences¹²⁶.

Somme toute, l'objectif est au départ de circonscrire les modalités de l'acceptation en ligne. Il s'agit de prévenir (si ce n'est guérir) un éventuel dogmatisme de la théorie générale des contrats, mais bien plus, de contribuer à dissiper

124 *Vernon*, *supra* note 121 à la p 1149. La Cour s'inspire ici de l'arrêt *One Beacon Insurance Co v Crowley Marine Services Inc*, 648 F (3d) 258 (5^e Cir 2011) [*Beacon*].

125 Ronald J Mann et Travis Siebeneicher, « Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting » (2008) 108 *Colum L Rev* 984 à la p 998 [Mann et Siebeneicher].

126 *Vernon*, *supra* note 121 aux pp 1149–50.

les incertitudes juridiques concernant l'échange de consentement dans le commerce électronique. Le droit positif, en reconduisant les principes classiques du consentement, fait douter du dogmatisme en cette matière. L'appréciation jurisprudentielle originelle du rituel du *Wrap* apparu de la pratique contractuelle électronique ne s'est pas non plus détachée de ce classicisme.

Il convient de retenir de cet examen liminaire l'accent sur la divulgation préalable des clauses contractuelles, sans égard au médium auquel les parties ont eu recours dans leur transaction (ordinateur et/ou téléphone) ou au geste privilégié dans l'acceptation, c'est-à-dire l'action qui, ultimement, est présumée manifester cette acceptation. Que l'acceptation soit envisagée dans le contexte du *Box-Top / Shrink-Wrap*, du *Click-Wrap*, du *Browse-Wrap* ou du *Click-Wrap* hybride, elle a reçu la sanction des tribunaux dans la mesure où le cocontractant a été informé des clauses du contrat. L'arrêt *ProCD* a tôt tenté d'éconduire l'attention portée sur ce geste en soumettant que toute procédure indiquée par l'offrant pouvait servir à exprimer l'acceptation, remettant ainsi en cause l'opportunité des distinctions concernant ces rituels. Elles ne sont donc pas loin les propositions qui ont jailli des débats concernant le consensualisme, précisément le traitement de cette préoccupation introduite par H. Kelsen quant aux conséquences du fait que : « L'un des sujets contractants affirme que les signes extérieurs considérés par l'autre sujet contractant ou par l'organe compétent comme manifestation de sa volonté ne correspond pas à sa véritable volonté »¹²⁷. Cette situation, a rassuré J. Ghestin, peut être corrigée en recourant à des critères objectifs, portant l'attention non sur la valeur que le sujet a entendu attribuer à son comportement, mais davantage sur la signification objective qui a pu légitimement être attribuée à ce comportement. La conclusion de l'auteur va dans le sens de *ProCD* à propos du geste de l'acceptation : « Tout comportement, actif ou passif, peut manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce »¹²⁸.

Il reste à déterminer comment la conception originelle du *Wrap* et ce critère de la divulgation préalable des clauses contractuelles ont évolué, particulièrement devant les tribunaux. S'ils étaient confirmés, y compris en B2C où l'on ne perdra pas de vue l'exigence du consentement « exprès », la précision de leurs modalités pratiques de prise en charge serait inévitable, l'objectif de sécurité juridique demeurant en perspective.

III. L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DU « WRAP »

Les débats judiciaires annoncés plus avant¹²⁹ et qui ont accompagné l'usage du *Wrap* en commerce électronique n'ont pas entamé la conception originelle de cette

127 Kelsen, *supra* note 9 à la p 38.

128 Ghestin, *supra* note 10 à la p 151.

129 Voir ci-dessus à la section II(A).

technique. En fait, l'examen des opinions soumises à l'occasion des principales instances permet de réaffirmer les critères à la lumière desquels le caractère exécutoire du *Wrap* a été initialement envisagé (section III(A)). Il faut du coup insister sur la manière dont ces critères doivent, en pratique, être pris en compte dans les différents processus contractuels (section III(B)).

A. La stabilité des critères d'appréciation

Deux angles sont ici considérés : l'un est macro ; l'autre est micro. Le premier signale la pérennité du droit traditionnel des contrats dans l'appréciation judiciaire du *Wrap*. Le second confirme l'importance de la divulgation des clauses contractuelles.

1. La pérennité du droit traditionnel des contrats

Tôt suite à l'émergence du cyberspace, la communauté juridique a guetté les vacillements du droit, éprouvant inévitablement les pratiques et notions juridiques classiques¹³⁰. Le contrat a semblé être une des institutions touchées par ces perturbations, tellement son pendant électronique a paru constituer une nouvelle réalité juridique. Par exemple, cette définition qui semble tout posséder pour appeler un régime juridique nouveau : on a en effet représenté le contrat électronique comme étant « un document hypertexte dynamique qui permet aux parties d'établir un rapport à l'information qui serait inimaginable avec les contrats sur papier : il suit leurs relations, réagit aux nouveaux événements et en informe les parties, outre ses fonctions plus classiques consistant à définir les obligations contractuelles et les conditions de leur exécution »¹³¹.

La réponse de la jurisprudence est pourtant sobre, pour l'heure portée sur les paramètres qu'elle croit constants, nonobstant le contexte électronique. Les fondamentaux de l'échange de consentement sont concernés. Leur prise en main par le droit traditionnel s'appuie de manière itérative, depuis les trois dernières décennies, sur l'un des préceptes poussés dans la réglementation du commerce électronique, soit, l'approche de l'équivalent fonctionnel. Ce principe, qui a notamment guidé l'élaboration de la *Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (ci-après « CNUDCI ») sur le commerce électronique, a été envisagé comme un moyen de contourner les obstacles que constituent les prescriptions juridiques traditionnelles reposant sur le papier¹³². En pratique, l'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel commande une démarche dualiste consistant, d'une part, à analyser les objectifs ou les fonctions de l'exigence

130 M Ethan Katsh, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995 à la p 4.

131 Elizabeth Longworth, « Opportunités d'un cadre juridique applicable au cyberspace – y compris dans une perspective néo-zélandaise », dans Teresa Fuentes-Camacho, dir, *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, UNESCO, 2000, 11 aux pp 22–23.

132 CNUDCI, *supra* note 5, aux pp 20 et s.

traditionnelle que l'on souhaite transposer dans le commerce électronique ; d'autre part, l'approche conduit à déterminer les modalités techniques de la transposition¹³³. Lorsqu'elle est concluante, cette démarche a la vertu d'éviter l'élaboration de règles particulières et d'institutions juridiques nouvelles. C'est, semble-t-il, le cas concernant l'échange du consentement dans le contrat électronique où au moins deux exemples font foi : l'un, qui évoque une jurisprudence dominante plutôt portée à rechercher des équivalents aux modalités traditionnelles d'expression du consentement, dont particulièrement la signature ; l'autre où, pour fixer l'étendue matérielle du document contractuel, les tribunaux se contentent de déterminer dans quelle mesure la navigation dans un contrat sur un support faisant appel aux technologies de l'information se compare au maniement du contrat sur support papier. Bien en amont, c'est la transposition de la notion de l'écrit qui est en jeu.

Concernant premièrement la signature, il faut rappeler la solution retenue dans l'affaire *Groff* et l'équivalence initialement établie avec le clic¹³⁴. Si la concordance a permis de confirmer la formation du contrat par la technique du *Click-Wrap*, comme l'aurait fait la signature manuscrite à l'égard d'un contrat sur support papier (attendu que ce formalisme véhicule le consentement), elle a aussi fondé le rejet de la prétention souvent servie par le cocontractant, voulant qu'il n'ait pas lu le contrat ou qu'il n'en ait pas compris le contenu¹³⁵. L'approche est largement suivie dans les décisions analysant les contrats *Click-Wrap*¹³⁶. Elle concerne aussi le *Click-Wrap* hybride dans une relative mesure, mais moins le *Box-Top / Shrink-Wrap*. Par exemple, dans l'arrêt *DeJohn v The TV Corp* traitant du *Click-Wrap* hybride, le tribunal invoque l'analogie de la signature et écarte pareillement l'argument de l'omission de lecture avant de préciser : « [F]ailure to read a contract is not a get out of jail free card »¹³⁷. Le jugement constate que la demanderesse a librement manifesté sa volonté d'être liée, de façon « expresse », à des clauses contractuelles dont elle a aussi confirmé la prise de connaissance. Dans son examen, la Cour n'hésite pas à introduire les conclusions de *Tatar v Elite Gold Inc* qui ont établi que le signataire qui s'abstient de lire l'instrument qu'il signe commet une négligence grave, imprudence qui n'élude pourtant pas les effets de sa signature ou de son clic hybride sur la formation du contrat¹³⁸.

En regard du rituel du *Browse-Wrap*, le rapport avec la notion classique de la signature n'est pas directement établi dans les arrêts étudiés, sauf éventuellement

133 *Ibid* à la p 21.

134 *Ibid* à la p 22.

135 *Groff*, *supra* note 72 à la p 9.

136 Relativement au *Click-Wrap*, voir notamment *Scherillo v Dun & Bradstreet*, 684 F Supp (2d) 313 (NY Dist Ct 2010) [*Scherillo*]; *Bar-Ayal v Time Warner Cable, Inc*, 2006 WL 2990032 (NY Dist Ct) [*Bar-Ayal*]; *Scarcella v America Online*, 798 NYS (2d) 348 (NY Civ Ct 2004) [*Scarcella*].

137 *DeJohn*, *supra* note 122 à la p 919.

138 2002 WL 2031605 à la p 3 (NY Dist Ct 2002) tel que cité dans *DeJohn*, *supra* note 122 à la p 919. Voir aussi *Appliance Zone LLC v NexTag*, 2009 WL 5200572 (Ind Dist Ct).

en doctrine¹³⁹. Il est bienveillant de signaler que la règle traditionnelle qui écarte l'argument tiré de l'omission de lecture n'est pas suivie dans au moins une instance de 2004 analysant l'opposabilité d'une politique de confidentialité soumise au rituel du *Browse-Wrap*¹⁴⁰. Si l'argument a pu prospérer dans ce litige, le cas paraît nettement isolé¹⁴¹. Ainsi en serait-il en droit civil québécois où cette question du défaut de lecture *ex ante* du contrat (c'est-à-dire, avant sa signature) est habituellement envisagée dans le contexte de l'erreur inexcusable, sauf bien sûr le dol ou la fausse représentation du cocontractant¹⁴². Suivant sur ce point le droit français¹⁴³, l'article 1400 (2) du *Code civil du Québec* énonce que l'erreur inexcusable ne constitue pas un vice de consentement¹⁴⁴. Dans l'arrêt *Légaré c Morin-Légaré*, la Cour d'appel du Québec précise que pour être inexcusable, l'erreur doit traduire une négligence d'une certaine gravité¹⁴⁵. Cette gravité s'apprécie *in concreto*, en tenant compte de toutes les circonstances qui prévalaient au moment où l'erreur a été commise¹⁴⁶. Une précaution élémentaire, appuie-t-elle, serait de se renseigner avant de conclure la transaction¹⁴⁷. L'affaire *Quesnel c Laberge* rappelle que « [l]a jurisprudence dominante assimile à une erreur inexcusable l'omission de lire un document avant de le signer »¹⁴⁸. Or, à peine 4 % des cyberacheteurs lisent leur contrat, selon l'enquête du professeur Hillman : ceux qui ne lisent pas prétendent généralement être trop pressés ou croient que la transaction sera sans heurt¹⁴⁹. Souvent aussi, la volonté de lire est tempérée par le manque d'originalité des clauses¹⁵⁰.

Deuxièmement, concernant l'écrit et la portée matérielle des documents contractuels, c'est-à-dire la façon de les circonscrire, de définir leurs limites, de distinguer les clauses qui font partie du contrat de celles qui lui sont externes, la

139 Voir notamment Stephen Mason, *Electronic Signatures in Law*, 3^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 aux pp 220–221.

140 *Re Northwest Airplanes Privacy Litigation*, 2004 WL 1278459 (Minn Dist Ct).

141 Juliet M Moringiello et William L Reynolds, « Survey of the Law of Cyberspace: Internet Contracting Cases, 2004–2005 » (2005) 61 *Bus Lawyer* 433 à la p 437. Voir aussi *Segal v Amazon.com*, 763 F Supp (2d) 1367 (Fla Dist Ct 2011) [*Segal*].

142 Jobin, *supra* note 13 à la p 285.

143 *Ibid* à la p 283. Voir aussi *Loi sur l'application de la réforme du Code civil et commentaires du ministre de la Justice*, Montréal, DACFO, 1994 à la p 468.

144 Art 1400, al 2 Ccq.

145 [2002] RJQ 2237 aux para 42 et s, 2002 CanLII 41210 (Qc CA).

146 *Ibid*.

147 *Ibid*.

148 2011 QCCA 779 au para 61, [2011] 201 ACWS (3d) 608 (la Cour d'appel cite notamment *Jos Rousseau Inc c Bouchard*, [1970] CA 393); *Banque Nationale du Canada c Marcoux*, 1995 CanLII 4756, 1995 CarswellQue 1132 (Qc CA). Voir aussi *Richard c Ami Auto Inc*, 2004 CanLII 39309, 2044 CarswellQue 10326 (CQ).

149 La proportion de ceux qui lisent passe à 13 % pour ce qui est des contrats d'abonnement. Robert A Hillman, « On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices: A Survey and Discussion of Legal Implications », (2005) 29 *Cornell Law Faculty Publications* aux pp 7 et s <http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/29/> [Hillman]. Voir aussi Florencia Marotta-Wurgler, « Does Contract Disclosure Matter? » (2012) 168 *J of Institutional and Theoretical Economics* 94 [Marotta-Wurgler]. Voir également Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler et David R Trossen, « Does Anyone Read the Fine Print?: Consumer Attention to Standard-Form Contracts » (2014) 43:1 *J Leg Stud* 1.

150 *Ibid*.

pratique contractuelle traditionnelle fondée sur le papier a fréquemment inspiré, notamment après l'affaire *Rudder*¹⁵¹. Les fonctions attachées au papier ont pour ainsi dire trouvé une équivalence dans le commerce électronique, avec peut-être l'influence médiante ou immédiate d'instruments comme le *Uniform Electronic Transactions Act* américain (ci-après « *UETA* ») (adopté par quarante-sept États américains, le District de Columbia, Puerto Rico, et les Îles vierges des États-Unis¹⁵²) ou la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* au Québec (ci-après « *LCCJTI* »)¹⁵³. Ces dispositifs ont en commun de fournir le cadre général de cette équivalence à l'instar d'arrêts tels que *Feldman v Google*¹⁵⁴. L'équivalence est promptement établie dans cette décision, sans dissertation. Nous percevons néanmoins qu'elle est envisagée à la lumière de deux fonctions, étant acquise à partir du moment où le support utilisé dans la transaction électronique permet l'impression et la conservation du contrat. La Cour de district des États-Unis pour le District est de la Pennsylvanie précise : « Even though they are electronic, clickwrap agreements are considered to be writings because they are printable and storable »¹⁵⁵.

En fait, en énonçant cette règle, la Cour s'appuie fermement sur l'opinion d'un tribunal de l'Illinois, qui avait exploré cette question de l'écrit¹⁵⁶. Il s'agissait à l'époque de déterminer si des inscriptions électroniques pouvaient constituer un écrit au sens du *Federal Arbitration Act* (ci-après « *FAA* »). L'examen a alors été introduit par une interrogation simple : « What is a written agreement? »¹⁵⁷. La démarche vers la solution que va endosser *Feldman* n'est pas non plus par monts et par vaux. Elle emprunte un lieu commun, le sens donné par les dictionnaires au moment de l'entrée en vigueur du *FAA*. La Cour y relève une définition du vocable « écrit » (*written*) plutôt inclusive et neutre du point de vue du support : « To set down, as legible characters; to form the conveyance of meaning; to inscribe on any material by a suitable instrument; as, to write the characters called letters; to write figures »¹⁵⁸. En étendant l'exercice aux concepts dérivés, à la notion d'écriture (*writing*) en particulier, les deux fonctions ultimement retenues pour l'équivalence paraissent un peu plus évidentes :

The act or art of forming letters or characters on paper, wood, stone, or *other material*, for the purpose of *recording* the ideas which characters and words express, or of communicating them to others

151 *Rudder*, *supra* note 73.

152 *Uniform Electronic Transactions Act* (1999) [*UETA*].

153 *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ 2001, c C-1.1, art 3 et s [*LCCJTI*].

154 513 F Supp (2d) 229 à la p 236 (Pa Dist Ct 2007) [*Feldman*].

155 *Ibid.*

156 La Cour cite la décision de la District Court de l'Illinois dans *Re RealNetworks Privacy Litigation*, 2000 WL 631341 aux pp 3–4 (Ill Dist Ct) [*RealNetworks*]; *Ibid.*

157 *RealNetworks*, *supra* note 156 à la p 2.

158 La District Court de l'Illinois cite le *Webster's Revised Unabridged Dictionary*, 1913, *sub verbo* « written », tel que cité dans *RealNetworks*, *supra* note 156 à la p 3.

by visible signs. 2. Anything written or *printed*; anything expressed in characters or letters [nos italiques]¹⁵⁹.

Ces définitions classiques de l'écrit n'excluent certes pas de leur champ les communications électroniques, mais elles ne couvrent pas non plus l'ensemble des messages de données. Les communications concernées ont une nature spécifique, prenant en compte des fonctions qui préviennent l'éphémère :

[T]he Court does not now find that all electronic communications may be considered "written." Rather, the Court examines the contract at issue in this action and finds that *its easily printable and storable nature is sufficient to render it "written."*[nos italiques]¹⁶⁰

Ainsi établie, l'équivalence entre l'écrit conventionnel et l'écrit électronique est citée dans nombre de décisions, dont *Doe v SexSearch.com*, avec une emphase identique sur les fonctions permettant d'imprimer et de sauvegarder les contenus¹⁶¹. L'arrêt *Adsit Co Inc v Gustin*, s'y réfère aussi dans les mêmes termes¹⁶², comme *Davis v Dell Inc*¹⁶³ ou *Beard v PayPal Inc*¹⁶⁴. Dans tous ces cas, l'équivalence vient appuyer la démonstration visant à reconnaître au contrat formé par le rituel du clic (*clickwrap agreement*) des effets juridiques similaires à ceux du contrat conclu suivant les modalités plutôt conventionnelles. Peut-être cette vision large de l'écrit concerne-t-elle pareillement les autres techniques d'acceptation en ligne, dès lors qu'elles sont aussi jugées contraignantes.

L'arrêt de la Cour civile de la ville de New York dans l'affaire *Scarcella v America Online Inc* propose un angle complémentaire¹⁶⁵. La contestation de la compétence *ratione materiae* du for saisi est l'un des enjeux de l'instance ; le fondement de la requête en irrecevabilité est la clause de juridiction incorporée aux conditions d'utilisation de la défenderesse. L'examen de la Cour relatif au processus d'adhésion de cette dernière est particulièrement éclairant quant à la concordance possible entre le contrat sur support papier et le contrat électronique. Ce processus

159 *Ibid* à la p 2.

160 *Ibid* à la p 3. Sur ce point, il est pertinent de rapprocher les conditions énoncées par l'*UETA*, *supra* note 152 au § 8(a). Selon cette disposition, l'inscription électronique satisfait aux exigences légales de l'écrit si l'inscription peut être conservée pour consultation ultérieure : « If parties have agreed to conduct a transaction by electronic means and a law requires a person to provide, send, or deliver information in writing to another person, the requirement is satisfied if the information is provided, sent, or delivered, as the case may be, in an electronic record capable of retention by the recipient at the time of receipt. An electronic record is not capable of retention by the recipient if the sender or its information processing system inhibits the ability of the recipient to print or store the electronic Record ».

161 502 F Supp (2d) 719 (Ohio Dist Ct 2007).

162 874 NE (2d) 1018 (Ind App Ct 2007) [*Adsit*].

163 2007 WL 4623030 (NJ Dist Ct).

164 2010 WL 654390 (Or Dist Ct 2010).

165 *Scarcella*, *supra* note 136.

d'adhésion suggère la consultation de quelque quatre-vingt-onze pages-écrans de conditions d'utilisation. Deux de ces pages invitent le prospect à consentir à ces conditions, par clic. La demanderesse, qui remet en cause son consentement, a craint une « transe de léthargie et d'inattention » à devoir se soumettre à ce processus d'adhésion¹⁶⁶. La Cour endosse l'appréhension, mais précise qu'elle est également l'effet attendu d'un contrat papier de même longueur. Il n'y aurait pour elle aucune différence de fond entre ces deux supports. L'équivalence que la Cour établit n'est pas envisagée à l'aune des caractéristiques intrinsèques du support, par exemple liées aux fonctions de conservation. Elle paraît davantage découler de facteurs extrinsèques, comme la viabilité du commerce électronique :

If the series of computer screens at issue here is treated as the equivalent of a written contract on paper, the same principle would seem to apply. Refusal by the courts to treat the two as equivalent would threaten the viability of the internet as a medium of commerce [...] Nonetheless, "a signatory to [a] contract... is presumed to know the contents of the instrument she signed and to have assented to such terms." The law does not treat prolixity as evidence of deception [notes omises]¹⁶⁷.

Dans la même orbite, le principe retenu dans l'affaire *Bar-Ayal v Time Warner Cable Inc* compare l'effort que requiert le maniement du document papier à celui de la navigation dans un document sous forme électronique. Il y aurait là aussi équivalence, selon ces conclusions : « Although it is true that the individual would have had to scroll down through about 38 screens to read the Customer Agreement in its entirety [...] it is not significantly more arduous to scroll down to read an agreement on a computer screen than to turn the pages of a printed agreement »¹⁶⁸. L'affaire *Hubbert v Dell Corp* complète cette analogie entre les pages du document papier et les pages-écrans ou le document électronique en soumettant en rafale trois points concernant les hyperliens : d'abord, que cet élément structurant permet de créer des contrats électroniques multipages ; ensuite, qu'un tel contrat doit être traité comme le contrat papier ; enfin, que les hyperliens permettent de se déplacer d'une page à l'autre, comme le fait de tourner les pages d'un contrat papier¹⁶⁹. Mais

166 *Ibid* à la p 2.

167 Cette conclusion ne scelle pourtant pas le sort de la clause de juridiction. La Cour établit en effet que : « The general policy of giving effect to forum-selection clauses must yield to the scheme enacted by the Legislature specifically to ensure that civil justice is meaningfully accessible to those seeking the adjudication of small claims ». *Ibid* aux pp 2-4, conf par 811 NYS (2d) 858 (NY Sup Ct App 2005).

168 *Bar-Ayal*, *supra* note 136 à la p 11.

169 *Hubbert*, *supra* note 122 aux pp 121-122. Le tribunal d'instance avait jugé que les termes et conditions de Dell n'avaient pas été « communiqués de manière adéquate ». Les conditions contractuelles étaient accessibles uniquement par hyperliens postés sur chacune des 5 pages que l'acheteur devait visiter avant de pouvoir commander. Le processus n'a pas prévu l'acceptation par clic de ces conditions. La Cour d'appel a jugé que les hyperliens ont eu pour effet d'inclure les termes et conditions

alors, quelles seraient les limites de ce document électronique multipages quand les hyperliens sont ubiquitaires sur le Web, puisque de sa nature? Cette question à l'égard de laquelle le législateur québécois, entre autres, a introduit certains paramètres¹⁷⁰, n'est pas directement abordée dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Illinois. La Cour suprême du Canada a eu à se pencher sur la même question, impliquant également Dell et une clause d'arbitrage accessible par hyperlien¹⁷¹. Le plus haut tribunal du pays devait notamment déterminer si cette clause était externe au contrat, au sens de l'article 1435 du *Code civil du Québec*¹⁷². Le critère de la séparation physique est habituellement utilisé pour définir ce type de clauses¹⁷³. Il a évidemment fallu apprécier sa transposition dans le commerce électronique, contexte qui, d'emblée, fait ressortir les préoccupations suivantes :

Une page Internet peut comporter une multitude de liens, chacun conduisant à son tour à une nouvelle page Internet susceptible d'en comporter elle aussi une multitude, et ainsi de suite. À l'évidence, l'on ne saurait prétendre que toutes ces différentes pages reliées entre elles constituent un seul document, voire que l'ensemble du Web défilant devant l'écran de l'internaute n'est qu'un seul et même document¹⁷⁴.

Pour circonscrire le contrat électronique et déterminer les pages hyperliées qui le constituent, la Cour suprême invoque le principe d'équivalence fonctionnelle

de Dell dans le contrat formé au moment où le consommateur a passé sa commande. Les motifs du tribunal d'instance, renversés en appel, sont ainsi résumés : « [T]he court found that the defendant's online terms and conditions had not been "adequately communicated" to the plaintiffs because the defendant did not provide a display text on the Web site that manifested a clear assent to the terms and conditions before the order could proceed, because the terms and conditions were not displayed on a Web page that the plaintiffs had completed in placing their orders, and because there was no language on the Web pages placing the plaintiffs on notice that they were performing an affirmative act that would bind them to submit their claims to arbitration. The court held that the defendant's "Terms and Conditions of Sale", and, therefore, the arbitration clause, were not a part of the online sales contract ». *Ibid* à la p 121. Voir aussi *Hubbert v Dell Corporation*, 217 Ill (2d) 601 autorisation de pourvoi à la Ill Sup Ct refusée.

170 Par exemple, en droit québécois, la *LCCJT*, *supra* note 153, art 4. La disposition énonce la règle suivante à son alinéa premier : « Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition ».

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

172 Art 1435 CcQ. L'article dispose : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance ». Voir aussi *Dell Computer*, *supra* note 171 au para 91.

173 *Dell Computer*, *supra* note 171 au para 93.

174 *Ibid* au para 97.

et pose la règle de l'accessibilité des pages ou des clauses. Concrètement, pour faire partie du contrat, la clause sur support électronique doit être « raisonnablement accessible », ce qui implique qu'elle ne soit pas plus difficile d'accès que son équivalent sur support papier¹⁷⁵. On s'est notamment demandé pourquoi la Cour ne s'est pas appuyée sur l'article 4 de la *LCCJTI*¹⁷⁶ qui définit les conditions d'unicité du document technologique¹⁷⁷. L'approche privilégiée soulève une nouvelle préoccupation. Il faudra notamment déterminer si le critère de l'accessibilité raisonnable prend le pas sur les conditions de l'article 4 ou si ces approches s'interpénètrent. D'autres auteurs ont déploré que la vision de la Cour suprême rende obsolète la notion de clause externe, du moins en ce qui concerne le contrat électronique, « [s]i tout ce qui est accessible par hyperlien est incorporé d'emblée dans le contrat »¹⁷⁸.

Il est dès maintenant possible de confirmer que les tribunaux n'ont pas quitté les sentiers des décisions initiales du *Wrap*. La voie que nous achevons d'explorer porte l'empreinte du droit traditionnel des contrats, semblant éloigner un peu plus le spectre du dogmatisme concernant la théorie générale du contrat électronique. L'effectivité des règles traditionnelles, malgré le contexte technologique changeant, dépend dans une large mesure de la stabilité que peut procurer l'approche de l'équivalence fonctionnelle. L'autre sentier à examiner est celui du critère de la divulgation des clauses contractuelles, omniprésent dans les premières décisions relatives au *Wrap*.

2. Le rôle déterminant de la notification

L'arrêt *Feldman*, entre autres, résume bien l'approche des tribunaux en ce qui a trait au caractère obligatoire du *ClickWrap* :

To determine whether a clickwrap agreement is enforceable, courts presented with the issue apply traditional principles of contract law and focus on whether the plaintiffs had reasonable notice of and manifested assent to the clickwrap agreement [nos italiques]¹⁷⁹.

Deux précisions, au moins, s'imposent. *Primo*, l'approche que décrit *Feldman* n'est pas limitée au *Click-Wrap*, comme l'a illustré l'arrêt *ProCD*¹⁸⁰. Récemment

175 *Ibid* au para 99.

176 *LCCJTI*, *supra* note 153, art 4.

177 Serge Kablan et Arthur Oulaï, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : Analyse de la solution québécoise » (2009) RD McGill 627 aux pp 660 et s [Kablan et Oulaï].

178 Alain Prujiner, Commentaire du jugement *Dell Computer c Union des consommateurs* (2007) 3 Rev arb 567 aux pp 595–96.

179 *Feldman*, *supra* note 154 à la p 236.

180 Voir nos développements ci-dessus à la section II(A).

encore, la solution retenue dans l'affaire *Vernon* a réaffirmé l'idée, après une revue des rituels en usage¹⁸¹. *Secundo*, la démarche décrit clairement deux critères, l'un concernant la divulgation des clauses contractuelles et l'autre, l'expression de l'acceptation, à proprement parler. Dans la jurisprudence, toutefois, l'attention sur le premier critère paraît nettement supplanter celle portée sur le second. Peut-être y a-t-il eu certaines influences, par exemple celle de l'article 2-204 du *UCC* (qui permet aux parties de conclure la vente de quelque façon, y compris par leur conduite¹⁸²) ou cette règle notamment affirmée dans la jurisprudence *Register*, et reprise dans au moins une autre : « when a benefit is offered subject to stated conditions, and the offeree makes a decision to take the benefit with knowledge of the terms of the offer, the taking constitutes an acceptance of the terms, which accordingly become binding on the offeree »¹⁸³. L'admission du consentement tacite en droit civil n'est pas en oubli¹⁸⁴, ni d'ailleurs la conception que fait *ProCD* d'un maître de l'offre définissant presque souverainement les modalités de l'acceptation¹⁸⁵. Finalement, si tout rituel peut en principe manifester le consentement (comme les tribunaux l'ont confirmé en validant le *Box-Top / Shrink-Wrap*, le *Click-Wrap*, le *Browse-Wrap* et le *Click-Wrap* modifié), des deux critères précités, le premier devient plus prégnant.

Peut-être aussi, en considérant avant tout le critère de la divulgation des clauses contractuelles, la jurisprudence réagit-elle aux usages du milieu : 88 % des détaillants en ligne dont les documents contractuels ont été analysés dans l'étude de Mann et Siebeneicher ont recours à un rituel dit de « *pure Browse-Wrap* » sans mentionner l'existence de l'accord sur l'une quelconque des pages de commande ; 1,8 % des détaillants déclarent que les transactions réalisées à partir de leur site emportent acceptation des conditions générales de vente ou d'utilisation (ci-après « *CGV/CGU* »). Ces conditions ne sont ni affichées, ni hyperliées ; 1,2 % des détaillants font la même déclaration, en hyperliant lesdites conditions ; de même pour 3,6 % des détaillants, à une différence près : ici, la déclaration est adjacente au bouton de commande ; par ailleurs, 0,6 % et 3 % des détaillants utilisent respectivement un bouton radio pré-activé et un bouton radio à activer comme technique d'acceptation des *CGV/CGU* ; une frange de 1,2 % des détaillants ont aussi recours au bouton radio, mais contraint le cocontractant à dérouler le contrat avant de pouvoir passer une commande ; finalement, 0,8 % des détaillants présentent

181 *Vernon*, *supra* note 121. Voir également *Jallali v National Board of Osteopathic Medical Examiners*, 908 NE (2d) 1168 aux pp 1173–1174 (Ind Ct App 2009) [*Jallali*].

182 *UCC*, *supra* note 62, § 2-204. Voir par ex *Salco Distributors LLC v iCode*, 2006 WL 449156 (Fla Dist Ct). Voir aussi Kent D Stuckey, *Internet and Online Law*, New York, Law Journal Press, 1996, (feuilles mobiles mises à jour en 2003), ch 1 aux pp 1-27–28.

183 *Register.com*, *supra* note 101 à la p 403. Voir également *Cairo Inc v Crossmedia Services*, 2005 WL 756610 (Cal Dist Ct) [*Cairo*].

184 Mazeaud, *supra* note 17.

185 *ProCD* 7^e Cir, *supra* note 58 à la p 1452.

les documents contractuels dès l'accès au site et soumettent les acheteurs potentiels à un processus d'enregistrement obligatoire¹⁸⁶.

Ce tableau fait remarquer que les CGV/CGU sont habituellement rattachées à une opération, par exemple une commande ou l'adhésion à un service en ligne. Cette donnée est importante. Elle indique que le contrat électronique doit s'envisager en deux parties : une première partie qui comprend les CGV/CGU, c'est-à-dire des clauses générales qui constituent le cadre commun des transactions réalisées à partir de l'infrastructure de l'offrant. La seconde partie rassemble les clauses spécifiques au bien ou au service que le cocontractant souhaite acquérir, par exemple, les clauses définissant le type de biens ou de services, ses qualités, la quantité, le prix, etc. L'acceptation du cocontractant doit concerner ces deux parties du contrat, c'est-à-dire les clauses générales d'une part et, d'autre part, les clauses spécifiques¹⁸⁷. Il est dès à présent possible de régler la question concernant l'obligation de donner « expressément » au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser l'offre¹⁸⁸. La doctrine a déjà déterminé que le consentement *exprès* découle d'un geste non-équivoque¹⁸⁹. Ce geste peut consister dans la commande placée par le consommateur, véhiculant sa volonté d'être lié non seulement par les clauses spécifiques au bien ou au service qu'il veut acquérir, mais aussi par les CGV/CGU¹⁹⁰. Point n'est alors le besoin de s'attarder sur le rituel de la commande, mais bien plus sur la divulgation des clauses visées par l'acceptation. En revanche, la pertinence de l'obligation de donner expressément l'option de refuser la proposition se perçoit difficilement, puisque le consommateur qui veut renoncer à la transaction avant sa conclusion a généralement le réflexe de cliquer sur « Quitter ».

Au demeurant, les outils, procédés ou rituels évoqués dans le processus de commande, notamment les cases pré-cochées ou à cocher, les boutons radio pré-activés ou à activer, le clic, les instructions informatiques qui imposent le déroulement du document contractuel et les rituels analogues, n'existent qu'à l'égard des clauses contractuelles générales et spécifiques. Revendiquer que ces rituels manifestent le consentement en regard de ces clauses suppose minimalement leur divulgation¹⁹¹. Du moins, l'examen prioritaire des conditions de cette divulgation est de jurisprudence constante. Ce qui signifie qu'en jugeant de la force exécutoire des contrats conclus en ligne, les tribunaux n'ont pas tendance à écarter

186 Mann et Siebeneicher, *supra* note 125 aux pp 998–999.

187 En droit français voir CA Paris, 25 novembre 2010, n° 08/22287. En droit américain considérer par exemple *Hubbert*, *supra* note 122.

188 Voir *LPC*, *supra* note 18, art 54.5 : « Avant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs ».

189 Mazeaud, *supra* note 17.

190 *Ticketmaster* 2003, *supra* note 96.

191 Dans ce sens *Douglas v United States District Court for the Central District of California* 495 F (3d) 1062 (9^e Cir 2007) autorisation de pourvoi à la Super Ct refusée, 128 S Ct 1472 (2008) : « An offeree cannot accept terms of which she does not have notice » citant Samuel Williston et Richard A Lord, *A Treatise on the Law of Contracts*, 4^e éd, 1990 à la p 365.

d'office des rituels d'acceptation¹⁹², mais considèrent davantage la manière dont les clauses auxquelles ces rituels se rattachent ont été portées à la connaissance du cocontractant. Elles sont donc hétérodoxes les décisions, par exemple en droit québécois, où le rituel du *Browse-Wrap* est repoussé, motif pris de sa nature, c'est-à-dire parce que la partie contractante n'est pas « forcée d'accepter en « cliquant » sur une icône bien définie à cet effet »¹⁹³; or, entre le *Browse-Wrap* et la tradition civiliste, il n'y a pas antinomie de principe¹⁹⁴. La Cour supérieure du Québec l'avait affirmé deux années auparavant en admettant au stade interlocutoire du litige opposant la Canadian Real Estate Association à Sutton (Quebec) Real Estate Services que le téléchargement de contenus à partir d'un site Web pouvait constituer l'expression du consentement¹⁹⁵. L'absence alléguée de l'icône d'acceptation (« *I agree* ») n'y a alors pas fait obstacle. Cela dit, il serait tout aussi exceptionnel de présumer de la force exécutoire du *Click-Wrap*¹⁹⁶, voire de quelque déclinaison du *Wrap*¹⁹⁷.

L'approche constante dans la jurisprudence est notamment énoncée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Century 21 Canada Limited Partnership v Rogers Communications*¹⁹⁸. L'arrêt remet le critère de la divulgation en perspective en précisant que la force exécutoire du contrat formé par le rituel du *Browse-Wrap* est sujette à la possibilité pour le cocontractant de prendre *a priori* connaissance des termes du contrat, c'est-à-dire avant que l'offrant ne déduise l'acceptation d'une action quelconque du cocontractant (par exemple, l'utilisation du site)¹⁹⁹.

192 Voir ci-dessous à la section III(B)1). Voir aussi *Century 21 Canada Limited Partnership v Rogers Communications*, 2011 BCSC 1196 au para 107, 338 DLR (4e) 32 [Century]. Dans le même sens, la Cour fait l'observation suivante après une revue de la jurisprudence canadienne et américaine : « the law of contract requires that the offer and its terms be brought to the attention of the user, be available for review and be in some manner accepted by the user. Such an analysis turns on the prominence the site gives to the proposed Terms of Use and the notice that the user has respecting what they are agreeing to once they have accepted the offer. To establish a binding contract consideration will also be given to whether the user is an individual consumer or a commercial entity and in addition a one-time user or a frequent user of the site ».

193 *Aspencer1.com c Psysystems Corp.*, 2005 CanLII 6494 au para 26, 2005 CarswellQue 654 (CQ).

194 Yorick Cool, « Aspects contractuels des licences de logiciels libres : Les obligations de la liberté » dans *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 137 à la p 173. Voir également Michel Vivant et al, « Modalités particulières : Licence sous plastique » dans *Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2006, n°852.

195 *Canadian Real Estate Association / Association Canadienne d'immeuble c Sutton (Québec) Real Estate Services Inc.*, 2003 CanLII 22519, 2003 CarswellQue 682 (CS Qc) [Canadian Real Estate].

196 Les enjeux traditionnels relatifs au fond du contrat demeurent : par exemple la question des clauses abusives. *Aral v Earthlink Inc.*, 36 Cal (3d) 229 (Ct App 2005); *Bragg v Linden Research*, 487 F Supp (2d) 593 (Pa Dist Ct 2007).

197 Moringiello et Reynolds, *supra* note 31 à la p 471. Les auteurs critiquent cette position adoptée dans l'arrêt *Segal*, *supra* note 141 à la p 1369. Voir aussi *Doe 1 v AOL LLC*, 552 F (3d) 1077 (9^e Cir 2009).

198 *Century*, *supra* note 192 au para 108. Également *Motise v America Online Inc.*, 346 F Supp (2d) 563 (NY Dist Ct 2004); *Paola Briceño v Sprint Spectrum*, 911 So (2d) 176 (Fla Dist Ct App 2005) [Paola Briceño]; *Hubbert*, *supra* note 122. Concernant le *Click-Wrap*, voir aussi *Jallali*, *supra* note 181 à la p 1174 : « The primary focus when deciding whether a clickwrap agreement is enforceable is whether the party clicking it had reasonable notice of and manifested assent to the agreement ».

199 *Century*, *supra* note 192 au para 108. La Cour remarque également concernant le *Shrink-Wrap* : « The preponderance of authority in the US, provided notice is adequate, is that such an arrangement can result in an enforceable agreement »; *ibid* au para 88.

Prendre en compte ce critère, donc faire connaître les clauses contractuelles *ex ante*, force naturellement l'offrant à définir pour son site Web une configuration particulière. Les exemples sont variés ; les contre-exemples, connus, tellement le critère est répété dans les décisions²⁰⁰. L'arrêt *Druyan v Jagger*, notamment, tient cette exigence de la notification. La Cour de district des États-Unis pour le District sud de New York l'envisage à l'égard des hyperliens, en appréciant le fond et la forme du texte sur lequel l'hyperlien est créé et particulièrement son emplacement²⁰¹. L'affaire implique une admiratrice des Rolling Stones. Cette dernière introduit un recours collectif contre Mick Jagger, *Ticketmaster* et autres au nom de quelques 12,000 détenteurs de billets d'un concert du groupe prévu le 27 Octobre 2006 à Atlantic City. Mick Jagger contracte inopportunément un mal de gorge et l'événement doit être reporté. Les détenteurs des billets n'en sont informés qu'à quelques heures de l'événement. Ils allèguent la rupture de contrat et font valoir un préjudice de quelque 5 millions de dollars en prenant en compte les dépenses encourues au titre de leur transport, l'hébergement, la restauration, etc. Or, en achetant leurs billets sur le site web de *Ticketmaster*, les fans ont « expressément » exprimé leur volonté d'exclure ces préjudices de leurs réclamations éventuelles. Le contrat comprenait la clause de *Browse-Wrap* suivante :

By using or visiting the Site, you expressly agree to be bound by these Terms and follow these Terms, and all applicable laws and regulations governing the Site [...] Ticketmaster will not be liable for travel or any other expenses that [plaintiff] or anyone else incurs²⁰².

Les demanderessees prétendent qu'elles n'ont pas lu les conditions contractuelles auxquelles elles ont consenties. Pour la Cour, l'opposabilité de ces conditions n'est pas tributaire de leur prise de connaissance effective par des consommateurs de surcroît familiers de la vente en ligne de billets de spectacles. La cour insiste davantage sur la visibilité de ces conditions, la manière dont elles ont été portées à la connaissance des contractants²⁰³. Dans l'affaire *PDC Laboratories v Hach* (ci-après *PDC Laboratories*), l'exigence de la divulgation est examinée à l'égard d'une pratique similaire qui consiste à faire apparaître l'hyperlien menant aux CGV/CGU dans les pages du processus de commande²⁰⁴. La Cour d'appel de l'État de la Californie va dans le même sens dans l'affaire *Michael Cohn v Truebeginnings*,

200 Voir par ex *Major*, *supra* note 122 à la p 230 ; *Cvent Inc v Eventbrite Inc*, 739 F Supp (2d) 927 (Va Dist Ct 2010) [*Cvent Inc*] ; *Tassell v United Marketing Group Van Tassell*, 795 F Supp (2d) 790 (Ill Dist Ct 2011) [*Tassell*].

201 *Druyan v Jagger*, 508 F Supp (2d) 228 à la p 232 (NY Dist Ct 2007) à la p 237 [*Druyan*]. Voir aussi *Southwest Airlines v BoardFirst*, 2007 WL 4823761 (Tex Dist Ct) [*Southwest Airlines*] ; *Factional Villa Inc v Tahoe Clubhouse*, 2009 US Lexis 14767 (Cal Dist Ct).

202 *Druyan*, *supra* note 201 à la p 234.

203 *Ibid* à la p 237.

204 *PDC Laboratories v Hach*, 2009 WL 2605270 (Ill Dist Ct) [*PDC Laboratories*].

en tentant de déterminer si la pratique est de nature à rendre les conditions contractuelles facilement accessibles²⁰⁵. L'arrêt *Jerez v JD Closeouts* (ci-après *Jerez*) insiste pareillement sur cette information du cocontractant, plus que sur le rituel ou l'acte de l'acceptation. En *obiter* dans la décision, on notera que les hyperliens peuvent nuire à l'information lorsque la configuration du site Web est lacunaire²⁰⁶.

Toutefois, la façon de structurer les contenus du site Web n'est pas seule concernée lorsque l'offrant doit informer le cocontractant des conditions applicables. Rappelons le principe affirmé dans l'affaire *Hill* dans laquelle le canal publicitaire conventionnel a été considéré en B2C comme une avenue pertinente dans la divulgation des clauses contractuelles²⁰⁷. Similairement, lorsque les rapports en cause sont de type B2B, les tribunaux lorgnent des indices autres que la configuration du site Web. La Cour suprême de la Colombie-Britannique considère, par exemple, le contexte de la relation. Son approche a notamment conduit à déterminer si une partie qui conteste l'application des CGV/CGU en prétendant n'en avoir eu aucune connaissance pouvait prospérer dans son recours quand elle-même utilise sur son propre site des clauses similaires, qui sont un standard de l'industrie²⁰⁸. L'arrêt *Canadian Real Estate* emprunte aussi cette démarche avec la même question de fond, à savoir si la défenderesse a connaissance des clauses contractuelles en vigueur dès lors qu'« elle-même en impose aux utilisateurs de son propre site »²⁰⁹.

Les constatations des décisions initiales du *Wrap* sont ainsi réaffirmées : pertinence du droit traditionnel des contrats et attention prépondérante au critère de la divulgation des clauses contractuelles. La règle, elle aussi classique, du consentement éclairé²¹⁰ est ainsi reconduite. Il faut maintenant définir les conditions de cette divulgation.

B. Les formalités de la notification

Nous examinerons successivement deux questions : À partir de quand la jurisprudence considère-t-elle que l'exigence de notification est satisfaite ? Comment y voir en pratique ?

205 *Cohn v Truebeginnings*, 2007 WL 2181897 (Cal Ct App 2007) à la p 5.

206 *Jerez v JD Closeouts*, 943 NYS (2d) 392 (NY Dist Ct 2012) aux pp 397 et s [*Jerez*]. Aussi *Defontes v Dell Computers*, 2004 WL 253560 (RI Sup Ct) [*Defontes*].

207 *Hill*, *supra* note 65. Voir aussi *Stenzel v Dell*, 870 A (2d) 133 (Me Sup Jud Ct 2005) [*Stenzel*] : la Cour analyse la validité d'une clause d'arbitrage dans le cadre d'un achat d'ordinateur par téléphone. L'analyse est menée à la lumière des conditions de notification de la clause. La Cour relève trois possibilités pour le consommateur de prendre connaissance des conditions applicables : sur le site du vendeur, sur la confirmation de commande envoyée au consommateur et dans les documents qui accompagnent la livraison de l'appareil.

208 *Century*, *supra* note 192 au para 108.

209 *Canadian Real Estate*, *supra* note 195 au para 44(g).

210 Dans le même sens, en énonçant les *Principles of the Law of Software Contracts*, l'American Law Institute (ALI) appuie l'exigence de la notification (par exemple, la section au para 2.02(c)(1)) : voir R Hillman et Maureen O'Rourke, « Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights » (2010) *Tulane L Rev* 1519, aux pp 1519 et s.

1. Le seuil de notification

Le champ lexical des décisions analysées dévoile des critères homogènes s'agissant du standard de notification des clauses contractuelles, que l'on considère la perspective de l'offrant et les contraintes que les tribunaux lui imposent ou le point de vue du bénéficiaire de l'obligation, c'est-à-dire le cocontractant. La distinction entre les rituels du *Box-Top* / *Shrink-Wrap*, *Click-Wrap*, *Browse-Wrap* et du *Click-Wrap* modifié n'est pas ici pertinente, ni la dissociation du commerce électronique nomade. Le seuil devrait être technologiquement neutre.

Concernant d'abord l'offrant, peu importe le rituel, trois principaux appositifs sont fréquemment utilisés pour définir la qualité de la notification : *adéquat*, *suffisant* et *raisonnable*. Ces caractères sont parfois examinés dans le prisme de la doctrine de l'iniquité procédurale²¹¹. Ils englobent nécessairement aussi le courant jurisprudentiel qui insiste sur l'opportunité que doit recevoir le cocontractant de lire ou d'examiner le contrat avant de l'accepter²¹².

Est *adéquate*, selon le jugement de la Cour d'appel du District de Columbia dans l'affaire *Forrest v Verizon Communications*²¹³, la notification qui rend les clauses du contrat *inévitables*. En l'espèce, la notification est examinée à l'égard d'une clause d'élection de for et présente les particularités suivantes : la clause apparaît dans la section finale (intitulée « *General Provisions* ») d'un document dont la version imprimée est longue de 13 pages ; sauf deux dispositions, le document (y compris la clause) est rédigé en lettres minuscules, avec une taille de caractères et une apparence uniformes ; les consommateurs prennent connaissance du contrat sur leur écran à travers une boîte de défilement placée au-dessus du bouton d'acceptation et où seul un segment du document est visible à la fois ; une invitation à la lecture apparaît au début du contrat en lettres capitales. À l'égard de cette procédure, une règle générale déjà citée amorce le raisonnement de la Cour : « The general rule is that absent fraud or mistake, one who signs a contract is bound by a contract which he has an opportunity to read whether he does so or not »²¹⁴. La recommandation qui en découle, c'est-à-dire de lire le contrat avant de le signer, n'a pas été suivie en l'espèce. Car sinon, constate la Cour, les demandresses auraient « inévitablement » découvert la clause, même si elle n'est ni rédigée en lettres majuscules, ni placée dans une section portant un intitulé plus prolixe (par exemple, « Limitations de

211 *Hubbert*, *supra* note 122 à la p 123. La Cour d'appel de l'Illinois a ainsi décrit l'objet de la doctrine : « The test of unconscionability is whether, "given the parties' general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case, the clause involved is so one-sided that it is unconscionable under the circumstances existing when the parties made the contract." The purpose of the doctrine of unconscionability is to prevent oppression and unfair surprise ».

212 Par exemple, *Century*, *supra* note 192 au para 108 (« A properly enforceable browse wrap agreement will give the user the opportunity to read it before deeming the consumer's use of the website as acceptance of the Terms of Use »). Également *ProCD District*, *supra* note 49 ; *DeJohn*, *supra* note 122.

213 *Forrest v Verizon Communications*, 805 A (2d) 1007 à la p 1010 (DC Ct App 2002).

214 *Ibid.* Voir aussi *Specht District*, *supra* note 48.

responsabilité et recours »). L'utilisation de boîtes²¹⁵ ou de curseurs²¹⁶ de défilement ne nuirait pas plus à l'information du consommateur qui, du reste, doit bénéficier d'une fenêtre temporelle suffisante pour prendre connaissance du contrat²¹⁷.

Sous la plume du juge Hopkins, la Cour d'appel de l'Illinois est allée dans le même sens en renversant la décision initiale dans *Hubbert*. Le tribunal d'instance avait jugé que les CGV de Dell, accessibles par hyperlien, n'avaient pas été *adéquatement* communiquées (*adequately communicated*)²¹⁸. La Cour d'appel estime au contraire que le lien hypertexte procure aux CGV la visibilité nécessaire, sa présence étant notamment signalée par une couleur qui contraste avec le reste du document. Qui plus est, dans le processus de commande, la déclaration suivante est affichée à répétition au consommateur : « All sales are subject to Dell's Term[s] and Conditions of Sale ». La Cour est convaincue que le consommateur *raisonnable* en aurait déduit l'existence des CGV et aurait eu la diligence de suivre l'hyperlien afin de déterminer ce à quoi il s'engage²¹⁹. Mais encore, en rejetant l'idée que la communication des CGV n'était pas adéquate, le juge Hopkins rapproche le second caractère attendu de la notification, c'est-à-dire le caractère *suffisant* :

The statement that the sales were subject to the defendant's "Terms and Conditions of Sale," combined with making the "Terms and Conditions of Sale" accessible online by blue hyperlinks, was *sufficient notice* to the plaintiffs that purchasing the computers online would make the "Terms and Conditions of Sale" binding on them [nos italiques]²²⁰.

Que la notification soit *adéquate* ou *suffisante*, il semble que l'attente à l'égard de l'offrant soit identique, c'est-à-dire de rendre les clauses du contrat évidentes,

215 Cet usage peut néanmoins être rattrapé par la doctrine de l'iniquité procédurale : « The format in which the Terms and Conditions were presented to the plaintiff only allowed for a few single spaced lines of block text to be visible at any given time. Furthermore, there were no paragraph, section or heading breaks that would aid in reading comprehension or allow the user to navigate to a particular section. This single spaced massive block of impenetrable text looked the same when printed out. The section headings in the agreement, which were in all-caps, did not aid comprehension since they were embedded in the text and could not be easily ascertained. [...] Accordingly, since both oppression and surprise were present, the court is satisfied that the agreement was procedurally unconscionable ». *Mazur v eBay*, 2008 WL 618988 (Cal Dist Ct).

216 *Barnett v Network Solutions Inc*, 38 SW (3d) 200 (Tex App Ct 2001).

217 *Novak v Overture Services Inc*, 309 F Supp (2d) 446 à la p 451 (NY Dist Ct 2004).

218 *Hubbert*, *supra* note 122.

219 En analysant plus loin dans le jugement la doctrine de l'iniquité procédurale, la Cour revient sur ces conditions de visibilité de la clause et se réfère aux standards du Uniform Commercial Code : « Further, the Uniform Commercial Code, as adopted in Texas, provides that a term or clause is conspicuous when it is written so that a reasonable person against whom it is to operate ought to have noticed it » *Uniform Commercial Code* § 1.201(10) (1994) tel que cité dans *Hubbert*, *supra* note 122 à la p 124. Elle ajoute, suivant ces standards : « A term or clause is conspicuous if it is written in capital letters or if it is written in larger or other contrasting type or color print », *ibid*.

220 *Ibid* à la p 122.

immanquables. Cette conception, l'arrêt *PDC Laboratories* l'a reprise en analysant la même question des clauses accessibles par lien hypertexte²²¹. Il fallait précisément déterminer si ces clauses étaient *suffisamment visibles* (*sufficiently conspicuous*)²²² pour engager les parties. Le raisonnement de l'arrêt *Hubbert*, représenté comme l'autorité de référence (du moins en droit américain) en matière d'*hyperwrap* est largement suivi. Un détail important émerge toutefois : ce n'est pas tant de multiplier l'affichage de l'hyperlien (vers les CGV/CGU) qui importe que le contraste de cet hyperlien par rapport au reste du document²²³. De plus, quoiqu'il apparaisse sur trois pages du processus contractuel ou sur cinq, le recours aux hyperliens ne doit pas altérer l'accessibilité des CGV/CGU. Dans son contenu, le principe retenu dans l'affaire *Tassell v United Marketing Group* résiste particulièrement aux liens ou aux références indirectes vers les CGV/CGU, aux processus qui dévoilent les clauses du contrat au prix de multiples manœuvres peu évidentes²²⁴. Or à bien voir ce jugement, le caractère *raisonnable* de la notification tient aussi à ces critères, ce qui suggère entre les appositifs *adéquat*, *suffisant* et *raisonnable* un rapport de synonymie²²⁵.

Rappelons à cet égard les enseignements des arrêts initiaux dont *Specht*, particulièrement l'instruction de rendre *immédiatement visible* l'avis qui doit signaler au consommateur l'existence des clauses contractuelles²²⁶. La technique qui consiste à placer immédiatement sous le bouton d'acceptation un hyperlien menant aux CGV/CGU est ainsi jugée *suffisante*, de par l'opportunité qu'elle fournit au consommateur de prendre connaissance ou d'examiner ces clauses avant la formation du contrat. Le fait que ce dernier soit redirigé vers une page secondaire n'est pas un obstacle²²⁷. Cette opportunité que donnent les hyperliens est d'ailleurs mieux reçue²²⁸ que l'option analysée dans l'arrêt *Carnival*, une décision de la Cour suprême des États-Unis citée à plusieurs reprises²²⁹. Le processus dans l'affaire *Carnival* forçait le consommateur à conclure le contrat avant de pouvoir prendre connaissance des conditions applicables sur le titre de transport. L'arrêt *Vernon* éclaire autant, en liant la notification *raisonnable* à l'accessibilité des clauses²³⁰, à

221 *PDC Laboratories*, *supra* note 208.

222 S'agissant des documents imprimés, voir par ex *Paola Briceño*, *supra* note 198.

223 *PDC Laboratories*, *supra* note 208. Voir aussi *Grosvenor v Qwest Communications International*, 2010 WL 3906253 à la p 2 (Colo Dist Ct 2010) [*Grosvenor*].

224 Le processus est ainsi décrit : « [A] hyperlink to the Conditions of Use does not appear on either the home page or the checkout pages. Instead, a user only encounters the Conditions of Use after scrolling to the bottom of the home page and clicking the "Customer Service" link, and then scrolling to the bottom of the Customer Service page or clicking the "Conditions of Use, Notices & Disclaimers" link located near the end of a list of links on the page ». *Tassell*, *supra* note 200 aux pp 792–793.

225 *Ibid.*

226 *Specht* District, *supra* note 48.

227 *Swift v Zynga Game Network*, 805 F Supp (2d) 904 à la p 912 (Cal Dist Ct 2011) [*Swift*]. Voir aussi *Harris v comScore*, 825 F Supp (2d) 924 (Ill Dist Ct 2011).

228 *Person v Google*, 456 F Supp (2d) 488 à la p 497 (NY Dist Ct 2006).

229 *Carnival Cruise Lines Inc v Shute*, 499 US 585 (1991).

230 Voir aussi *Feldman v United Parcel Service Inc*, 2008 WL 800989 (SDNY).

la possibilité pour le consommateur de les trouver sans difficulté²³¹. Impossible d'omettre la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Dell*, quoique l'enjeu ait concerné la définition de la clause externe dans le contrat électronique²³². Bien sûr, il y a cette conclusion des juges majoritaires, qui veut que la clause hyperliée et qui est *raisonnablement accessible*, c'est-à-dire pas plus difficile d'accès que son équivalent sur support papier, fasse partie du contrat. Ainsi a-t-il été jugé de la clause d'arbitrage querellée, même si dans les faits, le consommateur acquière une vision complète de la portée de la clause seulement à l'issue de multiples clics pas forcément machinaux²³³. Mais l'opinion des juges dissidents n'est pas moins édifiante... Ils considèrent que l'hyperlien vers les conditions de la vente est *évident* et *expressément* porté à la connaissance du consommateur, lequel est rédigé en petits caractères et est situé au bas de la page de configuration (ou de commande)²³⁴. *Quid*, à nouveau, si cet hyperlien implique pour le consommateur de cliquer sur des hyperliens secondaires, tertiaires, quaternaires, voire quinquénaires, pour être parfaitement éclairé ? Il semble ici qu'il faille davantage insister sur les liens de premier niveau, sur la présence sur la page de commande d'un avis informant le consommateur que les ventes sont assujetties à des conditions hyperliées.

Dernièrement, l'arrêt *Jerez* est venu appuyer l'utilité de la notification en proscrivant du même souffle les situations où les clauses hyperliées sont submergées si profondément que l'on ne peut considérer qu'elles font partie du contrat. Il faut, explique le jugement, que ces clauses soient bien en vue, immédiatement visibles²³⁵. La mise en forme du texte participe naturellement de cette visibilité²³⁶.

Comme à l'égard du caractère *adéquat*, la notification a été qualifiée de *raisonnable* en dépit du fait que le consommateur ait à faire défiler une zone de texte pour lire l'intégralité du contrat²³⁷. L'arrêt *Fteja v Facebook*²³⁸ traite du même enjeu, savoir précisément si la communication préalable des clauses du contrat est *raisonnable* lorsque cette communication repose sur l'utilisation d'hyperliens²³⁹. La question est pertinente pour la Cour de district des États-Unis de New York, même si elle relève l'affaire *Grosvenor* de 2010 où il avait été jugé, s'agissant spécifiquement des exigences du *Click-Wrap*, que les termes de l'accord doivent apparaître sur le

231 *Vernon*, *supra* note 121.

232 *Dell Computer*, *supra* note 171.

233 En l'espèce, la clause d'arbitrage fait référence aux règles de procédure du National Arbitration Forum (NAF). Le consommateur qui veut connaître la portée de ces règles doit cliquer sur un hyperlien menant au site Web du NAF. Il doit ensuite rechercher ces règles sur ce site Web, en activant plusieurs autres hyperliens. La Cour ne considère pas ces informations comme formant un tout : « En effet, à supposer que le Code du NAF soit une clause externe nulle au sens de l'art. 1435 C.c.Q., ceci n'affecterait pas la validité de la clause d'arbitrage. La procédure d'arbitrage serait alors simplement régie par le C.p.c. ». *Dell Computer*, *supra* note 171 au para 102.

234 *Dell Computer*, *supra* note 171 aux para 152–238.

235 *Jerez*, *supra* note 206. Voir aussi *Moore v Microsoft*, 741 NYS (2d) 91 (NY AD 2002).

236 *Stenzel*, *supra* note 207.

237 *Scherillo*, *supra* note 136 aux pp 322–323. Voir aussi *Adsit*, *supra* note 162 ; *Jallali*, *supra* note 181.

238 *Fjeta v Facebook*, 841 F Supp (2d) 829 (NY Dist Ct 2012).

239 *Ibid* à la p 838.

L'acceptation entre mutations et orthodoxie

même écran que le bouton d'acceptation²⁴⁰. Le raisonnement ici est différent, largement inspiré du processus contractuel traditionnel. La Cour note en effet peu de dissimilitudes entre le *Click-Wrap* hybride et l'achat classique d'un forfait croisière où l'organisateur de voyages renvoie le consommateur à l'endos ou aux dernières pages du billet pour ce qui est des conditions applicables. Elle croit que cliquer sur un hyperlien pour dévoiler ou prendre connaissance des CGU est au contrat électronique ce que l'action de tourner une page est au contrat sur support papier. Cette action n'empêche pas la communication des CGU, comme elle l'a conclu :

[C]licking the hyperlinked phrase is the twenty-first century equivalent of turning over the cruise ticket. In both cases, the consumer is prompted to examine terms of sale that are located somewhere else. Whether or not the consumer bothers to look is irrelevant²⁴¹.

L'argumentation ne diffère pas dans l'affaire *Vernon* où le juge a considéré que les CGU avaient été raisonnablement communiquées et étaient accessibles, donc ni cachées, ni difficiles à trouver²⁴². Peut-être faut-il néanmoins signaler l'emphase sur l'ensemble des circonstances de l'espèce. Dans son examen, le juge Shaffer dépasse en effet l'hyperlien en prêtant attention aux autres moyens et canaux parallèlement utilisés par Qwest pour communiquer ses CGU (courrier postal ; correspondance téléphonique etc.)²⁴³.

Sous d'autres cieux, l'exigence concernant l'information du cocontractant fonde le rejet du rituel du *Click-Wrap* hybride, récusation qu'il va falloir considérer dans les projets de commerce électronique ciblant ces territoires. À l'esprit, la récente décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après « CJUE ») à l'occasion d'un renvoi préjudiciel dans le litige opposant la société Content Services Ltd à la Bundesarbeitskammer²⁴⁴.

L'article 5 de la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (ci-après « Directive 97/7/CE ») est au centre de l'affaire. Il énonce l'obligation suivante :

Le consommateur doit *recevoir*, par écrit ou sur un autre *support durable* à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des

240 *Ibid* à la p 838, citant *Grosvenor*, *supra* note 223 à la p 2.

241 *Ibid* à la p 839.

242 *Vernon*, *supra* note 121. Voir aussi *Swift*, *supra* note 227.

243 *Vernon*, *supra* note 121 à la p 1151.

244 Oberlandesgericht Wien (Third Chamber), Vienne, 5 juillet 2012, *Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer*, Case C-49/11, (22 septembre 2012), Journal officiel de l'Union Européenne C 287 vol 55 à la p 8 (Autriche) [*Content Services*].

informations mentionnées à l'article 4 paragraphe 1 points a) à f), en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été *fournies* au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès.²⁴⁵

La CJUE doit déterminer si la pratique qui consiste à rendre accessible par un hyperlien les informations obligatoires (notamment concernant le droit de rétractation) est conforme aux exigences de l'article 5 de la Directive 97/7/CE. En fait, les parties veulent savoir si le professionnel « fournit » l'information et si le consommateur « reçoit » cette information lorsque, dans le processus d'acceptation, ce dernier est renvoyé aux conditions générales de vente par le moyen d'un hyperlien. Selon la CJUE, la réception suppose un comportement passif de la part du consommateur. Or, le lien implique d'agir pour prendre connaissance des informations. Il faut précisément cliquer sur ce lien, toute action contraire, selon elle, à l'article 5 de la Directive 97/7/CE. De même, la Cour fait remarquer qu'« un site Internet dont les informations ne sont accessibles pour les consommateurs qu'en passant par un lien présenté par le vendeur, ne peut être considéré comme un « support durable » »²⁴⁶.

Au fond, il convient de citer l'arrêt *Feldman*. En statuant sur le processus contractuel de Google concernant son service *AdWords*, l'arrêt a l'avantage de ramasser et d'étayer la plupart des critères pertinents :

*[T]he AdWords Agreement gave reasonable notice of its terms. In order to activate an AdWords account, the user had to visit a webpage which displayed the Agreement in a scrollable text box. Unlike the impermissible agreement in Specht, the user did not have to scroll down to a submerged screen or click on a series of hyperlinks to view the Agreement. Instead, text of the AdWords Agreement was immediately visible to the user, as was a prominent admonition in boldface to read the terms and conditions carefully, and with instruction to indicate assent if the user agreed to the terms. That the user would have to scroll through the text box of the Agreement to read it in its entirety does not defeat notice because there was sufficient notice of the Agreement itself and clicking “Yes” constituted assent to all of the terms [nos italiques]*²⁴⁷.

245 Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, [1997] JO, L 178 à la p 19.

246 *Content Services*, supra note 244 au para 33.

247 *Feldman*, supra note 154 aux pp 21–22.

Dans la perspective du bénéficiaire de la divulgation, c'est-à-dire le cocontractant, deux principales caractéristiques ressortent : premièrement, les tribunaux répètent la référence à la personne *raisonnable, prudente*, comme signalée précédemment dans l'affaire *Hubbert*²⁴⁸. Il s'agit de déterminer si, placée dans les mêmes circonstances, une personne raisonnable et prudente aurait eu connaissance des CGV/CGU. Ce test est conduit indépendamment du fait que le cocontractant ait pu cliquer sur une icône pour indiquer son acceptation des conditions²⁴⁹. L'exemple des hyperliens est instructif : *Hubbert* se fie sur la capacité que l'on a de discerner clairement ce qui est évident, c'est-à-dire le bon sens, pour apprécier les compétences techniques élémentaires du cocontractant, notamment si ce dernier est conscient au fait du fonctionnement des liens hypertextes. L'arrêt fait le constat qu'une personne, utilisant un ordinateur ou Internet²⁵⁰, apprend rapidement que plus d'informations sont disponibles en cliquant sur un lien hypertexte. Quand, en plus, cette dernière est expressément invitée à cliquer et suivre ce lien afin d'être informée des conditions applicables à la transaction qu'elle s'apprête à conclure, il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elle y voit, pour peu qu'elle soit prudente²⁵¹. Dans son arrêt du 23 mars 2012, la Cour d'appel de Pau insiste autant sur les compétences techniques du cocontractant. Elle envisage exactement la prise de connaissance des CGU sur un écran d'ordinateur ou de téléphone portable à l'égard de l'*internaute français de compétence moyenne*²⁵².

Les tribunaux recherchent, deuxièmement, une connaissance des CGV/CGU qui soit *réelle*²⁵³, qu'ils constatent notamment à partir des documents échangés par les parties²⁵⁴, à moins qu'elle soit admise par le cocontractant²⁵⁵. La connaissance peut cependant être présumée²⁵⁶, comme lorsque le cocontractant utilise de façon répétée le site Web de l'offrant. Le cas ressort dans l'affaire *Cairo*. Mentionnons déjà que l'utilisation dans ce cas n'implique aucune intervention humaine directe, mais est attribuée à des robots Web, des moteurs de balayage²⁵⁷. Plus exactement, les parties opèrent dans la cybermercatique. CrossMedia Services (ci-après CMS) avertit qu'en utilisant son site Web, les usagers acceptent ses CGU, qui sont

248 *Hubbert*, *supra* note 122. Voir aussi *PDC Laboratories*, *supra* note 204.

249 *Specht District*, *supra* note 48 ; *Guadagno v E*Trade Bank*, 592 F Supp (2d) 1263 (Cal CD 2008) ; *Defontes*, *supra* note 206.

250 *Major*, *supra* note 122 à la p 230.

251 *Hubbert*, *supra* note 122.

252 CA Pau, 23 mars 2012, *Sébastien R c Facebook* (disponible sur Legalis).

253 Voir notamment *AV v iParadigms*, 544 F Supp (2d) 473 (Va E Dist Ct 2008) (infirmé en partie en appel sur d'autres motifs).

254 Voir notamment *PDC Laboratories*, *supra* note 204 ; *Grosvenor*, *supra* note 223 ; *Southwest Airlines*, *supra* note 201.

255 Voir par ex *Register.com*, *supra* note 101 ; *People v Direct Revenue LLC*, 2008 WL 1849855 (NY Sup Ct 2008) ; *Century*, *supra* note 192.

256 Voir notamment *Feldman*, *supra* note 154 ; *Cvent Inc*, *supra* note 200 ; *Specht District*, *supra* note 48.

257 *Cairo*, *supra* note 183. Voir aussi Nancy Kim, *Wrap Contracts – Foundations and Ramifications*, New York, Oxford University Press, 2013 aux pp 94 et s.

accessibles par hyperlien. CMS accuse *Cairo* d'avoir enfreint ces conditions, d'une part, parce qu'elle a utilisé ses contenus à des fins commerciales. D'autre part, elle lui reproche de s'être servie de robots Web et d'avoir tissé des liens profonds vers lesdits contenus. Il est admis que les moteurs de balayage en cause n'ont pas la capacité de lire, encore moins d'apprécier la portée juridique d'éventuelles CGU incorporées aux sites Web qu'ils visitent. Ils n'ont pas non plus les moyens de rapporter l'existence de ces conditions à *Cairo*.

Certes, la clause de *Browse-Wrap* de CMS stipule que l'utilisation de son site Web vaut acceptation des CGU, mais pour alléguer l'existence du contrat, il faut pouvoir dépasser l'intermédiation des robots et attribuer cette acceptation à *Cairo*²⁵⁸. Or la préoccupation n'est pas difficile pour la Cour de district des États-Unis pour le District nord de la Californie, quoique *Cairo* ait appuyé qu'elle n'a pas été au courant des CGU et ne les a jamais acceptées. L'argumentaire de la Cour est précis : elle rappelle que la divulgation des clauses du contrat est essentielle à la formation du contrat. Dans la perspective du cocontractant, la divulgation doit entraîner la connaissance des clauses du contrat. Cette connaissance doit bien sûr être réelle. Mais elle peut être implicite, présumée, compte tenu du contexte²⁵⁹. En l'espèce, la Cour considère que l'utilisation répétée du site Web fait présumer la connaissance des CGU. Le recours aux robots n'est pas de nature à empêcher la formation du contrat, qui reste acquise entre les parties juridiquement capables de contracter :

Moreover, Cairo's repeated and automated use of CMS's web pages can form the basis of imputing knowledge to Cairo of the terms on which CMS's services were offered even before Cairo's notice of CMS's cease and desist letter. [...] Thus, even accepting Cairo's allegation that it did not explicitly agree to CMS's Terms of Use, the Court finds that Cairo's use of CMS's web site under circumstances in which Cairo had actual or imputed knowledge of CMS's terms effectively binds Cairo to CMS's Terms of Use and the forum selection clause therein [notes omises]²⁶⁰.

Il est possible de récapituler ces formalités en soumettant que le seuil de notification est atteint à partir du moment où le contrat (c'est-à-dire les CGV/CGU et les clauses spécifiques) est suffisamment évident pour qu'une personne raisonnable et prudente en ait une connaissance sinon réelle, du moins implicite²⁶¹. Sans doute le législateur québécois avait-il eu cette vision quand il a formalisé la manière dont, dans le contrat à distance, les renseignements précontractuels

258 *Cairo*, *supra* note 183 à la p 7.

259 Voir également *Hines v Overstock.com inc*, 668 F Supp (2^e) 362 aux pp 366–67 (NY Dist Ct 2009).

260 *Cairo*, *supra* note 183 aux pp 7–8. Voir aussi *Vernon*, *supra* note 121 à la p 1149.

261 Voir par ex *Jerez*, *supra* note 206.

(incluant inévitablement les CGV/CGU) doivent être divulgués au consommateur avant la conclusion du contrat. Il va plus loin en rapatriant également ici les fonctions d'impression et de conservation utilisées ailleurs pour établir l'équivalence avec le papier²⁶² :

Le commerçant doit présenter ces renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur; lorsqu'il s'agit d'une offre écrite, il doit présenter ces renseignements de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver et les imprimer sur support papier²⁶³.

Finalement, tenant les autorités exposées ci-dessus, les exemples ou les rituels qu'elles ont appréciés et, surtout, la perspective du commerce électronique mobile, nous explorons l'alternative que pourraient offrir les pictogrammes dans la divulgation et la prise de connaissance des clauses du contrat électronique.

2. L'utilité de l'iconographie

S'il fallait simplement définir la manière de réaliser la divulgation requise, il suffirait de renvoyer aux processus contractuels électroniques confirmés en jurisprudence²⁶⁴, en rejetant sur le cocontractant le fardeau de prendre connaissance du contrat *ex ante*, de le lire. Or ce message a beau être martelé et les processus reconnus éventuellement répétés, les faits sont inflexibles : plusieurs types de contrats, dont ceux de l'industrie du logiciel, comprennent en moyenne 2 300 mots²⁶⁵; alors même que les consommateurs doivent s'engager en connaissance de cause, la vaste majorité ne lit pas le contrat²⁶⁶ et à peine une frange de 5 % est susceptible de le faire quand, pour accéder au contrat, elle doit cliquer sur un hyperlien (par exemple en *Browse-Wrap* ou en *Click-Wrap* hybride)²⁶⁷; l'utilisation des rituels de *Pure Browse-Wrap* est de l'ordre de 88 %²⁶⁸; les conditions de divulgation des clauses du contrat infléchissent difficilement la tendance à ne pas lire : « No matter how prominently EULAs [End User License Agreement] are disclosed, the vast majority of shoppers do not take the time to read them »²⁶⁹. Il y a ici une question bien simple, mais ô combien congrue : le consommateur peut-il être éclairé, informé, sans avoir à lire

262 Voir ci-dessus à la section III(A)1).

263 *LPC*, *supra* note 18 art 54.4. Voir aussi Kablan et Oulaï, *supra* note 177 aux pp 651 et s.

264 Voir la discussion plus approfondie concernant la jurisprudence ci-dessus à la section III(B)1).

265 Marotta-Wurgler, *supra* note 149 à la p 107, citant RW Bailey et L M Bailey « Reading Speeds Using RSVP: User Interface Update » *UI Design Newsletter* (1999), en ligne : <<http://www.humanfactors.com/library/feb99.asp>>.

266 Voir par ex Shmuel I Becher et Esther Unger-Avira, « The Law of Standard Form Contracts: Misguided Intuitions and Suggestions for Reconstruction » (2010) 8:3 DePaul Bus LJ 199 aux pp 212–23.

267 Hillman, *supra* note 149 à la p 14.

268 Mann et Siebeneicher, *supra* note 125.

269 Marotta-Wurgler, *supra* note 149 à la p 109.

le contrat ? La professeure Marotta-Wurgler soulève cette interrogation et examine la solution d'instruire le consommateur en amont à partir de sources externes, par exemple des blogues qui se spécialisent à dénoncer les clauses douteuses. Par la suite, elle rejette cette solution. Elle a aussi écarté la proposition de se fier à la réputation de l'offrant, qui n'inclinerait à la lecture que dans les contextes où ce dernier serait peu ou pas connu²⁷⁰.

Pour éclairer ou informer le consommateur sans qu'il ait à lire un texte de quelque 2 300 mots exprimant ses droits et obligations, il est peut-être indiqué de recourir à des pictogrammes. L'idée est notamment empruntée au droit des transports où, en matière de signalisation routière, il est admis que le texte soit remplacé par des symboles ou des pictogrammes²⁷¹ sans que l'inobservance des messages échappe à la rigueur de la loi²⁷². Il y a aussi l'exemple du *Règlement sur les produits chimiques et contenants de consommation*²⁷³ mais surtout, l'usage des Incoterms en droit du commerce international et le précédent des licences *Creative Commons* (ci-après « licences CC »). Il est vrai que les Incoterms n'évoquent pas directement l'iconographie, mais la pensée sous-jacente n'est pas moins attrayante. Le contexte du commerce international partage en effet avec celui du commerce électronique quelques similitudes dont la rapidité des opérations et la nécessité de fixer simplement, bien qu'avec précision, les responsabilités et les obligations des parties²⁷⁴. Les termes normalisés adoptés par la Chambre de commerce internationale tentent de gérer ces impératifs (pour ce qui est notamment du transfert des risques, des frais ou des documents d'exportation ou d'importation). Chaque terme est exprimé par un ensemble de trois lettres (suivi des lieux de transferts) auxquelles les opérateurs du commerce international reconnaissent une signification spécifique. La version 2010 des Incoterms compte ainsi 11 termes : EXW – FCA – CPT – CIP – DAT – DAP – DDP – FAS – FOB – CFR – CIF. En pratique, en choisissant le terme « DAT » (*Delivered At Terminal* ou rendu au terminal), les parties conviennent de ce qui est ici résumé : le vendeur est responsable de conclure un contrat de transport, d'organiser et de payer les frais de déchargement de la marchandise au point de destination, dans les délais prévus ; le transfert de risque s'opère quand la marchandise est à la disposition de l'acheteur ; l'acheteur est tenu des formalités, droits et taxes d'importation.

Plus proches encore et commodément applicables aux terminaux de communication mobiles, sont les licences CC. Les promoteurs ciblent quatre options que le titulaire des droits d'auteur peut utiliser afin d'informer à l'avance

270 *Ibid* aux pp 110–11.

271 Voir par ex *Charte de la langue française*, LRQ c C-11, art 22, al 2.

272 Voir aussi RRQ 1981, c C-24.2, r 41, art 1.

273 DORS/2001-269, art 39(1)–(2), 46(1)–(3), 54(1)–(4), 59.

274 Pierre-Alain Gourion et Georges Peyrard, *Droit du commerce international*, 2^e éd, Paris, LGDJ, 1997 aux pp 116–17. Voir aussi Vincent Heuzé, *Traité des contrats : La vente internationale de marchandises*, par Jacques Ghestin, Paris, LGDJ, 2000 aux pp 225 et s.

L'acceptation entre mutations et orthodoxie

des conditions auxquelles son œuvre est soumise : (1) attribution (obligation pour les utilisateurs de créditer le titulaire); (2) pas d'utilisation commerciale (les utilisateurs peuvent reproduire, diffuser ou modifier l'œuvre pour des fins autres que commerciales); (3) partage dans les mêmes conditions (obligation de publier les adaptations de l'œuvre sous les conditions initiales); (4) pas de modification (seules la reproduction et la diffusion de l'œuvre sont permises)²⁷⁵. En fait, ces options sont combinées, donnant six licences distinctes exprimées en autant d'ensembles de pictogrammes qui traduisent d'une manière graphique le message que tente de véhiculer (y compris sur des téléphones mobiles) des licences excédant aisément les 2 000 mots (Tableau 1)²⁷⁶.

Tableau 1
Exemple des licences *Creative Commons*²⁷⁷

					
Attribution (CC BY)	Attribution, partage dans les mêmes conditions (CC BY-SA)	Attribution, pas de modification (CC BY-ND)	Attribution, pas d'utilisation commerciale (CC BY-NC)	Attribution, pas d'utilisation commerciale, partage (CC BY-NC- SA)	Attribution, pas d'utilisation commerciale, pas de modification (CC BY-NC- ND)
2 013 mots	2 207 mots	1 978 mots	2 094 mots	2 289 mots	2 060 mots

Dans leur étude, R. Mann et T. Siebeneicher ont déterminé qu'en commerce électronique, les conditions générales types comprennent trois séries de clauses : les premières clauses sont relatives à l'utilisation du site du cybercommerçant; les secondes concernent les achats; les dernières encadrent la modification et l'application du contrat. Les auteurs dressent la liste des clauses suivantes²⁷⁸ sans prétendre à l'exhaustivité :

275 Creative Commons, « Examples of Creative Commons License Use », en ligne : <<http://creativecommons.org/examples/>>.

276 Creative Commons, « Creative Commons Attribution, Pas d'Utilisation Commerciale, Partage à l'Identique », en ligne : <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/fr/legalcode>> (La licence utilisée par Creative Commons donne un exemple du nombre de mots susceptible d'être inclus dans une licence du type attribution, pas d'utilisation commerciale).

277 Creative Commons, « About The Licenses », en ligne : <<http://creativecommons.org/licenses/>> (Les pictogrammes sont tirés de Creative Commons et la computation des mots est faite à partir des codes juridiques, version International Public License 4.0, en anglais, pour chaque type de licence) [Creative Commons].

278 Mann et Siebeneicher, *supra* note 125 à la p 995.

A. Clauses relatives à l'utilisation du site Web

- 1) Conduite en ligne
- 2) Portée du contrat
- 3) Propriété du contenu
- 4) Droits des tiers
- 5) Droits
- 6) Sécurité
- 7) Politique de confidentialité
- 8) Exclusion de responsabilité

B Clauses relatives aux achats

- 1) Politique de retour
- 2) Garanties
- 3) Limitations de responsabilité
- 4) Exclusion de responsabilité

C. Clauses relatives à la modification et à l'application du contrat

- 1) Loi applicable
- 2) Tribunal compétent

La conduite en ligne (clause A1) peut être gérée par les usages, les principes de bon voisinage de l'Internet, précisément la Nétiquette dont les tribunaux ont déjà reconnu le caractère exécutoire²⁷⁹. Il faudra en définir une icône représentative. Les icônes des licences CC pourraient valablement exprimer les clauses A2 à A5 concernant les droits de propriété intellectuelle. Quant aux préoccupations de confidentialité relatives aux renseignements personnels (clause A7, voire A6), elles font l'objet de la *Mozilla Privacy Icon Approach*, notamment discutée en 2010 sous l'égide du *World Wide Consortium*²⁸⁰. Le projet est mené par A. Raskin et propose huit icônes cernant les principaux enjeux du domaine. Ces pictogrammes peuvent très certainement être pris en compte dans une éventuelle version iconographique des CGV/CGU, laquelle il faudra compléter en élaborant des pictogrammes du même genre (par souci d'homogénéité) pour couvrir l'ensemble des clauses du contrat électronique type. Il nous semble possible d'ébaucher ces pictogrammes

279 Voir par ex *1267632 Ontario v Nexx Online*, (1999) 45 OR (3^e) 40, 46 BLR (2^e) 317; Trib gr inst Rochefort sur Mer, 28 février 2001, *Christophe G c Société France Télécom Interactive* (disponible sur Legalis).

280 Aza Raskin, « The Platform for Privacy Preferences », W3C Workshop on Privacy for Advanced Web APIs, présenté à Londres, 12 et 13 juillet 2010 [non publié], en ligne : <<http://www.w3.org/2010/api-privacy-ws/report.html>>.

complémentaires à partir des usages contractuels, en faisant quelques distinctions d'ordre pratique pour en faciliter l'appropriation : on déterminera, par exemple, que les pictogrammes sur fond dominé par des nuances noires et grises pourraient énoncer les conditions relatives à l'utilisation du site Web ou de l'infrastructure transactionnelle de l'offrant ou du commerçant ; ceux sur fond rouge foncé fourniraient les renseignements pertinents relatifs aux achats de biens ou de services ; enfin, les icônes sur fond bleu traiteraient des clauses de prévention et de règlement des différends. En pratique, mis à part les pictogrammes typifiant les règles impératives, le commerçant aurait le choix de la série de pictogrammes qui devront ultimement exprimer les droits et obligations du cocontractant. Les icônes sélectionnées s'afficheraient sur la page de commande, en même temps que les clauses spécifiques au bien ou au service concerné. Les deux séries de clauses (clauses générales exprimées par les pictogrammes et clauses spécifiques) feraient ainsi l'objet d'une acceptation unique de la part du cocontractant. Les tableaux 2 à 7 ci-après résument la proposition, avec les références pertinentes.

Tableaux 2 à 7 Ébauche d'une version iconographique des CGV/CGU

Les clauses relatives à l'utilisation du site Web

- La conduite en ligne

	Adhésion aux règles de la Nétiquette.
---	---------------------------------------

- La propriété du contenu / Les droits des tiers²⁸¹

	Attribution (CC BY).
	Attribution, partage dans les mêmes conditions (CC BY-SA).

281 Creative Commons, *supra*, note 277 (Les pictogrammes de cette section sont ceux des licences).

	Attribution, pas de modification (CC BY-ND).
	Attribution, pas d'utilisation commerciale (CC BY-NC).
	Attribution, pas d'utilisation commerciale, partage (CC BY-NC-SA).
	Attribution, pas d'utilisation commerciale, pas de modification (CC BY-NC-ND).

- **La politique de confidentialité – Les renseignements personnels**²⁸²

	Les données sont utilisées dans le but pour lequel elles sont fournies.
	Les données collectées peuvent être détournées de leur but premier.
	Pas d'utilisation commerciale directe ou indirecte.
	Utilisation commerciale possible – Option de retrait (Opt-Out).
	Partage des données seulement si contrainte légale.

282 Ben Moskiwitz et Michael Nieling, « Privacy Icons project (beta release) » (15 juin 2011), en ligne : <https://wiki.mozilla.org/Privacy_Icons> (Les pictogrammes de cette section sont ceux du projet *Mozilla Privacy Icon Approach*).

	Partage des données, y compris en dehors de toute obligation légale.
	Destruction des données dans les 3 mois de la collecte.
	Stockage des données pour une durée indéfinie.

- **La responsabilité quant au contenu du site Web**

	Déclaration de garantie quant au contenu du site web.
	Contenu du site web fourni « tel quel », sauf indication contraire.
	Contenu du site web fourni « tel quel ».
	Déclaration d'exactitude concernant les prix affichés.

Les clauses relatives au contrat en ligne (formation et exécution)

	Le commerçant fait une offre de contracter.
	Le cocontractant peut résoudre le contrat dans les 7 jours de la livraison.

	Le cocontractant peut retourner le bien dans les 20 jours de la livraison.
	Le cocontractant ne jouit d'aucun droit de retour.
	Délai de rétrofacturation fixé à 15 jours.
	Déclaration de garantie concernant le bien / service faisant l'objet du contrat.
	Le bien / service faisant l'objet du contrat est fourni « tel quel », sauf indication contraire et dans les limites permises.
	Le bien / service faisant l'objet du contrat est fourni « tel quel ».

Les clauses relatives à la prévention et au règlement des différends

	Compétence attribuée aux lois du Québec.
	Compétence attribuée aux tribunaux du Québec.
	Compétence aux lois et aux tribunaux du lieu de résidence du consommateur.
	Les parties prévoient recourir au compromis.

IV. CONCLUSION

Il s'est affiché sur les emballages, les écrans d'ordinateur, maintenant sur les écrans de terminaux de communication mobile. Le contrat, dans sa formation, a vacillé entre *Box-Top / Shrink-Wrap*, *Click-Wrap*, *Browse-Wrap*, *Click-Wrap* hybride, *Hyperwrap* ... Peu osent pour l'heure introduire le *Tap-Wrap* pour nommer le rituel d'acceptation dans le commerce mobile. Il faut bien pourtant *toucher* l'écran des terminaux de communication mobile pour activer d'éventuelles icônes de commande, plutôt que cliquer.

Le contrat électronique paraît pourtant tout garder des principes fondamentaux du contrat traditionnel, comme l'a voulu le législateur en tenant, par exemple, la règle de l'échange de consentement. Les tribunaux qui ont examiné la transposition de cette règle ont insisté sur l'information du cocontractant, sur la divulgation préalable des clauses contractuelles : il faut éclairer cette partie, peu importe le médium qu'elle utilise et le rituel ou le geste qui doit marquer son acceptation, qu'il soit ou non réputé exprès. La divulgation est déterminante. L'accord de volonté en dépend. Nous soumettons que les pictogrammes peuvent permettre de satisfaire à cet impératif, avec un double avantage. Non seulement l'iconographie permet-elle de fournir l'information pertinente d'une manière évidente pour la personne raisonnable, en commerce électronique classique ou sur les terminaux de communication du commerce nomade, mais elle en favorise la prise de connaissance effective, y compris par les cocontractants et surtout les consommateurs à faible littératie. Malgré tout, peut-être l'intervention du législateur sera-t-elle nécessaire comme en sécurité routière, pour affirmer l'équivalence entre les versions textuelle et iconographique des clauses contractuelles de peur, notamment, d'être rattrapés par les débats sur les clauses externes. En matière consumériste, cette intervention ne devrait pas rendre inutile la contribution de l'industrie et des associations et organismes de protection des consommateurs dont l'implication aura l'avantage d'asseoir le précieux consensus indispensable à l'appropriation et à la mise en œuvre de la réforme. Pareille concertation, la plus large possible, peut permettre d'éviter certains écueils des Incoterms, comme la confusion que crée la coexistence des versions américaine et internationale. En pratique, il suffirait de rendre accessibles en téléchargement les pictogrammes à l'égard desquels le consensus aura été atteint, de manière à en permettre la libre utilisation par tout pollicitant. Au Québec, la coordination de l'ensemble du processus (y compris la publication des versions des pictogrammes en vigueur et leurs équivalents textuels) pourrait échoir à l'Office de la protection du consommateur. Les sanctions, elles, resteront en partie du ressort des consommateurs qui auront l'option de transiger ailleurs, sur des sites Web divulguant des conditions contractuelles de manière suffisamment évidentes pour qu'une personne raisonnable et prudente en ait une connaissance sinon réelle, du moins implicite.