

COUR DU QUÉBEC

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL
LOCALITÉ DE MONTRÉAL
« Chambre civile » Division de pratique

N° : 500-22-101613-043

DATE : 31 janvier 2005

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE CLAUDE RENÉ DUMAIS, J.C.Q

ASPENCER1.COM INC.
Demanderesse/Intimée

c.

PAYSYSTEMS CORPORATION
Défenderesse/Requérante

JUGEMENT

[1] Le Tribunal, siégeant en division de pratique, est saisi d'une requête réclamant l'exclusion de sa juridiction pour raison de clause d'arbitrage contractuelle, le tout rencontré par défense de non-adhésion à ladite clause, après avoir entendu la preuve, les procureurs, et, sur le tout, délibéré, procède à rendre jugement comme suit.

[2] Selon la preuve, il appert que la requérante est l'hébergeur d'un site «Web», soit le:

«fournisseur proposant un service d'hébergement gratuit ou payant, qui permet de disposer d'un espace disque sur son serveur.»

«Le contrat de création et le contrat d'hébergement d'un site Web: éléments de négociation, de rédaction et d'interprétation »¹

auquel l'intimée a adhéré pour fins commerciales.

[3] L'auteur précité explique la relation entre tels contractants:

«Il s'agit donc, essentiellement, de la mise à disposition d'un espace disque permettant de contenir des données informatiques et de les diffuser sur le réseau internet... En cela, il s'agit d'un contrat synallagmatique ou bilatéral au sens qu'en donne l'article 1380 C.c., 1^{er} alinéa». (pages 179, 180).

«Les contrats informatiques sont habituellement consensuels et non assujettis à un formalisme particulier...

On estime que, sauf exception, les contrats informatiques ne requièrent pas normalement le respect d'exigences autres que celles, habituellement demandées, de la signature, et ce, quelque soit le support (pages 287 à 288).

[4] Si la Cour a estimé nécessaire de référer tout d'abord aux textes de doctrine qui précèdent, c'est que l'origine du conflit entre les parties provient d'une mésentente sur l'adhésion à la clause d'arbitrage inscrite au contrat entre les parties.

[5] L'intimée aux présentes, demanderesse en l'action principale, rétorque en effet qu'elle n'a jamais signé, ou même accepté, ladite clause 12.7 d'un contrat d'hébergement sur le site Web de la requérante, défenderesse, dont le texte suit:

«12.7 Governing Law: This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Province of Quebec and whose courts shall have exclusive jurisdiction, Merchant waiving any right it may have to seek security of any sort. The parties agree that any disagreement or dispute relating to this Agreement, or consequential upon its interpretation or application will be permanently decided by arbitration, to the exclusion of the courts, according to the laws of Quebec. The arbitration will be conducted under the auspices of a single arbitrator, knowledgeable in financial transactions, and in accordance with the rule of law and the provisions of the Code of Civil Procedure of Quebec in force at the time of the dispute. The arbitration award shall be final, enforceable and without appeal and shall bind the parties. This Agreement has been drafted in English at the express wish of the parties. Ce contrat a été rédigé en anglais à la demande expresse des parties.»

[6] L'intimée a inscrit une requête introductive d'instance réclamant de la requérante la somme de 11 662,10\$, retenue par cette dernière de par un contrat d'hébergement entre les deux parties, et ce, sans raison valide, selon l'intimée.

¹ Me Antoine Leduc, dans «Développements récents en droit de l'internet», no, 160, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, p. 179.

[7] Et la preuve administrée à l'enquête sur la présente requête révèle ce qui suit:

1- Corporation Paysystem est hébergeur d'un site Web utilisé par Aspencer.com Inc. pour la vente d'accumulateurs.

2- Corporation Paysystem retiendrait sans raison des montants de ventes appartenant à Aspencer.com Inc.

3- Un contrat de service fut signé par les parties le 11 juin 2002 pour l'utilisation du site aux fins de vente par Internet des produits de Aspencer.com Inc., moyennant un pourcentage des ventes (I-1), que Paysystem retiendrait indûment.

[8] Il appert que, en effet, le contrat original d'hébergement ne contenait pas la clause d'arbitrage exclusive citée plus avant (article 12.7 du texte R-1).

[9] Cette clause provient d'un amendement au contrat de base, ajouté à ce contrat de base le 23 octobre 2003, selon le témoin Dartigues responsable chez Paysystem du site d'hébergement.

[10] Il s'agissait d'un ajout à la page d'entrée du site, dont le texte suit:

«Your continued use of myPaysystems Services is subject to the current version of the My Paysystems Agreement.

This agreement was last updated December 18, 2003.

Please [click here](#) to review.»

[11] Deux témoins pour Aspencer.com Inc. ont affirmé avoir continué l'utilisation du site pour leurs ventes sans avoir même remarqué l'ajout précité, ou vérifié le texte nouveau. Et aucune autre mention ne leur a été signifiée autrement à l'effet que le texte de leur contrat I-1 avait été amendé pour y inclure une clause d'arbitrage contractuelle et exclusive de juridiction des tribunaux. Ces témoignages n'ont pas été contredits.

[12] Il est admis que les amendements R-1 audit contrat I-1 n'ont pas été signés par les parties, mais la requérante allègue qu'ils sont valables parce que l'intimée a continué à utiliser le site après la date du 23 octobre 2003. Il y aurait donc consentement tacite du fait de cette utilisation postérieure à l'avis contenu en R-2, et cité plus avant. Ce geste équivaldrait à signature.

[13] Mais encore faut-il préciser si l'adhérent à tel changement a pu connaître et vérifier les clauses du nouveau contrat auquel il souscrivait en continuant à utiliser le site:

«...il est de plus en plus commun sur Internet de voir, en apparence, les consentements se donner et les contrats se conclure par le biais d'un simple «click» apposé sur la mention «J'accepte» affichée à l'écran.

...il est notoire de constater que tant le consentement aux modalités de transfert de propriété du produit que l'acceptation aux conditions d'utilisation de ses aspects intellectuels s'effectuent par un acte très facile à accomplir. Trop même...

La signature, représentée ici par le fameux «click» est pourtant un acte qui nécessite une prise de conscience que les commerçants ne paraissent pas forcément avoir recherché dans l'organisation de l'icône au bas de leur contrat...

...il ne s'agit pas d'interdire cette pratique, mais de tout faire pour accentuer la mise à la connaissance de l'acheteur.»²

[14] Il semble donc nécessaire, tant à ces auteurs qu'à la Cour, d'exiger une preuve plus valable d'acceptation d'un contrat informatique qu'un simple «clic», sans possibilité de vérifier la rencontre des volontés qui forment un contrat, où il doit y avoir «*accord de volonté*» (art. 1378 C.c.Q.), sur le même objet (art. 1412 C.c.Q.).

[15] Le Tribunal ne saurait, au surplus, ignorer la preuve produite par les parties en la présente enquête.

[16] Le Code civil prévoit bien que l'acte juridique inscrit sur support informatique par une entreprise vaut, et ce, par présomption «*juris tantum*» (article 2838), mais ledit document peut être contredit par «tous moyens» (article 2639).

[17] Et l'article 2862 vient spécifier:

2862. La preuve d'un acte juridique ne peut, entre les parties, se faire par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$.

Néanmoins, en l'absence d'une preuve écrite et quelle que soit la valeur du litige, on peut prouver par témoignage tout acte juridique dès lors qu'il y a commencement de preuve; on peut aussi prouver par témoignage, contre une personne, tout acte juridique passé par elle dans le cours des activités d'une entreprise.

[18] Dans la présente affaire, il s'agit de prouver un acte juridique (l'ajout au contrat initial), entre les parties à cet acte dans le cours des activités de l'entreprise de la requérante.

² «Les contrats informatique», Mes Gautrais et Mackaay, dans *Droit spécialisé des contrats*, volume 3. Les contrats relatifs à l'entreprise, sous direction de Me Denys-Claude Lamontagne, pp. 288-289.

[19] Et le témoignage des deux dirigeants de l'intimée vaut: il s'agit visiblement d'un contrat dont la valeur excède 1500 dollars, et deux témoins affirment n'avoir jamais accepté les amendements inscrits sur le site par la requérante.

[20] Cesdits témoignages établissent dont en toute légalité qu'il n'y a pas eu consentement aux changements apportés par l'hébergeur.

[21] Le Tribunal a également pris connaissance d'une décision de 1989 soulignée dans l'article précité de Mes Gautrais et Mackaay, page 291, *North American Systemshaps v. King*, 68, Alberta Law Report, (2d), 26, C.I.P.R., 165, Alberta Queen Bench), où l'honorable Veit s'exprime comme suit:

«...that shrink-wrap licences will not be enforceable against an ordinary vendee unless there is some clear communication of the shrink-wrap terms at the time of purchase to the party to whom the software is sold.»

[22] La Cour tient ici à expliciter les termes «shrink-wrap», retrouvés dans l'ouvrage précité de Mes Gautrais et Mackaay, p. 289:

«La particularité de formation du contrat, spécifique aux contrats informatiques, est constituée par les contrats dits shrink-wrap (shrink wrap licence agreement). D'origine américaine, mais maintenant généralisée à travers le monde, la formule a été conclue pour la distribution des logiciels et a été étendue aux ordinateurs. Elle vise à imputer au contractant la volonté d'accepter les conditions d'un contrat par l'acte, en soi banal, d'enlever la cellophane enveloppant le produit et qui lui aura permis d'en prendre connaissance au préalable.

Plus exactement, le détenteur des droits souhaite que l'acquéreur accepte certaines conditions, garanties (limitées) ou (p. 290) modalités d'utilisation d'un logiciel. Elles sont affichées sur la boîte dans laquelle le produit est livré, sous l'enveloppe transparente, et l'acquéreur peut ainsi en prendre connaissance avant de s'obliger. On prétend alors attacher un effet juridique de consentement au simple fait de déchirer la pellicule.»

[23] La Cour accepte bien ce qui précède mais tel contrat demeure quand même soumis au Code civil en matière de consentement, objet et moyens de preuve.

[24] À titre d'exemple: en 1999, la Cour Supérieure d'Ontario acceptait un contrat conclu sur Internet parce que le co-contractant devait «cliquer» sur une icône marquée «I agree», signifiant ainsi directement son accord audit contrat.³

[25] Il importe donc que la procédure utilisée par le vendeur de site Internet, ou l'hébergeur, soit telle que l'acceptation de l'acheteur, ou hébergé, puisse être clairement donnée, sans équivoque, non par clause négative, ou prévoyant acquiescement tacite au cas d'utilisation du site.

³ *Rudder et al. v. Microsoft Corporation*, 2.Canadian Patent Reporter, 4th, p. 274.

[26] Dans l'espèce présente, il n'en est pas ainsi: l'intimée, la demanderesse, a fait une preuve qu'elle n'avait pas à lire le texte des amendements pour continuer à utiliser le site, et n'était pas forcée d'accepter en«cliquant» sur une icône bien définie à cet effet, ou même, pour lire le nouveau contrat.

[27] Il n'y a donc pas eu preuve positive de son accord auxdits amendements, et vu ce qui précède, la Cour est d'avis que le nouveau contrat proposé par la requérante, comprenant la clause d'arbitrage, ne s'appliquait pas pour défaut de consentement clairement prouvé, à l'intimée.

[28] Requête REJETÉE, avec dépens.

CLAUDE RENÉ DUMAIS, J.C.Q

Me Philip E. Fine
TANNY & FINE
Procureur de la demanderesse/intimée

Me Luc Thibodeau
LAVERY, DE BILLY
Procureur de la défenderesse/requérante

Date d'audience : 21 décembre 2004