

# VULNÉRABILITÉS + CONTRAT ÉLECTRONIQUE : L'EXEMPLE DU CONSENTEMENT ÉLECTRONIQUE

Ledy Rivas ZANNOU<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> L'auteur est candidat au doctorat en droit des technologies nouvelles à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il assume actuellement, les fonctions de coordonnateur de la Chaire L.R. Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique.

## Résumé

L'appréhension juridique du consentement en tant que pilier du contrat électronique s'est faite sans égard aux spécificités propres au medium grâce auquel se nouent les relations contractuelles. Faisant suite à ce constat, il sera question dans cette contribution d'analyser le décalage entre la conception législative ou théorique du consentement électronique avec la réalité pratique de son expression dans le contrat électronique. Ainsi, nous évaluerons la place du « vouloir » en mettant en perspective les obstacles qui menacent son intégrité. Une fois cet état des lieux établi, nous prospecterons les avenues possibles afin que le consentement exprimé puisse émaner effectivement de la volonté du contractant c'est-à-dire ; qu'il le manifeste en toutes connaissances de cause.

## INTRODUCTION

**[1] Autonomie de la volonté et contrat électronique.** Substrat de la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>2</sup> – fortement portée par la doctrine – qui est à l'origine du consensualisme, le consentement occupe une place de choix dans la formation du contrat. Très tôt, le législateur a cru bon lui accorder une place prépondérante dans la formation du contrat à tel point qu'il l'a soumis à certaines conditions de validité<sup>3</sup>. En tant que pilier du contrat, le consentement est donc un précepte juridiquement appréhendé<sup>4</sup> dont la conception théorique a été systématiquement transposée dans le contrat électronique suivant le principe d'équivalence fonctionnelle<sup>5</sup>.

**[2] Problématique.** Cette approche fait fi des complexités techniques que recouvre l'environnement numérique car si la réalité dans l'univers du papier peut permettre de garantir facilement l'intégrité du consentement, tel n'est pas le cas dans l'univers du numérique. Les modalités de conclusion du contrat électronique diffèrent<sup>6</sup> et point n'est besoin de préciser que celles de l'expression du consentement changent avec elles<sup>7</sup>. En considération de l'environnement de conclusion et des modalités d'expression du consentement, il sied de s'interroger sur la qualité et les effets du consentement sous le prisme des vulnérabilités auxquelles s'expose celui qui consent.

**[3] Plan.** C'est pourquoi notre contribution tentera de mettre en perspective les éléments qui entravent la garantie d'un consentement électronique de qualité **(1)** en proposant les avenues possibles à explorer

---

2 Pour rappel, voir Aurélien Bamdé, « L'autonomie de la volonté », *A. Bamdé & J. Bourdoiseau* (12 septembre 2016), en ligne : <<https://aurelienbamde.com/2016/09/12/lautonomie-de-la-volonte/>> (consulté le 10 mai 2020).

3 Sur la qualité du consentement, voir principalement les dispositions de l'article 1399 du Code civil du Québec et les articles 1407 et 1408 du même code en ce qui concerne la théorie des vices du consentement. Les développements doctrinaux sont aussi édifiants à ce sujet : Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 253-470.

4 Sur la qualité du consentement, voir principalement les dispositions de l'article 1399 du Code civil du Québec et les articles 1407 et 1408 du même code en ce qui concerne la théorie des vices du consentement. Les développements doctrinaux sont aussi édifiants à ce sujet : Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012, p. 253-470.

5 Pour davantage de développement sur ce concept, voir ce concept Marie DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels: théorie critique*, Bruxelles, Larcier, 2014.

6 M. Ethan KATSH, *Law in a digital world*, New York, New York; Toronto, Oxford University Press, 1995, p. 129. L'auteur nous rappelle que : paper contract is an act ; electronic contract is a process. Autrement dit, les modalités de conclusion des contrats électroniques répondent d'un processus soumis à un formalisme établi par le législateur.

7 Voir sur les modalités d'extériorisation du consentement : Akodah AYEWOUDAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2013, p. 72 et s. En effet, celles-ci procèdent d'une technique exclusive qui s'appuie sur un processus déterminé à savoir : le premier clic qui permet de corriger et de valider la commande et le deuxième clic qui vient confirmer la volonté du contractant.

pour effectivement assurer au contractant-consommateur les conditions d'une expression du consentement non entachée ou à la hauteur de sa confiance (2) sachant qu'il ne négocie pas les termes contractuels<sup>8</sup>.

## 1. DU CONSENTEMENT SANS « VOULOIR »<sup>9</sup>... : LES OBSTACLES AU CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ

**[4] « Vouloir » et pratique contractuelle.** La pratique du contrat électronique offre une belle perspective pour apprécier la place de la volonté dans l'expression du consentement électronique. En effet, elle permet d'observer les formes nouvelles qu'adoptent le consentement sans égard à la conception théorique et législative du consentement qui postule que toute manifestation de volonté, fut-elle électronique, doit être de qualité c'est-à-dire qu'elle représente réellement la volonté de chaque partie et qu'elle respecte leur intelligence<sup>10</sup>. Cette affirmation se vérifie-t-elle dès lors qu'on considère l'inflation informationnelle<sup>11</sup> à laquelle le contractant doit faire face le contractant (1.1) ainsi que les modalités communicationnelles ne garantissant pas la prise de connaissance effective des informations (2.2) ?

### 1.1. UN « VOULOIR » SUBMERGÉ PAR L'INFLATION INFORMATIONNELLE

**[5] Symétrie informationnelle et formalisme informatif.** En formalisant l'obligation précontractuelle d'information, le législateur a

8 Par choix, nous ne reprendrons pas ici toute la problématique relative aux contrats d'adhésion sachant que leur admission est acquise en droit surtout dans la pratique du commerce électronique où ils sont souvent utilisés. Pour plus de développement sur les contrats d'adhésion, voir Brigitte Lefebvre, « Le contrat d'adhésion », (2003) 105 *Revue du Notariat*, en ligne : <LEFEBVRE Brigitte, « Le contrat d'adhésion » dans Le Code civil du Québec : Bilan d'une décennie 1994-2004, (2003) 105 R. du N. 439-490.> (consulté le 10 janvier 2019); Gaël Chantepie, Mathias Latina et Vincent Caron, *Le contrat d'adhésion: perspectives franco-québécoises*, coll. Thèmes & commentaires. Actes, Paris, Dalloz, 2018.

9 Voir notamment, Marie-Anne Frison-Roche, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », (1995) 3 *RTD civ.*, 573, en ligne : <[http://mafrisonroche.phpnet.org/IMG/pdf/2-2.3\\_volont\\_consentement\\_1995.pdf](http://mafrisonroche.phpnet.org/IMG/pdf/2-2.3_volont_consentement_1995.pdf)> (consulté le 15 mai 2020). Le choix d'un tel titre trouve sans doute sa justification dans la précision suivante : « Il faut se rappeler et tirer tout profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté. ».

10 Voir sur la qualité ou l'intégrité du consentement, D. Lluellas et B. Moore, préc., note 3, p. 253-471.

11 Pour en savoir davantage sur la description et l'analyse du formalisme informatif du contrat électronique, voir Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007 aux pages 122-125 ; En analysant la portée matérielle de l'obligation précontractuelle d'information, les auteurs dénoncent la surcharge informationnelle : Serges Kablan et Arthur Oulai, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », (2009) 54-4 *McGill Law Journal* 627-668, 631-648.

voulu garantir une symétrie informationnelle<sup>12</sup> entre le professionnel et le contractant-adhérent. L'objectif d'un tel formalisme étant d'éclairer le consentement de la partie contractante en la plaçant au même niveau informationnel que le professionnel. Cependant, cet objectif ne semble pas atteint puisque la quantité d'informations à digérer par celui-ci est considérable.

**[6] Quantité informationnelle Vs. qualité informationnelle.** S'il y a un reproche qu'on pourrait formuler à l'encontre du formalisme informatif, c'est bien celui de la profusion d'informations car, en postulant que celle-ci suffisait à garantir l'information du contractant-adhérent, le législateur a cédé à l'illusion conceptuelle<sup>13</sup> selon laquelle la formalisation permettrait au consommateur d'être mieux armé et protégé<sup>14</sup>. Or, il n'en est rien, car le « trop » est l'ennemi du bien<sup>15</sup>. Il en résulte donc de nombreuses pathologies<sup>16</sup> telles que la surcharge informationnelle<sup>17</sup>, la pertinence limitée de certaines mentions et la dilution sous-jacentes. Ce faisant, le contractant-adhérent ploie sous le poids d'une quantité informationnelle sachant que celle-ci est censée éclairer son consentement au contrat. Manifestement, c'est tout le contraire qui se

12 Voir les développements des auteurs sur l'objectif de l'obligation d'information précontractuelle : Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9e édition, coll. Précis. Droit privé, Paris, Dalloz, 2015, p. 61-62 ; Voir également, Guy Raymond, *Droit de la consommation*, 5e éd., coll. Droit & professionnels : droit commercial, 2119-3169, Paris, LexisNexis, 2019, p. 227-228.

13 En ce qui concerne les critiques sur le formalisme informatif, voir Vincent GAUTRAIS, « Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur », dans *Le droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2007, p121-131; Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique » », (2007) 3 *RDC*, 681; Agathe LEPAGE, « Les paradoxes du formalisme informatif », dans *Études de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, Dalloz, 2004, p. 597-620.

14 Pierre-Claude Lafond, « Pour en finir avec la liberté contractuelle du consommateur », (2013) 47-1 *Revue Juridique Thémis*, 10.

15 Charline BOUCHARD et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33-3 *R.G.D* 373-438, 395, doi : <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/2003-v33-n3-rgd01599/1027421ar/>. Les auteurs rappellent qu'un consommateur trop informé est aussi un consommateur mal informé; Voir également : Vincent GAUTRAIS et Mouhamadou SANNI YAYA, *Rapport relatif aux changements à opérer auprès de la Loi sur la protection du consommateur au regard du commerce électronique*, Montréal, Chaire UDM en droit de la sécurité et des affaires électroniques, 2008, p. 17-18, en ligne : <https://www.gautrais.com/publications/rapport-relatif-aux-changements-a-operer-aupres-de-la-loi-sur-la-protection-du-consommateur-au-regard-du-commerce-electronique/rapportfinal31082008v2/> (consulté le 26 juillet 2019). Ils rappellent que trop d'informations tue l'information.

16 Pour en savoir davantage sur les pathologies informationnelles, voir les travaux de Vincent GAUTRAIS, « L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002 à la page 268 ; Vincent GAUTRAIS et Mouhamadou SANNI YAYA, *Rapport relatif aux changements à opérer auprès de la Loi sur la protection du consommateur au regard du commerce électronique*, Montréal, Chaire UDM en droit de la sécurité et des affaires électroniques, 2008, en ligne : <https://www.gautrais.com/publications/rapport-relatif-aux-changements-a-operer-aupres-de-la-loi-sur-la-protection-du-consommateur-au-regard-du-commerce-electronique/rapportfinal31082008v2/> (consulté le 26 juillet 2019) ; Vincent GAUTRAIS, « Réécrire l'écrit », dans Alain PRUJINER et Sylvette GUILLEMARD, *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner : Études de droit international privé et de droit du commerce international*, coll. CÉDÉ, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 113-141 ; Vincent Gautrais, « Rapport québécois aux journées internationales Henri Capitant, « Contrat et immatériel », Journées espagnoles, Barcelone, (05/2014) », en ligne : <https://www.gautrais.com/publications/1370/> (consulté le 10 septembre 2019) ; Vincent GAUTRAIS, « Contrat électronique : plus de 20 ans certes mais pas encore adulte », dans *Études en l'honneur du Professeur Jérôme Huet*, Issy-les-Moulineaux, France, LGDJ, Lextenso éditions, 2017

17 Serges KABLAN et Arthur OULAI, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », (2009) 54-4 *McGill Law Journal*, 636.

produisit. Le choix de la qualité informationnelle aurait permis d'exiger du professionnel les informations essentielles.

**[7] Inflation informationnelle et consentement.** La fonction informative qui est assignée au formalisme informatif peut-elle se réaliser et déterminer le consentement du contractant-adhérent ? À l'évidence, la réponse est négative tant la doctrine foisonne sur les risques évidents de lourdeur<sup>18</sup> ainsi que le leurre<sup>19</sup> que pourraient occasionner une telle inflation. Or, l'établissement d'un formalisme informatif présuppose non seulement de la correction d'un déséquilibre situationnel entre les parties mais également, de la nécessité d'éclairer le consentement qui sera donné à la conclusion du contrat. Cette prise en otage<sup>20</sup> du consentement par la surcharge informationnelle illustre la vulnérabilité du contractant-adhérent malgré la bonne volonté du législateur qui a cru par ce mécanisme, pouvoir garantir l'intégrité du consentement. Outre l'inflation informationnelle, il y a aussi la communication contractuelle qui menace l'intégrité du consentement

## 1.2. UN « VOULOIR » MENACÉ PAR LA COMMUNICATION CONTRACTUELLE

**[8] Spécificités techniques et communication contractuelle.** L'œuvre de compensation<sup>21</sup> entre les supports papier et numérique s'est réalisé par le truchement des principes de neutralité technologique<sup>22</sup> et d'équivalence fonctionnelle<sup>23</sup>. Par ailleurs, dès lors qu'on interroge cette œuvre de compensation à la lumière du contrat électronique, on peut s'apercevoir qu'elle n'a pas totalement intégré les complexités entre les spécificités techniques du medium Internet et la communication contractuelle. Plusieurs éléments que nous présenterons ci-dessous illustrent bien ce constat.

**[9] Communication informationnelle et hyperliens.** Si la lettre de l'article 54.4 in fine fait obligation au commerçant de présenter les

18 Pierre-Yves GAUTIER, « L'équivalence entre supports électronique et papier, au regard du contrat », dans *Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris, Litec, 2007 à la page 195.

19 M. MEKKI, préc., note 13, 681.

20 Voir en effet : M.-A. FRISON-ROCHE, préc., note 9, 575.

21 Voir les développements de Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international: encadrement juridique*, 2e éd. rev., Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002.

22 Voir Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

23 Pour en savoir davantage sur ce principe : M. DEMOULIN, préc., note 5.

renseignements de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur<sup>24</sup> (nos soulignements), il est fréquent d'observer que la divulgation des informations se fait dans la pratique du commerce électronique au moyens des hyperliens. Si cette modalité communicationnelle semble acquise, elle est tout de même porteuse de déliement contractuel<sup>25</sup> puisque les hyperliens induisent des voyages vers des ailleurs – sortie, détour et retour – dans le texte électronique. Bien que la Cour suprême du Canada ait décidé dans l'affaire *Dell*<sup>26</sup> qu'ils font partie intégrante du contrat, il convient de rappeler qu'ils soumettent à rude épreuve, l'attention<sup>27</sup> du contractant-adhérents dans la prise de connaissance effective des informations.

**[10] Lisibilité et visibilité.** Les qualités de lisibilité varient d'un support à un autre. Or, en contexte électronique, l'écran n'offre pas le même confort de lisibilité<sup>28</sup> et de visibilité<sup>29</sup> qu'une page papier<sup>30</sup> et la pratique de la lecture<sup>31</sup> dans un tel environnement est singulière et dynamique. En effet, la typographie des clauses ou informations – taille, police, espacement, etc. – sur l'écran ne facilite pas une lecture pouvant garantir une prise de connaissance effective et, leur disposition ou affichage sur l'écran n'y participe pas également.

**[11] Longueur et juridisme du contrat.** En tant qu'outils de communication, il est loisible de remarquer que les documents contractuels sont exagérément longs sachant que leur reproduction sur

<sup>24</sup> Loi sur la protection du consommateur, RLRQ c P-40.1.

<sup>25</sup> Stéphane LARRIÈRE, « Contrat et hypertexte: l'hyperlien qui délie ? », *La Loi des Parties*, sect. En pratique (19 novembre 2017), en ligne : <<http://laloidesparties.fr/contrat-hypertexte>> (consulté le 30 décembre 2019).

<sup>26</sup> *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] CSC 34, 2007 2 R.C.S. 801, 284 D.L.R. 577 [*Dell* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>27</sup> Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! », 2005, 625, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/1357>> (consulté le 25 janvier 2020). L'auteur met l'accent sur le risque de distraction que pourrait générer les hyperliens.

<sup>28</sup> Marshall McLuhan, *Pour comprendre les médias: les prolongements technologiques de l'homme*, coll. Collection Points. Essais, n°83, Paris, Éditions Points, 2015, p. 26-40. Sans adhérer au point de vue extrême de l'auteur qui affirme que le message c'est le médium, nous observons tout de même que le médium a une influence sur le message et que par conséquent, il s'agit de deux entités interdépendantes.

<sup>29</sup> Il convient de rappeler que les propriétés du texte affiché sur un écran subissent ainsi une série de transformation spatiales et temporelles qui en modifient la perception. Voir à cet effet, Thierry BACCINO, *La lecture électronique*, coll. Sciences et technologies de la connaissance, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 71.

<sup>30</sup> Claire BÉLISLE, « Du papier à l'écran : Lire se transforme », dans *Lire dans un monde numérique*, coll. Papiers, Villeurbanne, Presses de l'Enssib, 2017, p. 112-162, en ligne : <<http://books.openedition.org/pressesenssib/1091>> (consulté le 8 avril 2020).

<sup>31</sup> Anthony GRAFTON, *La page, de l'Antiquité à l'ère du numérique: histoire, usages, esthétiques*, coll. La Chaire du Louvre, Paris, Hazan : Louvre éditions, 2012, p. 28. L'auteur en fait la description suivante : « [le lecteur] regarde d'abord latéralement le haut de la page, [il] descend ensuite rapidement le long de la marge gauche, puis [il] lit en travers à nouveau avant de continuer à descendre le long de la marge gauche ».

support papier s'étalerait sur plusieurs centaines de pages<sup>32</sup>. En effet, la longueur du contrat électronique rebute voire « répugne » de sorte que peu de contractant-consommateur le lisent<sup>33</sup> avant de consentir. À cela s'ajoute l'hyper-technicité de la grammaire juridique utilisée par les cybercommerçants. En d'autres termes, la qualité rédactionnelle laisse à désirer puisque la compréhension n'est pas toujours aisée dès lors qu'on considère la littératie des personnes qui contractent.

**[12] Communication contractuelle et « vouloir ».** Une petite précaution s'impose puisque notre propos ne compte pas reprendre les développements sur l'évolution de la manifestation du consentement contractuel en matière électronique<sup>34</sup>. De ce qui précède, le vouloir est quasiment absent – dans de telles conditions en tout cas – du consentement devenu mécanique par le conditionnement des spécificités techniques et ergonomiques du medium au moyen duquel il est exprimé. Ainsi, la question de son intégrité – au sens d'absence d'altération quelconque – est posée dès lors qu'on considère le vouloir dans le consentement comme un élément protecteur pour la partie qui la manifeste. C'est pourquoi, il serait difficile de soutenir que le consentement du contrat électronique résulte du vouloir et qu'il est exprimé en parfaite connaissance de cause. Les contingences inhérentes aux spécificités techniques du medium – bien qu'étant extra-juridiques – ainsi que les pratiques contractuelles désincarnées<sup>35</sup>, renseignent suffisamment sur les vulnérabilités auxquelles s'exposent le contractant-adhérent. Il est clair que celles-ci n'ont pas été considérées dans la conception originelle du consentement électronique qui défie un vouloir qui n'a d'existence que dans l'imaginaire du législateur. Face à un tel constat, quelles avenues pourrait-on explorer pour que le consentement électronique traduise véritablement le vouloir de celui qui l'exprime ?

---

32 V. GAUTRAIS, préc., note 27, 5.

33 Voir les résultats de l'enquête menée par Georges AZZARIA et Hélène ZIMMERMAN, « Pratiques et représentations des internautes québécois en matière de consentement, de droit à la vie privée et de droit d'auteur », *Lex Electronica* 2019.24, 17–18, en ligne : <[https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/Lex\\_24\\_Azzaria\\_Zimmermann\\_1\\_VF-1.pdf](https://lexelectronica.openum.ca/files/sites/103/Lex_24_Azzaria_Zimmermann_1_VF-1.pdf)> (consulté le 5 mars 2020).

34 Voir les développements et références bibliographiques proposés par V. GAUTRAIS, préc., note 4 aux pages 87–96.

35 Au sujet de la désincarnation des pratiques contractuelles, voir la conférence introductive prononcée par le Professeur Vincent GAUTRAIS intitulée : « La mort du consentement numérique : acharnement thérapeutique ou aide médicale à mourir ? » lors de la table ronde sur : **La mort du consentement numérique ?**, en ligne : <https://www.lesconferences.ca/videos/la-mort-du-consentement-numerique-contrat/> (consulté le 14 mai 2020).



## 2. ... AU « VOULOIR » AVEC CONSENTEMENT : PLAIDOYER POUR UNE RÉINVENTION CONTEXTUELLE

**[13] Quelles avenues pour réinventer le « vouloir » ?** Par choix, nous n'engagerons pas le débat de l'abrogation<sup>36</sup> du vouloir car, ce n'est pas l'objectif de notre propos. Nous insisterons plutôt sur ce qu'il faudrait faire pour réhabiliter le vouloir qui, est de moins en moins considéré comme étant la force obligatoire du contrat<sup>37</sup> électronique. Sans ambages, il sied de reconsidérer la conception du consentement de manière à ce que le vouloir puisse effectivement le déterminer. Pour ce faire, quelques avenues peuvent être explorées pour cette réinvention contextuelle dans laquelle, la technologie (2.2) prendra une part active. Aussi, le dynamisme de l'environnement numérique doit être considérée dans la formulation de l'exigence légale informationnelle (2.1). Ainsi, la réinvention du « vouloir » peut s'opérer en alliant à la fois, l'exigence de sécurité juridique avec les « réalités » techniques et technologiques. Sans prétention d'exhaustivité, nous présenterons les modalités d'une telle réinvention.

### 2.1. UN « VOULOIR » ADAPTÉ AU DYNAMISME NUMÉRIQUE

**[14] « Vouloir » aseptisé.** La quantité informationnelle du formalisme informatif est en cause et il serait intéressant que les informations non utiles ou nécessaires à la compréhension et à la connaissance du bien ou du service soient éliminées de la liste des informations obligatoires. En d'autres termes, seuls les informations essentielles doivent être requises afin de faire immerger le « vouloir » du contractant-adhérent. Cette aseptisation ne doit pas être que cosmétique mais audacieuse et l'initiative peut d'ailleurs provenir des professionnels eux-mêmes puisque cela s'inscrirait dans une perspective de « marketing contractuel »<sup>38</sup>. Plus la qualité informationnelle sera privilégiée par les acteurs du commerce électronique, mieux le contrat électronique guérira de son « obésité » nuisible au consentement. La modalité d'une telle aseptisation peut s'envisager au moyen des pictogrammes résumant chacune des étapes en référence aux clauses essentielles<sup>39</sup>. D'ailleurs, une approche similaire est

36 Pour en savoir davantage sur l'abrogation du « fétichisme consensuel », voir BROWNSWORD R., « The Cult of Consent : Fixation and Fallacy » KCLJ, 2004, 15, 223-224. Cité par V. GAUTRAIS, préc., note 16 à la page 203.

37 V. GAUTRAIS, préc., note 21, p. 21-80.

38 Vincent GAUTRAIS, préc., note 27, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/1357>> (consulté le 25 janvier 2020).

39 Voir les références en rapport avec cette solution dans V. GAUTRAIS, préc., note 15 à la page 205.

déjà effective dans les six licences prévues par *Creative Commons*<sup>40</sup> sachant que celle-ci peut être inspirante dans la pratique du contrat électronique.

**[15] « Vouloir » *designé*.** Un constat d'ordre général s'impose : la manifestation du consentement dépend en partie de la communication contractuelle qui, mérite d'être repensée sur certains aspects. En ce sens, il est important de réviser la structure de présentation en recourant au « *design by conception* » du vouloir. Ce faisant, on pourrait par exemple exiger des professionnels de simplifier leur contrat en référant aux normes<sup>41</sup> de lisibilité et de clarté. Les objectifs communicationnels de l'information divulguées devront être clairement définis<sup>42</sup> dès leur conception afin qu'ils répondent aux configurations des interfaces numériques. Cela supposerait donc de travailler sur des standards conformes à l'architecture<sup>43</sup> et au *design* interactif<sup>44</sup> de l'information en prenant appui par exemple sur la technologie calme<sup>45</sup>. Ainsi, l'ergonomie de l'écran – support par excellence du medium – sera considérée dans la présentation des informations, du document ou des termes contractuels pour faciliter leur visibilité et leur lisibilité.

**[16] « Vouloir » humanisé.** Dans l'optique d'humanisation, le recours à la communication multimodale des termes contractuels peut être envisagé. Cette solution trouve sa justification dans le taux élevé d'analphabétisme fonctionnel, qui est d'environ 53%<sup>46</sup> au Québec, sachant que ces personnes contractent et manifestent leur consentement en ligne. Dès lors, il serait concevable de « traduire » vocalement<sup>47</sup> le contrat au moyen des technologies d'assistance vocale en s'inspirant des normes et

40 Pour en savoir davantage sur l'approche, voir en ligne : [<https://creativecommons.fr/licences/>] (consulté le 15 mai 2020).

41 Nous pensons ici à l'article 1436 du Code civil du Québec et l'article 25 de la Loi sur la protection du consommateur.

42 Voir les recommandations relatives aux objectifs communicationnels : Stéphanie ROY, Clément CAMION et Édouard, « Des contrats clairs et utiles pour les consommateurs : vers un nouveau standards », dans Pierre-Claude LAFOND et Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le consommateur numérique : une protection à la hauteur de la confiance ?*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016 aux pages 55–59.

43 Alessandra PONTE, *Architecture et information 2.0. 2018*, Montréal, Québec, École d'architecture, Faculté de l'aménagement, Université de Montréal, 2018; Jean-Michel SALAÛN et Benoît HABERT (dir.), *Architecture de l'information: méthodes, outils, enjeux*, coll. Information & stratégie, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015.

44 Benoît DROUILLAT, *Le design interactif: du web design aux objets connectés*, Paris, Dunod, 2016.

45 Voici la définition qui en est donnée : « La technologie calme désigne le caractère non-intrusif d'un dispositif. La technologie calme permet de réduire le bruit de la surcharge informationnelle dans une interface en laissant l'utilisateur définir quelle est l'information à placer au centre de son attention et quelle est l'information à laisser en périphérie ». APCI et Designers interactifs, *Le design des interfaces numériques en 170 mots-clés : Des interactions Homme-Machine au design interactif*, Dunod, 2013, p. 138–139.

46 Bien que plusieurs voix se soient levées pour dénoncer le caractère abusif, réducteur et autocentré de ce pourcentage, nous nous y référons puisqu'ils émanent d'une étude impliquant des institutions gouvernementales provinciale et internationale. En ligne : [<https://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/education/alphabetisation-litteratie/peica.pdf>] (consulté le 15 mai 2020).

47 V. GAUTRAIS, préc., note 16 à la page 205.

standards d'accessibilité du W3C<sup>48</sup>. Le choix du format sonore pourrait aider à la compréhension du contenu contractuel non seulement long mais également trop technique. Toujours dans la perspective d'humanisation, on pourrait inciter à la manifestation d'un « vouloir » vrai qui prendra la forme de l'individualisation du contrat<sup>49</sup> de sorte que les noms des personnes contractantes soient insérés dans le contrat.

## 2.2. UN « VOULOIR » SOUTENU PAR LES TECHNOLOGIES NOUVELLES

**[17] « Vouloir » « technologisé ».** Les technologies nouvelles tels les algorithmes d'intelligence artificielle peuvent être mobilisées dans cette entreprise de réinvention du « vouloir ». Leur omniprésence tant dans la gestion des contrats que dans l'aide à la décision peut être instrumentalisée au service d'une « épuration » du contrat électronique. En effet, la « technologisation »<sup>50</sup> du « vouloir » peut s'opérer de deux façons : d'abord, au niveau de la rédaction contractuelle et ensuite, au niveau de la prise de connaissance effective des termes contractuels.

**[18] Rédaction contractuelle « algorithmisée ».** Les *Legaltech* ont démocratisé le contrat en travaillant à son accessibilité, à son automatisation et à sa gestion. Autrement dit, le recours aux algorithmes d'intelligence artificielle dans la rédaction contractuelle pourrait permettre d'« épurer » le contrat des pathologies qui gangrènent son existence. Les clauses ou informations superflues pourraient être éliminées en privilégiant des modèles de contrat plus clair et intelligible. Ainsi, le contrat jouera pleinement son rôle d'outil de communication et de prévision du futur. D'ailleurs, cette solution peut être davantage intéressante si l'obligation d'explicabilité<sup>51</sup> qui prévaut en matière de prise de décision au moyen de l'IA est mise en œuvre.

**[19] Vers une prise de connaissance contractuelle « algorithmisée » ?**  
Pour s'assurer d'une prise de connaissance effective des informations contractuelles, les outils algorithmiques pourrait être mis à contribution en procédant à la synthèse des clauses contractuelles en mettant en

48 Pour plus d'informations sur ces normes, en ligne : <<https://www.w3.org/WAI/standards-guidelines/fr/>> (consulté le 03 août 2020).

49 V. GAUTRAIS, préc., note 16 à la page 205.

50 Au sujet de la « technologisation » du vouloir, voir la conférence prononcée par Charles LESIEUR intitulée : « The Internet's Biggest Myth : « I agree to the Terms & Conditions » » lors de la table ronde sur : **La mort du consentement numérique ?**, en ligne : <https://www.lesconferences.ca/videos/la-mort-du-consentement-numerique-5eme-intervention/> (consulté le 14 mai 2020).

51 Voir notamment, Xavier VAMPARYS, « Expliquer « l'explicabilité » », en ligne : <<http://www.revue-banque.fr/management-fonctions-supports/article/ethique-intelligence-artificielle-expliquer-explic/>>, (consulté le 2 septembre 2020).

perspective celles qui sont essentielles et nécessaires à la compréhension du contractant-consommateur. Il faut souligner que la mise en place d'une telle solution doit veiller à anticiper les éventuels biais inhérents à la programmation des algorithmes ainsi que leur mise à disposition gratuite pour les consommateurs. Cela étant, ces avenues constituent très sommairement, une ébauche de systématisation de la forme d'un consentement de qualité résultant d'un « vouloir » vrai.

## CONCLUSION

**[20]** L'exemple du consentement électronique est illustratif des vulnérabilités auxquelles s'exposent le contractant-consommateur lors de la conclusion du contrat électronique. D'un point général, notre contribution a tenté de mettre en perspective les entraves à l'expression d'un consentement résultant d'un « vouloir ». Ces entraves pour la plupart, sont inhérentes à l'inflation informationnelle ainsi qu'aux spécificités techniques du medium générant un dysfonctionnement de communication contractuelle. La conséquence, bien que déplorable, est monnaie courante dans les contrats électroniques. Afin de redonner au « vouloir » la place qui est la sienne dans l'expression d'un consentement de qualité, nous avons esquissé quelques solutions qui potentiellement pourraient permettre d'en finir avec le consentement pathologique dans le contrat électronique