

ANNEXE C

COMPÉTENCES LÉGISLATIVES ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Lynn Romeo, Manitoba

Karen Pflanzner, Saskatchewan

**LA DÉTERMINATION DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE
DANS LES TRANSACTIONS TRANSFRONTALIÈRES ENTRE
MARCHANDS ET CONSOMMATEURS:**

UN DOCUMENT DE CONSULTATION

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL MIXTE CHLC – CMC

Introduction:

[1] Le commerce électronique ou l'achat et la vente de biens et de services en ligne changent la physionomie du marché. Bien que les chiffres concernant le commerce électronique varient considérablement, sa croissance est exponentielle.¹ En raison du nombre croissant de transactions transfrontalières, il est important qu'un cadre juridique adapté aux transactions commerciales sur Internet suive des principes cohérents qui mènent à des solutions prévisibles quelle que soit la juridiction dans laquelle l'acheteur ou le vendeur réside.

[2] Dès lors qu'un litige s'étend au-delà des frontières, impliquant donc plus d'un territoire, se posent les questions de savoir quel tribunal a compétence afin d'entendre le litige (le choix du forum) et quelle loi s'applique à son règlement (choix de la loi).

[3] Bien que les transactions commerciales, qu'elles soient menées électroniquement ou autrement, soient assujetties aux règles traditionnelles concernant la question de compétence juridictionnelle, les règles traditionnelles reposent sur des principes territoriaux.

[4] Le commerce électronique ne requiert plus nécessairement une présence physique dans un territoire pour pouvoir fournir des biens ou des services aux consommateurs dans ce territoire. L'Internet diminue ou élimine grandement le besoin d'un contact physique entre les parties. Les biens et les services sont fournis au-delà des limites juridictionnelles.

La nécessité d'une nouvelle approche

[5] Le commerce électronique peut être bénéfique à la fois aux consommateurs et aux commerçants. Cependant, à défaut de cadre juridique défini, les consommateurs auront moins confiance lorsqu'ils magasineront sur Internet ce qui pénalisera son développement. La confiance est importante pour la croissance du commerce électronique. Il y a un réel besoin, à la fois pour les consommateurs et les commerçants, d'avoir une sécurité juridique en ce qui a trait aux règles de compétence juridictionnelle pour les transactions par Internet.

[6] Le choix du forum et celui de la loi applicable ont des conséquences pratiques pour les consommateurs et les commerçants qui font affaires sur Internet. Si un consommateur reçoit des biens défectueux, il aura besoin de savoir où il peut poursuivre le détaillant et quelle loi va s'appliquer à son action. D'un autre côté, les vendeurs veulent savoir dans quelles juridictions ils peuvent être sujets à des procédures judiciaires et à quelles lois sur la protection du consommateur ils doivent se conformer.

.....
¹Association du Barreau Américain (American Bar Association). «London Meeting Draft: Achieving Legal and business Order in Cyberspace – A report on Global Jurisdiction Issues Created by the Internet.» (American Bar Association Global Cyberspace Jurisdiction Project). [n.d.] p. 1. American Bar Association Network. Disponible en ligne à: <http://www.abanet.org/buslaw/cyber/initiatives/draft.rtf>; et Tasse, p. 1.

[7] Le commerce électronique entraîne tous les risques et bénéfices du commerce traditionnel, ceux-ci étant rendus plus complexes en raison de l'utilisation d'ordinateurs et des technologies de communication. L'insécurité est un obstacle à l'activité économique. Étant donné les défis uniques que présentent les transactions qui ont lieu sur Internet, il est important de savoir si les règles traditionnelles de compétence juridictionnelle devraient être appliquées ou adaptées aux litiges sur Internet.

Les règles traditionnelles de compétence juridictionnelle en droit canadien

1. Choix du forum

[8] Au Canada, la compétence juridictionnelle dépend de l'existence de liens de rattachement entre:

- a) le territoire ou le système légal d'une juridiction; et
- b) une partie à une action ou les faits sur lesquels l'action est basée.²

[9] Les principes traditionnels demandent à ce que l'on détermine d'abord la compétence d'un tribunal et, ensuite, d'examiner les situations dans lesquelles un tribunal peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'il serait plus approprié de faire entendre l'affaire dans une autre juridiction.

La compétence pour connaître du litige

Droit civil

[10] Dans la province de Québec, le *Code civil du Québec* établit des règles qui permettent de déterminer si un tribunal a compétence afin de connaître un litige.

[11] L'article 3148 du *Code civil du Québec* se lit comme suit:

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants:
- 1) Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;
 - 2) Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;
 - 3) Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;
 - 4) Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;
 - 5) Le défendeur a reconnu leur compétence.

²*Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des actions*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Disponible en ligne à: <http://www.ulcc.ca/en/us/index.cfm?sec=1&sub-1c4>.

[12] Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

[13] L'article 3149 du *Code civil du Québec* se lit comme suit:

3149. Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

Common law

[14] Bien que les principes de détermination de la compétence d'un tribunal pour connaître d'un litige diffèrent actuellement de province à province, les tribunaux se reconnaissent régulièrement compétents hors des limites de leur territoire.³ En général, dans les juridictions de *common law*, les tribunaux sont compétents à connaître d'une action qui est instituée contre une personne lorsque:

- la personne soumet l'action à la compétence du tribunal en cours de procédure;
- la personne est demanderesse dans une autre action devant le tribunal lorsque l'action en question est une demande reconventionnelle;
- il y a accord entre le demandeur et le défendeur à l'effet que le tribunal a compétence pour connaître l'action;
- la personne est généralement résident de la province ou du territoire au moment du commencement des procédures; ou
- il y a un lien réel et substantiel entre la province ou le territoire et les faits qui sont à l'origine de l'action contre cette personne.

.....
³La *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des actions* propose de remplacer ces différentes règles sur la compétence juridictionnelle par une série de normes uniformes pour la détermination de la compétence juridictionnelle. La Loi uniforme « donnerait aux règles de compétence juridictionnelle une forme statutaire expresse au lieu de les laisser sous formes implicites dans chaque réglementation des provinces pour la signification des actions. Dans la grande majorité des cas, cette loi donnerait le même résultat que la loi existante, mais les principes sont exprimés dans des termes différents. » Commentaires introductifs, paragraphe 0.2.

Lien réel et substantiel

[15] Pour qu'un tribunal puisse avoir compétence sur une personne qui ne réside pas habituellement dans son territoire et qui ne consent pas à la compétence du tribunal, un lien réel et substantiel doit exister.⁴ La Cour suprême du Canada a décidé qu'il y a des limites constitutionnelles à l'exercice de la compétence contre des personnes qui se trouvent hors de la province.⁵

[16] L'exigence du lien réel et substantiel permet de parvenir à un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Il offre une certaine protection contre le risque d'être poursuivi dans des juridictions qui ont peu ou pas de liens avec la transaction ou les parties.

[17] En déterminant si une action concernant des obligations contractuelles a ou non un lien réel et substantiel avec une juridiction, les tribunaux ont traditionnellement considéré différents facteurs tels que: la résidence respective des parties, le lieu de signature du contrat ou le lieu de l'exécution des obligations contractuelles, si le défendeur a conduit ses activités commerciales ou a eu d'autres affaires dans la province ainsi que d'autres facteurs similaires de rattachement.⁶ Le critère traditionnel de la conduite d'activités commerciales dans un territoire géographique déterminé est souvent pris en compte lors de l'examen des liens physiques de rattachement à la juridiction.⁷

Choix des clauses de compétence juridictionnelle

[18] Alors que les clauses d'élection du for sont généralement traitées avec une certaine déférence par les tribunaux canadiens, la seule présence d'une clause de compétence juridictionnelle, particulièrement dans un contrat impliquant un consommateur, n'est pas déterminante en ce propos.⁸ Les tribunaux ne sont pas tenus de donner effet à une clause exclusive d'attribution de compétence s'il y a une raison d'écarter le contrat entre les parties.⁹

[19] Les facteurs suivants ont été considérés par les tribunaux pour déterminer s'ils doivent invalider ou non les clauses contractuelles d'attribution de compétence: si le contrat est déraisonnable en raison du fait que la clause en question n'a pas été négociée de gré à gré, la manière dont le consentement a été obtenu, si le tribunal croit que l'une des parties cherche à exclure la compétence du tribunal qui a le lien de rattachement le plus étroit avec les parties et si la loi du pays étranger s'applique ainsi que les différences qui existent dans tous ces aspects avec la loi domestique.¹⁰

⁴*Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des actions*, voir paragraphe 3.2, qui suggère que la règle existante à l'effet que le tribunal a compétence lorsqu'une personne est appelée à comparaître dans le forum d'une province ou d'un territoire et qui permet au tribunal de retenir sa juridiction sur la seule base de la présence du défendeur, est une validité constitutionnelle douteuse.

⁵Dans *Hunt c. T & N* [1993] 4 C.S.C 289, [1993] S.C.J. No. 125, la Cour suprême du Canada conclut: « ...les tribunaux sont tenus, en vertu des contraintes constitutionnelles, de se déclarer compétents que s'il y a des liens réels et substantiels avec cet endroit » et dans *Morguard c. De Savoye* [1990] C.S.C. No. 135 (1990), la Cour suprême du Canada conclut « ...la retenue dans l'exercice par un tribunal de sa compétence était un prérequis pour la reconnaissance et l'exécution d'un jugement par défaut à travers le Canada ».

⁶Sookman, Barry B. *Sookman: Computer, Internet, and Electronic Commerce Law*, Vol.3. Toronto Carswell. 2002. P. 11-33.

⁷*Hunt c. T & N* [1993] 4 R.C.S. 289.

⁸*Rudder c. Microsoft Corp.* [1999] O.J. No. 3778.

⁹*Rudder c. Microsoft Corp.* [1999] O.J. No. 3778; et Geist, pp 45-50.

¹⁰Id. para, 18, 19 et 20; et Geist pp. 45-50.

[20] Il doit être noté que la législation sur la consommation dans certaines juridictions dispose que le consommateur ne peut renoncer à ses droits, y compris le droit du consommateur d'introduire une action devant le tribunal de sa juridiction.

Forum non conveniens

[21] Cependant, nonobstant le fait qu'un tribunal puisse décider de retenir sa compétence afin de connaître un litige, la cour n'est pas obligée de se reconnaître compétente. Selon la doctrine du *forum non conveniens*, un tribunal peut refuser d'exercer sa compétence au motif que le litige qui lui est soumis relèverait plutôt d'une autre juridiction. Bien que les provinces et les territoires du Canada reconnaissent le principe de *forum non conveniens*, les règles concernant l'application de cette doctrine ne sont pas élaborées en détail dans les législations applicables.¹¹

[22] L'article 3135 du Code civil du Québec, par exemple, prévoit simplement qu'un tribunal peut décliner cette compétence « si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige ».

[23] Afin de résoudre la question de savoir si un tribunal d'un autre État constitue un forum plus approprié pour connaître du litige, le tribunal doit prendre en compte les facteurs tels que:

- a) les inconvénients comparés et les dépenses encourues par les parties à l'action et par les témoins dans la poursuite devant le tribunal ou devant tout autre forum;
- b) la loi qui doit être appliquée aux questions de droit de l'action;
- c) l'avantage d'éviter de multiples procédures judiciaires;
- d) l'avantage d'éviter des conflits de décision devant différents tribunaux;
- e) l'exécution d'un jugement éventuel; et
- f) le fonctionnement juste et efficace du système juridique canadien dans son ensemble.¹²

Les litiges Internet

[24] Dans les situations qui mettent en jeu des activités Internet, les critères traditionnels pour déterminer si une action a un lien réel et substantiel avec une juridiction sont peu satisfaisants. Les tribunaux ont relevé que les transactions commerciales modernes sont conduites de plus en plus sans que les parties aient à se déplacer de leur place d'affaires afin de conclure des contrats et de mener plusieurs fonctions d'affaires et de services; ce qui peut rendre difficile la reconnaissance d'un lien réel et substantiel avec une juridiction.¹³

¹¹Le groupe Ogilvy Renault sur Internet. «Compétence juridique et l'Internet - Est-ce que les règles traditionnelles sont suffisantes?», juillet 1998. Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. 12 décembre 2001. Disponible en ligne à: <http://www.law.ualberta.ca/alri/ilc/current/ejurisd.htm>.

¹²Voir *Loi uniforme sur la compétence des tribunaux et le transfert des actions*, sous-paragraphe 11(2).

¹³*Craig Broadcast Systems Inc. c. Frank N. Magid Associates Inc.* (1998), 123 Man. R. (2d) 252.

[25] Les tribunaux ont eu recours à différents tests afin de déterminer s'ils ont compétence lors des litiges Internet. Certains tribunaux ont simplement appliqué les règles traditionnelles alors que d'autres ont essayé de développer de nouveaux tests afin de prendre en considération le caractère unique du commerce électronique.¹⁴

[26] En conséquence, on trouve peu de constance dans l'application des règles pour déterminer si un tribunal particulier a compétence relativement à un litige Internet. Par exemple, les tribunaux sont arrivés à des conclusions opposées, et dans certains cas contradictoires, quant au niveau d'interactivité requis pour que le tribunal puisse conclure que le défendeur a un lien suffisant avec le lieu de la compétence juridictionnelle. De nombreux commentateurs ont conclu que la loi actuelle est « incohérente, irrationnelle et incompatible ».¹⁵

[27] Étant donné la problématique unique que pose la question de compétence juridictionnelle sur Internet, des craintes ont été exprimées quant à la difficulté d'appliquer les règles traditionnelles pour déterminer le tribunal compétent dans le commerce électronique.¹⁶

2. Le choix de la loi

[28] La détermination des lois provinciales ou territoriales qui peuvent s'appliquer à un litige d'origine contractuelle peut également s'avérer très importante. Puisque les dispositions législatives concernant la protection du consommateur varient entre les provinces et les territoires,¹⁷ la loi applicable peut s'articuler différemment selon qu'il s'agit de contraventions ou non à la loi.

Droit civil

[29] Le livre Dixième du *Code civil du Québec* prévoit des règles concernant le droit international privé. Dans le cas d'un contrat de consommation, l'article 3117 se lit comme suit:

3117. Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue.

Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat.

En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation.

¹⁴Geist.

¹⁵Par exemple, Stravitz, Howard B. «Personal Jurisdiction in Cyberspace Something More is required on the Electronic Stream of Commerce.» 49 S.C.L. Rev 925, 939 (1998); et Tassé, page 10.

¹⁶Chissick, Michael et Alistair Kelman. *Electronic Commerce: Law and Practice*. 3^e Ed. London: Sweet & Maxwell. 2002. P. 122.

¹⁷Pour un compte rendu détaillé de la législation concernant la protection du consommateur au Canada, voir Tassé, Roger et Kathleen Lemieux. «La protection du consommateur et le commerce électronique», mars 1998. Bureau de la consommation. Disponible en ligne à: <http://www.strategis.ic.gc.ca/SGG/ca010031ee.html>.

Common Law

[30] À défaut du choix express par les parties de la loi applicable, les tribunaux ont généralement reconnu que la loi du contrat est la loi de la juridiction dans laquelle la transaction a son lien le plus étroit et le plus réel.¹⁸ Alors que les parties sont généralement libres de choisir la loi qui régit le contrat, ce choix sera sans effet lorsque la clause d'élection contrevient à la loi. De plus, les tribunaux ont également conclu que les parties ne devraient pas pouvoir s'exonérer des dispositions obligatoires de la loi de la juridiction avec laquelle la transaction a un lien le plus étroit et le plus réel.¹⁹

[31] Dans la détermination de la juridiction qui a le lien le plus réel et substantiel avec la transaction, le tribunal a traditionnellement considéré différents facteurs tels que le lieu de conclusion du contrat, le lieu de l'exécution des obligations, la terminologie juridique employée dans la rédaction du contrat, la devise dans laquelle le paiement doit être fait, la nature et le lieu de l'objet du contrat, le lieu de résidence des parties ou du siège social d'une compagnie qui est partie au contrat.

[32] La question du choix de la loi applicable soulève également d'importantes controverses dans le contexte des transactions par Internet faites par les consommateurs. La détermination du lieu et du moment où un contrat électronique est formé et celle de la loi qui régit ce contrat peuvent soulever des questions complexes. Les vendeurs en ligne ont besoin de savoir quelles lois ils doivent respecter et quelles sont les mesures de protection des consommateurs qui s'appliquent à la vente de leurs produits ou services. Les consommateurs ont également besoin de savoir quelles lois, de quelles juridictions, s'appliqueront aux transactions en ligne.

3. Conclusions

[33] Le cadre canadien actuel cause certaines insécurités juridiques pour les consommateurs mais également pour les commerçants quant à savoir quel tribunal a compétence pour connaître d'un litige et quelles lois provinciales ou territoriales devront régir le règlement du litige.

Développements Internationaux

[34] Étant donné la nature internationale du commerce électronique, les règles d'attribution de compétence juridictionnelle ne concernent pas seulement le niveau national. Alors que les questions internationales de compétence existaient avant l'émergence du commerce électronique, la nature transfrontalière d'Internet et sa croissance exponentielle ont porté l'importance des questions de compétence juridictionnelle à un plan plus élevé.

¹⁸Castel, J.G., *Canadian Conflict of Laws*, 4^e Ed. Toronto: Butterworths. 1997. P.596-98.

¹⁹Sookman page 10-35. *Bank of Montreal c. Snoxell* (1982), 143 E.L.R. (3d) 349.

[35] Ces récentes années, un certain nombre d'initiatives internationales ont été entreprises afin d'examiner les conflits éventuels de compétence et leur règlement.²⁰ Ces initiatives soulignent la nouveauté et la complexité des questions politiques et techniques qui accompagnent le commerce électronique ainsi que celles de la détermination de règles acceptables au niveau international pour la compétence juridictionnelle.

Les approches considérées

[36] Alors que l'on s'entend généralement sur le fait que le commerce électronique a besoin d'être sécurisé et de plus de prévisibilité, il n'y a pas de consensus général quant à l'approche qui devrait être adoptée.²¹

[37] Le sujet a soulevé un intérêt mondial et un débat continu. Pour un compte rendu plus détaillé de certaines initiatives internationales et nationales, voir l'Annexe I ci-joint. *[Non incluse. Disponible à l'adresse Internet suivante: [http://www.chlc.ca/fr/poam2/index.cfm? Voir « documents sur le droit commercial ».](http://www.chlc.ca/fr/poam2/index.cfm?Voir%20«%20documents%20sur%20le%20droit%20commercial%20»)]* En général, afin d'aborder les questions de compétence juridictionnelle dans les contrats de consommation, ces initiatives ont examiné les approches suivantes:

1. L'approche du pays de destination (ou règle de la destination)

[38] Une façon d'aborder le problème est de permettre aux consommateurs de toujours poursuivre dans la juridiction de leur domicile et d'invoquer les protections de leur propre loi. Selon cette approche, la compétence est seulement retenue par les tribunaux du territoire dans lequel les biens ou les services sont reçus.

[39] Les défenseurs des intérêts des consommateurs présentent cette approche comme étant la meilleure façon d'assurer aux consommateurs une protection et un accès réel à l'indemnisation.²²

[40] Les commerçants, par contre, ont exprimé leurs craintes à l'endroit de cette approche puisqu'ils seraient forcés de se défendre dans des actions introduites dans de multiples juridictions sans qu'il leur soit possible de restreindre l'étendue des revendications de compétence.²³

²⁰Par exemple, la Conférence de La Haye sur le Droit International Privé, l'Association du barreau américain, Internet Law and Policy forum, la Chambre internationale du commerce, Global Business Dialogue, la Commission des Nations Unies sur le droit du commerce international, l'Office mondial de la propriété intellectuelle et d'autres organisations étudient les questions de compétence juridictionnelle sur Internet.

²¹Rencontre d'Ottawa sur le commerce électronique et les questions internationales de juridiction, 28 février -1^{er} mars 2000. Document préparé avec la coopération de l'équipe en droit international du Ministère de la Justice du Canada. Document préliminaire no 12 du 12 août 2000, à l'attention de la dix-neuvième Session, p. 11. En ligne. Disponible à: <http://www.eptech.org/ecom/jurisdiction/hague.html>.

²²Voir, par exemple, Consumers International <http://www.consumersinternational.org>.

²³Voir, par exemple, la Chambre internationale de commerce. «Jurisdiction and Applicable Law in Electronic commerce» 6 juin 2001. La Chambre internationale de commerce. Disponible en ligne à: <http://www.iccwbo.org/>.

2. L'approche du pays d'origine (la règle du pays d'origine)

[41] Une autre façon d'envisager la question est de toujours retenir la compétence du pays du vendeur. Cette règle assujettirait les commerçants uniquement aux lois et aux tribunaux de leur propre pays. La compétence serait exercée uniquement par les tribunaux du lieu de l'origine de la transaction.

[42] Cette approche répond aux préoccupations principales des commerçants et, plus précisément, celles concernant la création d'un environnement juridique prévisible et de réduction des coûts de mise en conformité.²⁴

[43] Cependant, cette approche soulève de sérieuses inquiétudes d'un point de vue du consommateur. Les groupes de consommateurs soutiennent que l'adoption de l'approche du pays d'origine risquerait de remettre en cause la protection du consommateur. Les groupes de consommateurs notent que cette approche inciterait les commerçants à conduire leurs activités à partir des juridictions plus laxistes au regard de la protection du consommateur. Le résultat, une course vers le niveau de protection le plus bas, causerait préjudices aux consommateurs et, en fin de compte, altérerait la confiance du consommateur dans le commerce électronique.²⁵

3. L'approche de la désignation par le vendeur

[44] Une variante à la règle du pays d'origine est de soumettre les commerçants aux lois ou aux tribunaux de la juridiction prévue au contrat. Cette approche laisserait aux clauses contractuelles la détermination de la loi et du forum telles que dictées par le vendeur afin d'outrepasser les protections essentielles dont bénéficient les consommateurs dans le pays de leur domicile ou leur droit de poursuivre devant un tribunal local.

[45] Encore une fois, alors que cette approche est préférée par les commerçants, les consommateurs soutiennent que cette solution altérerait la confiance du consommateur dans le commerce électronique.

4. L'approche par déférence

[46] Une autre variante à l'approche du pays d'origine est celle qui consiste à s'en remettre aux lois désignées par le commerçant en autant qu'elles offrent un niveau de protection générale adéquate et ne dérogeraient pas aux protections fondamentales du consommateur.

[47] Cependant, cette approche apparaît difficile, voire impossible, à mettre en œuvre. Ceci requerrait d'arriver à un accord de base sur les normes à suivre dans l'exercice de cette déférence. Un tribunal ou une autorité réglementaire devrait ensuite analyser les lois de chaque juridiction afin de vérifier si elles rencontrent ces normes. La tâche serait extrêmement contraignante et requerrait une évaluation continue.²⁶

²⁴États-Unis. Commission du commerce fédérale des États-Unis (*Federal Trade Commission*). Bureau of Consumer Protection. «Consumer Protection in the global Electronic Marketplace: Looking Ahead.» Septembre 2000.

²⁵Consumers International.

²⁶Commission du commerce fédérale (*Federal Trade Commission*).

5. L'approche par «cible»

[48] Une autre façon d'aborder la question est d'adopter une règle de compromis qui fait appel à la notion de cible²⁷. L'approche par « cible » établit la présomption selon laquelle si le vendeur a spécifiquement ciblé un acheteur dans une juridiction particulière, les tribunaux de cette juridiction devraient exercer leur compétence.

[49] Une des difficultés que cette approche soulève est de déterminer ou de convenir ce que constitue la cible. Par exemple, est-ce que les efforts pour empêcher l'accès aux consommateurs à un site par l'emploi de notices, de clauses de non-responsabilité ou d'autres mécanismes technologiques pour bloquer ou filtrer les entrées au site permettraient aux vendeurs en ligne d'échapper à l'attribution de compétence juridictionnelle?

L'approche adoptée par l'Union européenne

[50] Alors qu'un certain nombre d'initiatives internationales sont actuellement à l'étude, l'Union européenne a récemment adopté de nouvelles règles concernant les questions de compétence juridictionnelle dans le contexte du commerce électronique.

Le Règlement de Bruxelles

[51] Pour toute action instituée après le 1^{er} mars 2002, le Règlement de Bruxelles remplacera la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale (1968).

[52] Les changements introduits par le Règlement de Bruxelles fournissent des règles uniformes pour déterminer quel tribunal a compétence pour décider des litiges relativement à des contrats conclus par Internet. La règle de base pour l'attribution de la compétence juridictionnelle établie par le Règlement de Bruxelles est que le défendeur doit être poursuivi dans l'État où il a son domicile. Cependant, le Règlement prévoit des règles particulières pour les contrats de consommation en ce sens qu'elles prévoient, dans le cas des contrats de consommation, que le critère déterminant est celui de savoir si le vendeur en ligne dirige ses activités vers l'État du consommateur.

[53] Lorsqu'un vendeur en ligne dirige ses activités vers l'État du consommateur, le consommateur aura le droit de poursuivre le vendeur dans l'État du domicile du consommateur à moins que le consommateur choisisse de poursuivre le vendeur dans le pays du vendeur.

[54] Le Règlement de Bruxelles a été critiqué par de nombreux groupes de commerçants. Pour s'opposer au Règlement, les groupes de commerçants ont soutenu que le Règlement va mener à la mise en cause des vendeurs en ligne dans des litiges réglementés par les lois de pays les plus contraignantes ce qui conduirait à la paralysie des entreprises vu le risque juridique que représente l'aléa d'être assujéti aux lois de tous les États membres.

²⁷Geist.

[55] Au moment où la réglementation fut adoptée, une déclaration commune fut émise par le Parlement et la Commission européenne qui énonçait que:

Le seul fait que le site Internet soit accessible n'est pas suffisant pour que l'article 15 [qui concerne les contrats avec les consommateurs] soit applicable, bien que l'un des critères puisse être que ce site Internet sollicite la conclusion de contrat à distance et qu'un contrat a effectivement été conclu à distance, quels qu'en soient les moyens. À cet égard, le langage ou la devise qui est utilisé par un site Web ne constitue pas un facteur déterminant.

Les objectifs concurrents en matière de politique

[56] La réforme des règles de compétence juridictionnelle soulève des questions difficiles quant à la recherche de compromis entre le besoin de sécurité et, en même temps, la protection efficace des consommateurs.

[57] En tentant d'établir des règles de compétence juridictionnelle pour déterminer quel tribunal devrait connaître d'un litige et quelles lois devraient s'appliquer, il importe de réfléchir sur les considérations politiques suivantes:

- la protection en ligne du consommateur ne doit pas être moins efficace que celle prévue pour les moyens traditionnels de communication;
- les consommateurs doivent pouvoir bénéficier de la protection qui leur est normalement accordée par les lois locales qui protègent le consommateur;
- la loi devrait être technologiquement neutre de telle manière qu'elle ne crée pas de discrimination entre différentes formes de technologie (l'utilisation de critères qui reflètent l'état actuel de la technologie d'Internet est une proposition risquée considérant la rapidité avec laquelle la technologie évolue);
- les règles qui s'appliquent aux participants et à leurs transactions devraient être plus sécuritaires afin que ceux-ci puissent prévoir leur situation juridique avant de s'engager dans le commerce;
- le risque juridique de conduire des activités en ligne ne devrait pas être disproportionné par rapport aux lois et tribunaux du forum avec lesquels l'entreprise a un lien;
- les commerçants devraient pouvoir décider de conduire ou non leurs activités dans le cadre juridique d'une juridiction; et
- les règles ne devraient pas être un obstacle à l'évolution croissante du commerce électronique.

Proposition

[58] Le défi est de développer un cadre de travail pour les questions de compétence juridictionnelle en vue de protéger les consommateurs qui est en même temps juste et prévisible pour les commerçants. Une approche de compromis est clairement nécessaire.

[59] En tenant compte des objectifs de politique générale ci-dessus énoncés et à la lumière des développements internationaux, les règles de compétence suivantes sont proposées, règles qui incorporent l'approche par cible à la fois pour le choix du forum et le choix de la loi.

[60] Les règles proposées ont été préparées avec l'idée de combiner les avantages des approches internationales et québécoises qui ont été présentées plus haut. En particulier, les règles proposées émanent:

- du Règlement de Bruxelles qui prévoit une approche par cible pour le choix du forum. Ainsi, lorsqu'un vendeur en ligne dirige ses activités vers l'État du consommateur, le consommateur sera en droit de poursuivre le vendeur soit dans l'État du consommateur soit dans celui du vendeur;
- de la Conférence de La Haye sur le droit international privé. Le projet de Convention préliminaire d'octobre 1999 prévoit également un type d'approche par cible pour le choix du forum. En particulier, il est fait référence aux situations où un vendeur en ligne dirige ses activités dans l'État du consommateur en faisant de la sollicitation commerciale par voie de publicité;
- du Règlement de Bruxelles et le projet de Convention préliminaire d'octobre 1999 qui ne définissent pas ce que signifie l'expression « diriger des activités » ou « solliciter ». Le projet de texte de la Conférence de La Haye de juin 2001 est d'une certaine assistance à cet égard puisqu'il comporte une définition négative. Le paragraphe 3 de l'article 7, énonce que les activités d'un vendeur ne seront pas considérées comme « dirigées » vers un État si le vendeur peut démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables afin d'éviter de contracter avec des consommateurs qui résident habituellement dans cet État;
- du Règlement de Bruxelles qui prévoit que:
 - lorsqu'un vendeur en ligne dirige ses activités dans l'État du consommateur, le consommateur a le droit d'instituer des procédures contre le vendeur, soit dans l'État du consommateur soit dans celui du vendeur;
 - le vendeur est habilité à poursuivre le consommateur seulement dans l'État du consommateur;
 - le consommateur et le vendeur peuvent conclure un accord concernant le choix du forum qui peut être différent des règles applicables d'attribution de compétence juridictionnelle à condition que l'accord soit conclu après que le litige soit né ou s'il est permis au consommateur d'instituer des procédures devant les tribunaux de juridictions autres que celles prévues par ces règles.
- de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles de la Communauté européenne de 1980 (« Convention de Rome I ») qui traite de la loi applicable dans les litiges contractuels. La Convention de Rome I fut mise en place par l'Union européenne et prévoit qu'une clause de désignation de la loi applicable dans un contrat de consommation ne prive pas le consommateur de la protection

prévue par les règles impératives de la loi du pays où il a sa résidence habituelle. Cependant, afin de bénéficier de cette protection, le contrat doit rencontrer chacune des trois conditions suivantes:

- le contrat de consommation fut sollicité par le vendeur dans l'état du domicile du consommateur et le consommateur a complété toutes les étapes de conclusion du contrat à cet endroit;
- le vendeur a reçu la commande du consommateur via un agent dans le pays du consommateur;
- le consommateur a voyagé dans un autre pays et a passé la commande dans ce pays, à condition que le voyage du consommateur ait été organisé par le vendeur afin d'inciter le consommateur à acheter.
- Ainsi qu'il l'a été mentionné précédemment, le livre Dixième du Code civil du Québec, son article 3117 prévoit des règles réglant les conflits de lois qui sont similaires aux règles établies par la Convention de Rome I.

[61] Pour une présentation plus détaillée sur les initiatives internationales et nationales, veuillez vous référer à l'Annexe I du présent document. *[Non incluse. Disponible à l'adresse Internet suivante: <http://www.chlc.ca/fr/poam2/index.cfm>? Voir « documents sur le droit commercial ».]*

Les Règles gouvernant le choix du forum dans les contrats de consommation

[62] Cette règle serait utilisée afin de déterminer quant un tribunal peut retenir sa compétence pour connaître d'un litige qui advient relativement à un contrat de consommation:

1. Dans les situations où:
 - a) le contrat de consommation est le résultat d'une offre d'affaires dans la juridiction du consommateur par ou au nom du vendeur et le consommateur a pris toutes les mesures nécessaires à la conclusion du contrat de consommation dans la juridiction du consommateur; ou
 - b) la commande du consommateur a été reçue par le vendeur dans la juridiction du consommateur; ou
 - c) le consommateur a été incité par le vendeur à voyager dans une juridiction étrangère pour les fins de la conclusion du contrat et le voyage du consommateur a été organisé par le vendeur;

le consommateur a le choix d'instituer des procédures contre le vendeur soit devant les tribunaux de la juridiction du consommateur ou les tribunaux de la juridiction du vendeur.

2. Pour les fins du sous-paragraphe 1(a), si un vendeur démontre clairement qu'il a pris toutes les mesures raisonnables afin d'éviter de conclure des contrats avec les consommateurs qui résident dans une juridiction particulière, il est présumé ne pas avoir sollicité des affaires dans cette juridiction.

3. Un vendeur peut intenter des procédures contre le consommateur seulement devant les tribunaux de la juridiction du consommateur.
4. Les dispositions de l'article 1 peuvent être modifiées par contrat seulement si le contrat:
 - a) est conclu après qu'advient le litige;
 - b) permet au consommateur d'intenter des procédures devant les tribunaux autres que ceux prévus à l'article 1.

Règles gouvernant le choix de la loi dans les contrats de consommation

[63] Cette règle serait utilisée pour déterminer les lois de la juridiction qui devraient s'appliquer pour décider d'un litige relativement à un contrat de consommation.

1. Les parties à un contrat de consommation peuvent accepter que la loi d'une juridiction particulière puisse s'appliquer au contrat de consommation.
2. Aucune entente contrat concernant la loi applicable au contrat de consommation ne peut exclure la protection à laquelle un consommateur a droit en application de la loi de la juridiction du consommateur à condition que:
 - a) le contrat de consommation soit le résultat d'une offre d'affaires dans la juridiction du consommateur faite par ou au nom du vendeur et le consommateur a pris toutes les mesures nécessaires pour la conclusion du contrat de consommation dans la juridiction du consommateur; ou
 - b) la commande du consommateur fut reçue par le vendeur dans la juridiction du consommateur; ou
 - c) le consommateur a été incité par le vendeur à voyager dans une juridiction étrangère pour les fins de la conclusion du contrat et le voyage du consommateur a été organisé par le vendeur.

(Note: Cette disposition reconnaît que les parties ne peuvent pas exclure du contrat les éléments essentiels du contrat de consommation. De manière similaire, les éléments constitutifs du processus de conclusion et de mise en œuvre du contrat de consommation peuvent être essentiels. L'opportunité de s'exclure contractuellement de ce processus par médiation ou règlement de différends devrait être abordée dans le futur.)

3. À défaut d'entente au sujet de la loi applicable au contrat de consommation, la loi de la juridiction du consommateur devrait s'appliquer à condition qu'au moins une des conditions prévues au paragraphe 2 soit rencontrée.
4. Pour les fins du sous-paragraphe 2(a), si un vendeur démontre clairement qu'il a pris les mesures raisonnables afin d'éviter la conclusion de contrats avec des consommateurs qui résident dans une juridiction spécifique, il est présumé ne pas avoir sollicité des affaires dans cette juridiction.

Conclusion

[64] En résumé, il est nécessaire d'adopter des règles claires concernant la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable pour la protection des consommateurs et d'assister les commerçants lorsqu'il contracte aussi bien dans un environnement en ligne que dans un environnement hors ligne. Bien qu'un certain nombre de projets internationaux soient actuellement à l'étude, les solutions internationales apparaissent lointaines. À la lumière de ce qui précède, il est important d'examiner si l'adoption des règles ci-haut énoncées permettrait d'établir un cadre juridique solide afin de résoudre les questions de compétence juridictionnelle au Canada.

[65] L'objectif des règles énoncées ci-haut est de développer une approche coordonnée afin de répondre aux questions suivantes:

- a) quel tribunal a compétence pour connaître du litige; et
- b) quelle loi de quelle province ou territoire s'applique au règlement du litige.

[66] Les parties intéressées sont invitées à considérer les questions suivantes:

- Les règles présentées dans le présent document, si elles étaient adoptées à titre de principes généraux, permettraient-elles d'établir une orientation et une plus grande sécurité juridique pour les transactions de consommation en ligne qui ont lieu au Canada?
- Ces règles pourraient-elles s'appliquer dans un contexte hors-ligne?
- Ces règles permettraient-elles de soumettre les transactions sur Internet à des principes cohérents - qui mènent à des résultats prévisibles, indépendamment de la juridiction dans laquelle un acheteur ou un vendeur particulier réside?