

JOURNÉES CAPITANT – JOURNÉES COLOMBIENNES

LES PLATEFORMES – LES OPÉRATIONS

Rapport québécois

par

Vincent Gautrais*

Mondialisation. Dans un précédent rapport québécois soumis aux journées allemandes des entretiens Capitant, en 2016, nous avons déjà évoqué, sur la thématique de la mondialisation, le droit des plateformes comme étant un domaine qui tendait à s’isoler, un droit des plateformes s’exerçant en marge des droit nationaux¹. Face à ces velléités d’ « indépendance du web », depuis longtemps revendiquée, il importait de reprendre le contrôle, et ce, en traitant comment les opérations peuvent donner lieu à un encadrement par le droit.

Laisser-aller. Lorsque l’on parle aujourd’hui de plateformes, on évoque ce qu’il y a 2-3 décennies correspondait davantage aux enjeux entourant les intermédiaires techniques. La prémisse était que ces derniers ne contrôlaient pas les activités des usagers. Leur rôle était justement technique et une irresponsabilité de principe a été très largement consacré par les lois² et la jurisprudence³. Par action ou par omission, ces entités bénéficièrent donc d’un régime globalement exonérant et suite à une non-intervention étatique, jugée souvent coupable, une absence de contrôle des intermédiaires s’est généralisée. Ainsi, il est possible de constater des manières de faire très distinctes d’un pays à un autre en terme de régulation, allant du légicentrisme à la française, de l’approche jurisprudentielle étatsunienne, de l’interventionnisme par objectifs et politiques en

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l’Université de Montréal, directeur du Centre de recherche en droit public (CRDP) et titulaire de la Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l’information et du commerce électronique à la Faculté de droit de l’Université de Montréal. www.gautrais.com. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca.

¹ Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, « Mondialisation et Internet au Québec », dans TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La mondialisation*, Tome LXVI, 2016, Bruylant / LB2V, Bruxelles, 2017, p. 895, à la page 907.

² Par exemple, au Québec, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information (RLRQ, c. C-1.1) (notamment les articles 26, 37, 38); la Loi sur le droit d’auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42) (notamment les articles 31.1 et suiv.). Voir notamment Nicolas VERMEYS, « C-11, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’information et la responsabilité des intermédiaires techniques québécois : une dualité de régimes (in)utile(s) ? », (2013) 25 *CPI*. En ligne : <https://www.lescpi.ca/s/798>.

³ Au Canada, voir notamment *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 RCS 427; ainsi que *Crookes c. Newton*, [2011] 3 RCS 269.

Grande-Bretagne, et à certains égards, d'un certain fédéralisme coopératif canadien⁴. Cela dit, une tendance forte tend à mettre de la pression sur les gouvernements pour densifier les obligations de ces structures.

Contrôle. Car en effet, la donne a changé. Les entités techniques sont devenues mondiales, intrusives, contrôlantes⁵, en situation d'oligopole, capables de générer des dommages avec les données – personnelles ou non – sur lesquelles elles ont désormais pouvoir d'action; pouvoir d'inflexion. En fait, c'est assurément le niveau de contrôle qui va établir le niveau et les modalités de responsabilité⁶. C'est selon la capacité d'agir de ces entreprises que la qualification du type de structure contractuelle ou du type de loi vont s'appliquer.

Usagers et ses différents statuts. Lois et contrats constituent donc les deux sources juridiques principales susceptibles d'intervenir pour encadrer les activités des parties prenantes. Ainsi, comme ailleurs dans le monde, et du fait de la transversalité du domaine, il n'existe pas de loi générale susceptible de s'appliquer aux plateformes. Davantage, c'est en fonction du type de service offert que des règles particulières s'appliquent. Ces règles sont sectorielles et dépendent du type d'individus concernés. Ainsi, l'utilisateur des plateformes peut-être à la fois un **travailleur** (ex. : *Uber*), un **utilisateur**⁷ (ex. : *Netflix*), un **individu**⁸ (ex. : *Facebook*), un **consommateur** (ex. : *Amazon*), un **entrepreneur** (*Airbnb*), etc. Selon son statut, des règles, spécifiques ou non, sont susceptibles de s'appliquer. Afin de répondre aux questions souhaitées, nous avons effectué un échantillonnage de contrats sur des plateformes d'importance, et ce, justement au regard des différents statuts que les usagers ont.

Extranéité variable. Notons également que cet échantillonnage nous a révélé que les pratiques contractuelles varient selon le niveau d'extranéité qui s'applique à la situation. Plusieurs des exemples des plateformes précitées sont très fortement localisés dans la mesure où, justement, la prestation principale a lieu sur place (*Uber*, *Airbnb*, etc.). Et ce lien fort tant avec les acteurs impliqués que l'endroit où la prestation est fournie va se retrouver dans la prise en compte du droit local dans les contrats. La situation est différente, par exemple, dans certains services d'*Amazon* comme *Amazon Mechanical Turk* où la plateforme valorise des prestations totalement dématérialisées, parfois de faible envergure, avec des parties situées souvent dans des pays distincts. Les modalités de corrections nationales (comme les recours collectifs ou le droit international privé) demeurent plus difficiles à opérationnaliser.

⁴ Sur ces différentes approches, voir Vincent GAUTRAIS, Nicolas VERMEYS, Édouard HABIB et Kenza SASSI, « Rapport final combiné à l'attention du Secrétariat responsable pour l'examen de la législation en matière de radiocommunication et de télécommunications », 11 juillet 2019, <https://www.gautrais.com/publications/rapport-final-combine-a-lattention-du-secretariat-responsable-pour-l'examen-de-la-legislation-en-matiere-de-radiocommunication-et-de-telecommunications/>, p. 18 et suiv.

⁵ Éric N. DUHAIME, *L'économie numérique : portrait et enjeux au Québec*, Montréal, IREC, Février 2022, p. 34 <https://irec.quebec/publications/rapports-de-recherche/leconomie-numerique-portrait-et-enjeux-au-quebec>.

⁶ Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et web 2.0*, Montréal, Les éditions Thémis, 2010, p. 59 et suiv.

⁷ Pour prendre l'expression consacrée dans la Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42).

⁸ Le statut de l'utilisateur en tant qu'individu ne sera pas traité ici dans la mesure où cela correspond à une thématique autre des présentes Journées Capitant.

Double approche. Le présent document tentera, le plus fidèlement possible, de répondre aux questions posées. Néanmoins, ces retours se feront au regard d'une double approche qui s'appliquera selon les circonstances. En premier lieu, classiquement, nous envisagerons la situation des plateformes selon ce « qui est », tentant de faire état du droit positif. Cette perspective se fera en faisant état de certaines modifications introduites récemment ou, plus souvent, en appliquant des règles anciennes néanmoins applicables à la situation nouvelle des plateformes. Parfois, néanmoins, nous analyserons le débat autour de ce qui « devrait être », certains domaines étant d'ailleurs en construction.

Plan. Conformément au plan proposé, le présent document suivra une approche linéaire en répondant aux questions posées tant sur le montage contractuel que sur les questions plus classiques de formation et contenu contractuels.

A – MONTAGES CONTRACTUELS : UN OU PLUSIEURS CONTRATS ?

a. Votre Droit comporte-t-il des règles générales de technique contractuelle relatives aux « contrats multipartites » (ex. contrat de société) et aux « contrats à partie plurale » (ex. vente conclue d'un bien par plusieurs indivisaires) ? Si oui, quelles sont-elles ? On-t-elles déjà ou sont-elles susceptibles de s'appliquer aux relations nouées sur des plateformes ?

Le droit québécois, comme plusieurs autres, intègre différentes options afin de considérer la pluralité associée à certains montages contractuelles. Ainsi, l'effet relatif des contrats doit être lui-même relativisé, le CCQ ayant à cœur de s'adapter à la réalité économique actuelle.

Contrat de société. Nous ne traiterons pas du contrat de société dans la mesure où, même s'il existe dans le CCQ⁹, il est difficilement transposable aux plateformes du fait de l'absence, nous semble-t-il, de l'esprit de collaboration¹⁰; d'affectio societatis¹¹.

Groupe de contrats. En revanche, il nous importe de dire quelques mots sur les groupes de contrats ou ensemble de contrats indivisibles¹². D'origine française, les insertions législatives pour intégrer la globalité contractuelle imposée par la complexification des relations d'affaires sont nombreuses mais ne sont pas allées jusqu'à l'avènement d'une règle générale¹³; aussi, si l'effet relatif des contrats demeure déterminant, son contournement étant associé à une loi¹⁴, la prise en compte de cette interdépendance contractuelle par la jurisprudence, prônée par la doctrine avant elle, a finalement abouti, initiée par un arrêt important de la Cour d'appel en 2014¹⁵. Arrêt qui eut une influence jurisprudentielle réelle par la suite¹⁶. Aussi, en se basant notamment sur

⁹ Art. 2186 CCQ.

¹⁰ Cimon c. Arès, 2005 QCCA 9.

¹¹ *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, 1984 1 R.C.S.16.

¹² Pierre-Gabriel JOBIN, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », (2012) 46-1 R.J.T. 9, à la page 13.

¹³ *Id.*, p. 17.

¹⁴ Art. 1440 CCQ.

¹⁵ *Billards Dooly's inc c Entreprises Prébour Ltée*, 2014 QCCA 842, para. 57 à 68.

¹⁶ *Villeneuve c. Seguin*, 2015 QCCS 6041, para. 40; *Érablière G.F. Marois inc. c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, 2016 QCCA 87, para. 27; *Hydro-Québec c. Churchill Falls (Labrador) Corporation Ltd.*,

l'article 1426 CCQ et son lien aux circonstances autour du contrat, également sur une approche plus large de la notion de cause¹⁷, une adéquation entre droit et faits s'installe peu à peu.

Utilité appliquée aux plateformes? Face aux incertitudes concernant l'application de cette technique à la situation des plateformes, il est possible d'affirmer les deux points suivants. En premier lieu, il nous semble que la jurisprudence certes encore naissante sur le sujet n'illustre d'aucune manière une quelconque ouverture envers cette avenue; entendons par-là que cette construction juridique n'a jamais été appliquée, au meilleur de notre connaissance, à un cas de plateforme. Plus substantiellement, nous ne sommes pas tout à fait sûr des circonstances dans lesquelles la reconnaissance de ce véhicule juridique serait susceptible de s'appliquer dans le cas spécifique des plateformes. Une hypothèse qui demeure néanmoins à considérer est le fait de savoir si l'approche globalisante des groupes de contrats pourrait avoir une incidence sur la délicate question de la qualification des chauffeurs ou autres travailleurs¹⁸, entre travailleurs autonomes et salariés. Plus précisément, les montages actuels prennent un soin accru à soit s'assurer du caractère indépendant du travailleur soit à ce que la plateforme ne soit pas partie entre le prestataire et le destinataire du service¹⁹. Cette « tendresse pour la grappe »²⁰ qui soutient les groupes de contrats ne nous semble avoir une incidence « heureuse » pour apporter un statut plus décent aux travailleurs fragilisés par ledit montage uniquement dans la seconde hypothèse. En effet, le groupe de contrat ne vise à s'appliquer que quand on essaye de limiter l'effet relatif du contrat et que l'on tente, comme le dit le professeur Jobin dans son plaidoyer pour la notion, d'intégrer une justification liée à la justice²¹. Dans la première hypothèse, à savoir un contrat qualifié de travailleur indépendant, les juges n'ont pas besoin de cet outil pour requalifier le contrat d'adhésion.

b. Suivant le type de plateforme, la structure du ou des contrat(s) conclu(s) est-elle différente?

2 ou 3. Relativement aux structures contractuelles, il existe une différence profonde entre les hypothèses où, d'une part, une relation bilatérale est considérée et, d'autre part, celles où il s'agit plutôt d'aménager des relations multiples, généralement tripartites. Dans la première hypothèse,

2016 QCCS 3746, para. 64; ABB Inc. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, 2020 CF 817, para. 55; Placements Pellicano inc. c. Ville de Montréal, 2017 QCCS 2625, para. 36; Roy c. Leroux, 2020 QCCS 520, para. 50; Gagnon c. Gosselin, 2021 QCTAL 25970, para. 52; Immos Leroy inc. c. Ouellet, 2021 QCTAL 31498, para. 39; 8217700 Canada inc. c. Lemyre, 2021 QCCS 2078, para. 77; Quévillon c. Fondation des maladies du coeur et de l'AVC, 2021 QCCS 1818, para. 10.

¹⁷ Pierre-Gabriel JOBIN, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », (2012) 46-1 R.J.T. 9, à la page 19 et suiv.

¹⁸ *Infra*, voir la question 2A.

¹⁹ *Infra*, voir la question 1B.

²⁰ Pour reprendre cette délicieuse expression de Jean-Marc MOUSSERON, « Préface », dans Bernard TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, L.G.D.J., 1975, p. xv : « Le culte de l'individuel a marqué le XIXe siècle comme le culte de l'ensemble paraît dominer le XXe siècle vieillissant. À la tendresse pour le grain succède la ferveur pour la grappe ».

²¹ Pierre-Gabriel JOBIN, « Comment résoudre le casse-tête d'un groupe de contrats », (2012) 46-1 R.J.T. 9, à la page 19 : « [t]outefois, ces solutions particulières ne suffisent pas à rendre **justice** dans les situations très variées de la réalité d'aujourd'hui. (...). C'est à notre avis dans les éléments fondamentaux du contrat qu'on pourra trouver une clé pour résoudre de telles difficultés en toute légitimité et **justice**. » (Nos soulignements)

classique, il existe des plateformes où celles-ci constituent principalement un prestataire de service (*Netflix, Amazon, etc.*). Dans d'autres, les plateformes jouent davantage un rôle d'intermédiaire entre 3 – voire 4 ou 5²² – personnes, et ce, quelle que soit la qualification contractuelle précise, que celle-ci soit *sui generis* ou référant à un contrat nommé²³. En fait, ces deux approches, qui ne sont pas cloisonnées, correspondent à deux vagues successives qui se sont matérialisées dans le temps d'abord au tournant du siècle et ensuite dans les années 2010-2015 sous l'appellation d'économie collaborative, « de partage », « disruptive »²⁴, multifaces²⁵. C'est cette dernière hypothèse qui nous intéresse plus spécifiquement dans le cadre de la présente question.

Structure multiple. Mais commençons par les faits. Au regard de l'échantillonnage des contrats observés, et uniquement pour les structures multifaces, il existe globalement deux voies envisageables. La première est celle où la plateforme opère des contrats distincts avec les multiples parties prenantes. C'est notamment le cas d'*Uber* où le contrat avec le livreur ou le chauffeur est à cet égard explicite :

« Uber et UTI concluent des ententes distinctes avec les Commerçants et les Destinataires de la livraison afin de fournir des livraisons d'Items. Aux termes de la présente Convention, vous convenez de vendre des Services de livraison à Uber, qu'Uber revend aux Destinataires de la livraison ou aux Commerçants, selon le cas. »²⁶

Une seconde possibilité est celle où la plateforme souhaite au contraire densifier la relation contractuelle entre le client et le prestataire (*AmazonTurk*) ou le vendeur et l'acheteur (eBay par exemple) et ne pas y participer. Plutôt donc, on se trouve dans une situation où la plateforme se limite à être un espace, un forum, une sorte de « marché aux puces » virtuel où ils ne sont qu'un intermédiaire.

« The Site is a **venue** for Requesters to request and for Workers to perform Tasks. Unless we are participating on the Site as a Requester, **we are not involved in the request or the performance of Tasks**, and have no control over the quality, safety, or legality of Tasks or consideration for Tasks, the ability of Workers to perform Tasks to Requesters' satisfaction, or the ability of Requesters to pay for Tasks. (...) **Because we are not a party to the transactions between Workers and Requesters**, we are not responsible for resolving any disputes between Workers and Requesters related to any Tasks or any transaction. »²⁷. (Nos soulignements)

²² Par exemple dans l'hypothèse de livraison de repas.

²³ On peut sans doute penser à un contrat d'entreprise (art. 2098 CCQ) ou de courtage (Adriana Z. ROBERTSON & Albert H. YOON, « You get what you pay for : an empirical examination of the use of MTurk in Iagel scholarship » (2019) 72:5 Vanderbilt Law Review 1633).

²⁴ Éric N. DUHAIME, *L'économie numérique : portrait et enjeux au Québec*, Montréal, IREC, Février 2022, pp. 31-32 <https://irec.quebec/publications/rapports-de-recherche/leconomie-numerique-portrait-et-enjeux-au-quebec>.

²⁵ OCDE/G20, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire* (2018), p. 33.

²⁶ Article 3 (d) Convention de livraison *Uber Eat*.

²⁷ Article 2, Amazon Mechanical Turk, *Participation Agreement*, 2020, <https://www.mturk.com/participation-agreement>.

Dans les deux cas, la structure organisationnelle semble motivée par une raison principale : déresponsabiliser la plateforme. Ce peut être d'abord vis-à-vis du prestataire notamment, pour s'assurer que la qualification de la relation contractuelle ne puisse en être une plus lourde de conséquences pour la plateforme. Ce peut être aussi vis-à-vis du destinataire afin que le prestataire assume les risques en lien avec les transactions.

c. Comment est appréhendée par votre Droit la pluralité d'instrumenta (entre les mêmes parties ou entre une partie et des parties différentes) constituant le support d'une relation (negotium)?

Instrumenta multiples. Au regard des pratiques contractuelles observées, et même si les façons de faire ne sont pas uniformes, on constate une multiplicité des *instrumenta* utilisés pour fixer le contenu contractuel. Cette pluralité est souvent reconnue dans un contrat « porte-étendard » qui réfère, via des hyperliens, à d'autres *instrumenta*²⁸.

Clauses externes. Une des références génériques du droit des contrats susceptible de s'appliquer ici est l'article 1435 CCQ relatif aux clauses externes. Cette disposition vise à rehausser *via* un niveau de connaissance expresse la façon dont le rédacteur du contrat doit mettre à la disposition de l'adhérent le contenu contractuel²⁹. Malheureusement, appliqué aux contrats numériques, l'arrêt de la Cour suprême *Dell Computer* a *de facto* interdit l'application de cette disposition à une référence par le biais d'un hyperlien³⁰. En effet, le seul fait de générer un lien permet de respecter un niveau d'accès qui de ce seul fait rend 1435 CCQ inapplicable, le contrat lié n'étant alors plus, de ce fait même, externe. Cette position fut critiquée³¹ d'autant que les justifications basées sur la doctrine utilisée³² ne semblaient pas correspondre à la réalité du propos³³.

Pathologies contractuelles. Sans développer outre mesure, et au-delà de cette règle spécifique sur les clauses externes, cette situation de pluralité d'*instrumenta* passe par le régime général du consentement « libre et éclairé »³⁴ ou celui d'une correction pour les clauses incompréhensibles, illisibles ou autrement abusives³⁵. En effet, l'hypertextualité inhérente à ces contrats, la longueur qui sévit encore plus problématiquement auprès des contrats numériques, accentuent les risques de confusion des adhérents au contrat³⁶.

²⁸ Voir par exemple l'article 1 (b) de la Convention de livraison *Uber Eat*.

²⁹ 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. (Nos soulignements)

³⁰ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, para. 90 et suiv.

³¹ Alain PRUJINER, « Canada — Cour suprême du Canada — 13 juillet 2007 — *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs* : note », (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 1-41.

³² Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 897.

³³ Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37 *R.G.D.* 407, pp. 434 et suiv.

³⁴ Art. 1399 CCQ.

³⁵ *Infra*, 2E.

³⁶ Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106-3 *Revue du Notariat* 617-650.

d. Les opérations réalisées sur des plateformes offrent-elles des illustrations de ces difficultés?

Effet relatif des contrats. Toujours sur les plateformes multiface, la concrétisation principale des difficultés applicatives tient au fait que la plateforme veut s'assurer d'un certain niveau de qualité du prestataire auprès des clients, d'un certain niveau de contrôle, sans pour autant s'immiscer trop intensément auprès du premier, ce qui pourrait disqualifier sa relation (notamment en contrat de travail)³⁷. Un équilibre est donc recherché. Une des solutions que l'on trouve fréquemment est celle où les plateformes uniformisent les pratiques en multipliant les politiques auxquelles tant les prestataires que les bénéficiaires doivent acquiescer. Politiques qui sont parfois associées au contrat « porte-étendard » mais pas toujours.

Illustration : le système de notation. Pour illustrer ce point, prenons l'exemple des systèmes de notations où les acteurs sont susceptibles d'évaluer la qualité de chacun d'entre eux par des évaluations qui se traduisent par des commentaires, des étoiles, etc. Au-delà de la pertinence d'un tel procédé³⁸, il importe d'analyser l'influence que ces notes ont sur la prestation et sur le paiement qui y est associé. Si certains contrats prennent le soin de les considérer comme « non-confidentielles »³⁹, ces notes qui mettent une pression, principalement sur le prestataire, et ce, alors qu'il n'y a ni capacité de justification ni transparence sur la manière dont elles sont utilisées, ne sont souvent pas encadrées par les contrats et politiques sous-jacentes. En effet, les contrats ne réfèrent souvent pas à la manière dont ces évaluations sont gérées⁴⁰. Notons que ces manières de faire correspondent souvent à des traitements algorithmiques qui, du fait de cette nature, tendent à passer sous « le radar du droit ». Or, depuis plusieurs années, un appel généralisé vise à densifier le contrôle éthique puis juridique de ces opérations⁴¹ qui sont souvent au cœur même de la prestation⁴². De nouvelles obligations voient le jour et notamment un minimum d'explicabilité (ou d'interprétabilité) des modes de fonctionnement de ces algorithmes qui font désormais partie intégrante du contrat à laquelle elles sont associées⁴³; qui font partie du produit⁴⁴.

³⁷ *Infra*, voir la question 2A sur la qualification.

³⁸ Ce système est parfois critiqué (BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, Genève, 2019, p. 110), parfois plus accepté (Orly LOBEL, « The Law of the Platform », (2016) 88 *Minnesota Law Review* 87, à la page 152).

³⁹ Article 4 (4) Convention de livraison *Uber Eat*.

⁴⁰ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : pour un travail décent dans le monde en ligne*, Genève, 2019, p. 110 : « [d]ans l'idéal, il faudrait pourtant que cette notation fasse partie intégrante des conditions de service, au même titre que la notation des travailleurs. »

⁴¹ Voir par exemple Joshua A. KROLL, Joanna HUEY, Solon BAROCAS, Edward W. FELTEN, Joel R. REIDENBERG, David G. ROBINSON et Harlan YU, « Accountable Algorithms », (2017) 165 *University of Pennsylvania Law Review* 633.

⁴² Gwenola BARGAIN, « Quel droit du travail à l'ère des plateformes numériques ? », (2018) 81 *Lien social et Politiques* 21, à la page 32. <https://doi.org/10.7202/1056302ar>

⁴³ Vincent GAUTRAIS et Ledy ZANNOU, « Plaidoyer pour la valorisation juridique du principe d'explicabilité dans les contrats de consommation numérique », dans Claudine OUELLET, Bernard KORAÏ, Laurence GODIN et Ann-Marie GOSSELIN (Dir.), *Revisiter le consumérisme au Québec : état des lieux, enjeux et perspectives*, Presses Universitaires de Laval, Québec, 2022, 438 p.

⁴⁴ Arthur A. LEFF, « Contract As Thing », (1970) 19 *Am. U. L. Rev.* 131, 157.

B – FORMATION, VALIDITE, CONTENU, RESPONSABILITE

a. Existe-t-il des règles spéciales à la formation, à la validité, au contenu et à la responsabilité s’agissant des contrats conclus par le biais de plateformes, qui ne soient pas communes à tous les contrats conclus (i) par voie électronique et (ii) par un intermédiaire ?

Nous l’avons dit en introduction, les interventions législatives en droit québécois et canadien sont pour le moment minimalistes. Sans prétention d’exhaustivité, il nous semble que au moins **deux** problèmes d’envergure surgissent avec le montage contractuel actuel des plateformes; montage qui implique que des corrections soit de nature législative (problème de responsabilité en matière culturelle) ou jurisprudentielle (problème de qualification contractuelle en droit du travail) se manifestent.

1 – Problèmes de responsabilité. Comme mentionné plus tôt, une des principales difficultés applicatives est que les plateformes bénéficient d’un régime d’exonération causé par trois raisons principales. D’abord, les contrats généralisent les limites de responsabilité. Ensuite, les plateformes bénéficient parfois du régime général applicable aux intermédiaires techniques⁴⁵. Enfin, plusieurs domaines résistent encore suite aux lenteurs ou aux réticences face à l’adoption de nouvelles dispositions; dispositions qui sont trop souvent cloisonnées à la protection de l’individu au regard d’un seul statut (travailleur, entrepreneur, usager culturel, consommateur, etc.)⁴⁶.

Le cas Uber. Face à cet état de fait, des réactions législatives sont intervenues. On peut notamment penser à la manière dont *Uber* est désormais intégré dans la loi autrefois uniquement destinée à régir les chauffeurs de taxi à savoir la *Loi concernant le transport rémunéré de personnes par automobile*⁴⁷. Ce changement législatif de 2019 a fait suite à une période transitoire où un projet pilote avait jusqu’alors, par le biais de lois spéciales, mis en place des règles minimales, visant tant à protéger le client qu’à assurer une équivalence fiscale avec les chauffeurs de taxi traditionnels⁴⁸. Même si ces apports législatifs ne règlent pas tout – notamment les règles

⁴⁵ Pierre TRUDEL, *Introduction à la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l’Information*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, p. 189-190. Voir aussi Lehouillier-Dumas c. Facebook inc., 2021 QCCS 3524.

⁴⁶ Dans le cadre d’un rapport soumis au Gouvernement fédéral canadien sur le cadre réglementaire des plateformes, nous avons recommandé un traitement global qui envisage la situation non pas de façon cloisonnée, par « silo », mais en intégrant une approche transversale imposée par la multiplicité des statuts impliqués. Évidemment, ce vœu s’accorde parfois difficilement dans une structure fédérale. Vincent GAUTRAIS, Nicolas VERMEYS, Édouard HABIB et Kenza SASSI, « Rapport final combiné à l’attention du Secrétariat responsable pour l’examen de la législation en matière de radiocommunication et de télécommunications », 11 juillet 2019, <https://www.gautrais.com/publications/rapport-final-combine-a-lattention-du-secretariat-responsable-pour-lexamen-de-la-legislation-en-matiere-de-radiocommunication-et-de-telecommunications/>.

⁴⁷ RLRQ c T-11.2.

⁴⁸ Entente entre le Ministre des transports, de la mobilité durable et de l’électrification des transports et Uber Canada Inc., du 09 septembre 2016 ; Entente relative aux exigences de conformité fiscale au Québec

de qualification sur lesquelles nous reviendrons –, l'idée est vraiment d'assurer un traitement équivalent, « technologiquement neutre ».

La présente loi a pour objet la surveillance et le contrôle du transport rémunéré de personnes par automobile, afin d'assurer la **sécurité des passagers** et la **transparence du prix des courses**, et ce, dans une perspective de développement durable et de diminution de l'empreinte carbone ainsi que **d'équité** entre :

- 1° les différentes manières d'organiser ce transport, qu'il soit ou non offert dans le cadre d'un système de transport;
- 2° les différents moyens employés pour répartir les demandes de course, par application mobile ou autrement;
- 3° les différents modes selon lesquels ce transport peut être offert, notamment lorsqu'il s'agit de transport par taxi, de covoiturage ou de transport collectif.⁴⁹

Par le fait même, la nouvelle loi vient légaliser la nouvelle structure économique.

Le cas Netflix. Si la Loi est intervenue pour « régler » certes assez minimalement le cas *Uber*, elle est en cours de le devenir pour celui de *Netflix*. Plus exactement, le gouvernement fédéral entend imposer des contraintes équivalentes dans un tout récent projet de loi – dit C-11⁵⁰ – où, sur la base d'un rapport déposé préalablement au Gouvernement canadien⁵¹, un ciblage précis entend responsabiliser la plateforme afin de s'assurer du respect

« des objectifs liés à la connectivité à large bande universelle aussi bien qu'aux impératifs découlant de nos politiques culturelles. »⁵²

Là encore, comme dans l'hypothèse précédente du transport de personnes, la loi entend être neutre pour s'appliquer de façon égale entre le marché existant et celui qui émerge. Bien plus qu'une taxe *Netflix*, qui constituait au contraire une réponse ponctuelle à une problématique donnée, il importe d'avoir une loi qui s'applique à tous⁵³.

2 – Problèmes de qualification. Nous l'avons vu précédemment, des efforts rédactionnels importants sont entrepris par les plateformes afin de s'assurer que les prestataires ne soient pas envisagés comme des salariés mais comme des entrepreneurs. À la différence de plusieurs droits nationaux, il n'existe pas au Québec une jurisprudence franche pour trancher la question. Relativement à l'industrie du taxi, et face à la révolution *Uber*, la jurisprudence a d'abord été

à l'égard des chauffeurs utilisant les plateformes « uberX », « uberXL » ou « uberSELECT », entre le ministère des finances du Québec et Uber Canada Inc., du 15 août 2016.

⁴⁹ Id., art. 1. Voir aussi l'article 6 de cette même loi qui prévoit « Un répartiteur s'entend de quiconque répartit des demandes de course entre des chauffeurs par l'entremise d'une personne physique et d'un moyen technologique ne nécessitant pas l'intervention d'une telle personne ou par l'une ou l'autre de ces façons. Lorsqu'un salarié répartit des demandes de course, l'employeur est réputé être le répartiteur. »

⁵⁰ Projet de loi C-11, Loi modifiant la Loi sur la radiodiffusion et apportant des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois (février 2022) <https://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/44-1/projet-loi/C-11/premiere-lecture>.

⁵¹ RAPPORT YALE, L'avenir des communications au Canada : le temps d'agir. Examen de la législation en matière de radiodiffusion et de télécommunication, janvier 2020, [https://www.ic.gc.ca/eic/site/110.nsf/vwapi/BTLR_FRA_V3.pdf/\\$file/BTLR_FRA_V3.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/110.nsf/vwapi/BTLR_FRA_V3.pdf/$file/BTLR_FRA_V3.pdf).

⁵² Id., p. 10.

⁵³ Id., p. 13.

retardée par le fait que peu de recours provenaient des chauffeurs eux-mêmes et ensuite que le débat a souvent porté sur la question de la validité des clauses compromissaires⁵⁴. Cela dit, relativement à ces efforts de requalification contractuelle, les avenues à considérer sont double. En premier lieu, il est possible, ce qui semble une approche plus anglo-saxonne, de considérer la situation au regard de l'ensemble du contexte contractuel. En second lieu, le contrat peut être envisagé plus isolément afin d'évaluer l'état du lien de subordination⁵⁵. Relativement à ce dernier point, nous sommes face à une situation paradoxale selon laquelle, alors que traditionnellement le statut de salarié est moindrement appliqué aux chauffeurs de taxi⁵⁶, la « plateformisation » du service venant accroître l'état de dépendance du chauffeur⁵⁷. Mais à ce jour, au meilleur de notre connaissance, il n'y a pas eu une décision clé sur le sujet⁵⁸.

b. Ces règles, si elles existent, sont-elles purement techniques ou poursuivent-elles un objectif particulier, telle la protection des fournisseurs ou utilisateurs ?

Problèmes de vulnérabilité. Au-delà de l'effet « waouh » que les plateformes peuvent susciter, beaucoup s'interrogent sur les nouvelles vulnérabilités que le phénomène est susceptible de générer et que les lois, souvent nouvelles, doivent réguler. Ces vulnérabilités sont accentuées par une pluralité de facteurs : en premier lieu, évidemment, les situations nouvelles doivent être évaluées économiquement⁵⁹. En deuxième lieu, des tensions existent du fait de la réaction du droit qui en l'occurrence est forcément tardive. Même si nous ne sommes pas dans une situation de « vide juridique », il y a bien une adaptabilité qui est requise face à l'état des bouleversements. En troisième lieu, l'approche par « silo » en fonction des statuts distincts de l'utilisateur est source à un morcèlement du droit, obligeant à une collaboration institutionnelle qui ne s'impose pas toujours⁶⁰. En quatrième lieu, l'internationalisation des marchés crée une pression sur les parties

⁵⁴ *Infra*, question 2D. Voir aussi *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16.

⁵⁵ Mircea VULTUR et Lucie ENEL, *Les plateformes de travail numériques : Uber et la dérèglementation de l'industrie du taxi au Québec*, Institut national de la recherche scientifique, Montréal, 2020, p. 28.

⁵⁶ Frédéric HANIN et Émilie AUNIS, *Les nouvelles configurations de la relation d'emploi et leurs impacts sur le travail, l'emploi et l'action collective - Le contexte de l'ubérisation de l'industrie du taxi au Québec*, CRISES, novembre 2019, p. 29.

⁵⁷ *Id.*, p. 43: « La numérisation du travail et l'utilisation de plateformes informatiques accroît énormément les capacités de contrôle et d'évaluation du service, alors même que la dynamique actuelle va vers une réduction de la reconnaissance professionnelle pour les personnes qui réalisent le service. » Dans le même sens, Urwana COIQUAUD, « Uber et la réglementation canadienne : état de la jurisprudence », (2019) 2 *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 82, <https://journals.openedition.org/rdctss/1560>.

⁵⁸ Urwana COIQUAUD, « Uber et la réglementation canadienne : état de la jurisprudence », (2019) 2 *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 82, para. 21. L'arrêt de la cour suprême de 2020 (*Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16) ne traite que d'une question de licéité de la clause compromissoire mais pas sur le fond.

⁵⁹ Orly LOBEL, « The Law of the Platform », (2016) 88 *Minnesota Law Review* 87 : « "the gig economy," economist Robert Reich argues that the rise of platform companies is making work life unpredictable, insecure, and, ironically, not even profitable. »

⁶⁰ RAPPORT YALE, *L'avenir des communications au Canada : le temps d'agir. Examen de la législation en matière de radiodiffusion et de télécommunication*, janvier 2020, recommandation 9, p. 56 à 59, [https://www.ic.gc.ca/eic/site/110.nsf/vwapi/BTLR_FRA_V3.pdf/\\$file/BTLR_FRA_V3.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/110.nsf/vwapi/BTLR_FRA_V3.pdf/$file/BTLR_FRA_V3.pdf).

plus faibles, et ce, même si plusieurs des plateformes concernées sont très associées à une juridiction donnée⁶¹.

c. Les contrats conclus par le biais de plateformes reposent sur plusieurs conditions générales. À quelles conditions les « conditions générales » des plateformes lient-elles fournisseurs et utilisateurs ? Quid des conditions générales des fournisseurs et éventuellement des utilisateurs? Votre Droit distingue-t-il suivant que l'utilisateur et le fournisseur sont des professionnels ou des non-professionnels ?

Comportement actif. Comme mentionné préalablement, les conditions générales sont habituellement indirectement insérées dans un contrat par un hyperlien inséré dans le celui-ci avec une mention spéciale de leur intégration⁶². Généralement donc, elles donnent lieu à l'exercice d'un comportement actif de l'utilisateur qui « clique » sur un icône pour manifester son consentement. Ce clic constitue d'habitude une forme valide de consentement⁶³ ce qui est moindrement le cas des « browswraps » à savoir des consentements qui seraient manifestés par le seul fait de naviguer sur une page web⁶⁴.

Statut de consommateur. Au meilleur de notre connaissance, la distinction entre professionnel et non-professionnel n'est pas déterminante dans le traitement du droit des plateformes au Québec. En revanche, il en va différemment quand l'utilisateur peut être considéré comme consommateur. Un débat a été initié il y a quelques années afin d'évaluer si un usager de plateforme pouvait être vu comme tel. Si un premier jugement avait pu en douter, considérant que celui-ci n'était pas dans une relation de consommation⁶⁵, une décision sans équivoque de la Cour suprême a par la suite accepté ce qualificatif⁶⁶. Si ce statut peut assurément s'appliquer dans la relation entre la plateforme et l'utilisateur, il pourrait en être autrement dans celle unissant l'utilisateur au fournisseur. En effet, il importe que ce dernier, pour être considéré comme commerçant, notion non définie dans la *Loi sur la protection du consommateur*, réponde néanmoins à 2 critères cumulatifs de profit et de permanence⁶⁷. Notons néanmoins que les dispositions de correction contractuelle précitées (1435 – 1436 – 1437 CCQ) prévalent pour les contrats de consommation mais également d'adhésion.

d. À quelles conditions les clauses sur le droit applicable et les juridictions compétentes sont-elles valables et efficaces ? Ces conditions sont-elles spécifiques aux contrats conclus par le biais de plateformes ?

⁶¹ Karim BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e édition, Les Éditions Thémis, Montréal, 2015, à la page 63.

⁶² Article 1 (b) Convention de livraison *Uber Eat*. « La présente Convention comprend : (i) les Addenda à ces conditions, (ii) les présentes modalités, (iii) la Politique de confidentialité, et (iv) les Lignes de conduite relatives à la communauté. »

⁶³ Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 CSC 34, para. 91 et suiv.

⁶⁴ Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », (2004) 106-3 Revue du Notariat 617, à la page 630.

⁶⁵ St-Arnaud c. Facebook inc., 2011 QCCS 1506, para. 19: "Facebook does not have a consumer relationship with its Users."

⁶⁶ Douez c. Facebook, Inc., 2017 CSC 33, para. 1.

⁶⁷ Caza c. Derisca, 2015 QCCA 368, para. 17.

Pratiques généralisées. Les 5 exemples de contrats entrevus sur des plateformes donnent tous lieu à l'existence de clauses de droit applicable et de juridiction compétente. Dans ce dernier cas, le recours à l'arbitrage est privilégié, et ce, selon le statut de l'utilisateur. En effet, si celle-ci peut être assimilée à un consommateur, alors l'arbitrage est très fortement encadré ou interdit. Relativement aux pratiques contractuelles, il semble que les plateformes ont pour certaines intégré qu'il n'est pas toujours possible d'exonérer l'utilisateur du droit et d'une juridiction (juge ou arbitre) étranger.

- **Amazon** => selon les contrats, soit référence à la loi et à un juge ou arbitre canadien soit référence au droit de l'État de Washington et arbitrage AAA.
- **Airbnb** => distinction selon le statut – ou non – de l'utilisateur. S'il est consommateur, loi de celui-ci. S'il ne l'est pas, droit et juge irlandais.
- **Facebook** => distinction selon le statut – ou non – de l'utilisateur. S'il est consommateur, loi de celui-ci. S'il ne l'est pas, droit et juge californien.
- **Netflix** => référence générale au droit du Canada.
- **Uber** => droit Ontarien avec arbitrage en Ontario.

Libéralisme. En droit canadien, les clauses de droit applicable et de juridiction disposent d'une légalité généralement consacrée. Une décision importante de la Cour suprême, en 2007, *Dell Computer*⁶⁸, est venue donner une portée extensive à ce mode de procédé. Largement commenté, critiqué même⁶⁹, cet arrêt a même amené le législateur à généraliser la qualification abusive des clauses compromissaires ayant pour objet de retirer certaines classes de personnes vulnérables de leur droit local. On pense notamment aux consommateurs qui ne peuvent désormais plus se voir imposer un arbitrage sauf dans le cas d'un compromis⁷⁰.

Doctrine de l'iniquité. Mais les parties prenantes aux plateformes ne sont généralement pas des consommateurs. Là encore, la Cour suprême du Canada est intervenue relativement à un litige de chauffeurs *Uber* ontariens qui demandant une requalification de leur statut⁷¹, souhaitaient ne pas se voir imposer l'arbitrage sis aux Pays-Bas tel que prévu dans le contrat⁷². Trouvant exception à la règle du renvoi à l'arbitrage, la Cour se base notamment sur le caractère inéquitable (unconscionability) que constitue l'obligation pour le chauffeur de déposer une somme exorbitante (14 500\$) avant le commencement du processus arbitrale⁷³. Les plateformes ont d'ailleurs largement contribué au développement de cette doctrine de l'iniquité, le rapport de force inégalitaire constituant une illustration de son développement⁷⁴. Cela étant dit, le fait qu'un

⁶⁸ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

⁶⁹ Un numéro spécial de la Revue général de droit, en 2007, sur l'arrêt *Dell*, a donné lieu à une critique assez systématique sur les grands aspects traités (Droit international privé – Arbitrabilité – Contrat numérique). Pour en savoir plus, <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2007-v37-n2-rgd01559/>.

⁷⁰ Voir notamment l'article 11.1 Loi sur la protection du consommateur (RLRQ c P-40.1).

⁷¹ Notons d'ailleurs que *Uber Canada* a changé ses manières de faire, l'arbitrage étant désormais situé en Ontario et les frais (d'ouverture et administratifs) varient entre 425\$ (plus taxes) et 7200\$ (plus taxes) selon le montant du recours demandé.

⁷² *Uber Technologies Inc. c. Heller*, 2020 CSC 16.

⁷³ *Id.*, para. 53 et suiv.

⁷⁴ *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, para. 112 et suiv.

usager d'une page *Facebook* se reconnaisse comme commerçant, la clause d'élection de for a été jugée comme valide⁷⁵.

e. Si votre Droit commun des contrats comporte un régime spécifique pour les contrats d'adhésion, comment appliquer ce régime aux contrats conclus par le biais de plateformes ?

Régime général. Plus exactement, il existe un régime général pour les contrats d'adhésion, ainsi que des règles spécifiques pour certains types de contrats numériques. Concernant le premier, des règles correctrices permettent aux juges de contrôler les pratiques contractuelles concernant les contrats d'adhésion notamment en se basant soit sur le caractère incompréhensible⁷⁶ soit abusif desdits contrats⁷⁷. Le premier constat est que les tribunaux font montre d'une certaine « sobriété »⁷⁸ dans l'application de ces correctifs. Le deuxième est que la généralisation des plateformes n'a pas occasionné d'inflation de l'utilisation de tels procédés, les hypothèses de correction étant assez rares⁷⁹.

Régimes spécifiques. Sinon, un régime contractuel spécifique qui a été introduit en droit québécois concerne le cas particulier du consommateur numérique. En 2006⁸⁰, et de façon somme toute similaire avec d'autres juridictions tant européennes que canadiennes, la démarche contractuelle a été « procéduralisée » en 7 étapes successives et obligatoires, allant de la formation jusqu'à sa contestation⁸¹. Forcément, cette démarche s'applique aux contrats impliquant les plateformes, et ce, même si la jurisprudence les concernant est presque inexistante. En fait, plusieurs de ces dispositions ne sont pas très utiles, à part peut-être celles concernant le caractère express de la formation du contrat. Les dispositions générales sont donc possiblement plus aptes à protéger la partie faible. Également, des règles particulières ont récemment été densifiées en matière de protection des renseignements personnels, réaffirmant le caractère express et non équivoque des consentements⁸². Sujet traité par d'autres collègues et donc que nous ne considérerons pas ici.

⁷⁵ *Belley c. Facebook inc. (Meta Platforms Inc.)*, 2021 QCCS 5475.

⁷⁶ Article 1436 CCQ.

⁷⁷ Article 1437 CCQ.

⁷⁸ Pour reprendre un qualificatif employé par Benoît MOORE, « Les clauses abusives : 10 ans après », (2003) 63 *Revue du Barreau* 59, à la page 100.

⁷⁹ On peut notamment citer une décision de la Cour supérieure qui a déclaré abusive une clause d'attribution de compétence (*Mofo Moko c. eBay Canada Ltd. c.*, 2013 QCCS 856, para. 15) mais dont la portée fut cassée en appel (*eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*, 2018 QCCA 1735).

⁸⁰ Articles 54.1 à 54-15 LPC.

⁸¹ Ces 7 étapes sont l'information (54.4), la conservation (54.4), la formation (54.5), la preuve (54.6), la transmission (54.7), la résolution (54.8) et la rétrofacturation (54.8) du contrat.

⁸² Voir le projet de loi 64 (2021, Chapitre 25) adopté le 22 septembre 2021.