

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN DROIT DES ENTREPRISES

Charlaine Bouchard

Volume 121, Number 1, 2019

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2018

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1062076ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1062076ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bouchard, C. (2019). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN DROIT DES
ENTREPRISES. *Revue du notariat*, 121(1), 95–124.
<https://doi.org/10.7202/1062076ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2018 EN DROIT DES ENTREPRISES

Charlaine BOUCHARD*

INTRODUCTION	97
1. La transformation du droit de l'entreprise par le numérique : les premières couleurs de la jurisprudence . . .	98
1.1 L'enregistrement audio sur ruban magnétique : un document technologique ?	99
1.1.1 La valeur de l'enregistrement de conversations téléphoniques	99
1.1.2 La valeur de l'enregistrement audio de discussions relatives à un testament.	104
1.2 La responsabilité des intermédiaires : eBay a-t-elle le droit de retirer une enchère pour maintenir l'intégrité de sa plateforme et la confiance de ses utilisateurs ?	106
1.3 <i>La Loi sur la protection du consommateur</i> et le contrat à distance : les mauvaises décisions s'accumulent... à une exception près	108
2. Les contrats commerciaux : la Cour suprême défend la prévisibilité plutôt que la fluidité dans le cadre de la négociation commerciale	110
3. La coexistence du statut de salarié et d'associé au sein d'une société en nom collectif.	117

* Notaire, professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

4. Le commerçant et l'exploitant d'une entreprise ne s'abreuvent pas aux mêmes sources	118
5. Le défaut d'immatriculation d'une personne morale constituée au Québec affecte-t-il sa capacité juridique ? .	121
CONCLUSION	123

INTRODUCTION

La revue des décisions de 2018 permet de mesurer, pour la première fois, l'impact de la transformation du droit de l'entreprise par le numérique comme nous le verrons dans la première partie de cette chronique. En effet, depuis 2001 la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (LCCJTI)¹ réglemente les situations juridiques fondées sur l'usage de « documents » réalisés en utilisant les nouvelles technologies. Alors que le numérique transforme nos façons de faire, l'objectif de cette loi est d'adapter le droit aux transformations engendrées par l'émergence des nouvelles technologies.

Il aura fallu attendre 15 ans pour que la Cour d'appel du Québec rende la première décision, *Benisty c. Kloda*², sur le concept de document technologique, une notion charnière qui devra être maîtrisée par tout professionnel du droit (section 1.1).

La responsabilité des intermédiaires – comme la plateforme eBay – qui permettent la communication de documents sur les réseaux est également encadrée par la LCCJTI. La Loi vient explicitement exclure certaines obligations à la charge des intermédiaires afin de cerner le champ de ce qui peut constituer un comportement susceptible d'engager leur responsabilité. Dans *eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*³, la Cour d'appel a reconnu le droit de la plateforme de retirer une annonce pour maintenir l'intégrité du site (section 1.2).

L'accord de volonté dans les contrats conclus à distance constitue aussi un problème depuis l'avènement du numérique. En effet, lorsque les cocontractants ne sont pas en présence l'un de l'autre et lorsque l'acceptation est expédiée postérieurement à l'offre, plusieurs questions importantes se présentent, dont le lieu et le moment de formation du contrat. Dans les contrats conclus par ordinateur ou par téléphone intelligent, se posent aussi les questions de la preuve de l'acceptation ou encore de l'acceptation par

1. RLRQ, c. C-1.1.

2. *Benisty c. Kloda*, 2018 QCCA 608.

3. *eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*, 2018 QCCA 1735.

« clic ». C'est d'ailleurs ce qui a amené le législateur à introduire des dispositions spécifiques au sein de la *Loi sur la protection du consommateur* (LPC)⁴ en 2006 pour encadrer les contrats à distance. Malheureusement, l'interprétation de cette nouvelle section de la LPC par les tribunaux n'aura pas simplifié l'interprétation des contrats à distance. Bien au contraire, les tribunaux ont, à notre avis, ajouté une couche de confusion comme en font foi les décisions⁵ commentées dans la présente chronique (section 1.3).

Après l'arrêt *Uniprix* en 2017⁶, où la Cour suprême rappelle qu'il faut faire preuve de prudence lors de l'introduction de clauses de renouvellement automatiques dans les contrats commerciaux, le plus haut tribunal du pays prône à nouveau, en 2018, la force obligatoire du contrat et la stabilité contractuelle. Dans une décision presque unanime – 7 juges ont signé la décision majoritaire rendue par le juge Gascon, alors que le juge Rowe de Terre-Neuve a inscrit sa dissidence –, la Cour suprême du Canada, dans *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*⁷, arrive à la conclusion que le contrat est la loi des parties et qu'aucun tribunal ne peut les obliger à renégocier une entente dûment signée, même si l'une des parties plaide que les choses ont changé et qu'elle affirme avoir été lésée au fil du temps (section 2).

Quant aux trois dernières décisions analysées dans cette chronique, elles présentent des questions sur lesquelles nous aimerions attirer l'attention, soit la possibilité pour un associé en nom collectif de cumuler à la fois le statut d'associé et celui de salarié (section 3), la nécessité de remplacer la notion de commerçant par celle d'entreprise au sein de la LPC (section 4) et, enfin, la confusion entre le défaut et la radiation de l'immatriculation d'une personne morale (section 5).

1. La transformation du droit de l'entreprise par le numérique : les premières couleurs de la jurisprudence

L'usage du numérique a considérablement transformé la pratique du droit notarial, et plusieurs bouleversements seront encore induits dans le futur par la chaîne de blocs et l'intelligence artifi-

4. RLRQ, c. P-40.1, art. 54.1 à 54.16.

5. *Roy c. Groupe Sonxplus inc.*, 2018 QCCQ 3631 ; *Allard c. Groupe Sonxplus inc.*, 2018 QCCQ 6191 ; *Martel c. Transat Tours Canada inc.*, 2018 QCCQ 7018.

6. *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43.

7. *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46.

cielle. La LCCJTI a pour vocation d'accompagner ces changements en assurant la sécurité juridique et la cohérence des règles de droit. Pour la première fois, cette loi passe sous la loupe des tribunaux. La Cour d'appel du Québec apporte ainsi d'importantes clarifications sur le sens et la portée de la notion de document technologique (1.1) et sur la responsabilité des intermédiaires qui assurent la circulation des documents sur les réseaux (1.2). Quant aux dispositions de la LPC qui ont été adoptées, dans la foulée, pour protéger spécifiquement les consommateurs qui concluent des contrats à distance, il y a contradiction entre le libellé de la Loi et l'interprétation jurisprudentielle dominante en Cour du Québec (1.3).

1.1 L'enregistrement audio sur ruban magnétique : un document technologique ?

La décision *Benisty c. Kloda*⁸, rendue par la Cour d'appel le 17 avril 2018, est importante, car elle constitue le premier jugement dont l'objet porte sur l'application et l'interprétation⁹ de la LCCJTI (1.1.1).

Quant à la décision *Brassard c. Brassard*¹⁰, qui a déjà été citée dans plusieurs jugements et qui est susceptible d'être appliquée dans une pluralité de domaines, elle est particulièrement intéressante pour les notaires, car elle concerne l'enregistrement d'un testament sur support audio et son admissibilité en preuve (1.1.2).

1.1.1 La valeur de l'enregistrement de conversations téléphoniques

Dans l'affaire *Benisty*, les appelants¹¹, M. Charles Benisty et 9083-3260 Québec inc., dont M. Benisty est l'unique actionnaire, se pourvoient contre un jugement de la Cour supérieure du Québec ayant rejeté leur demande en dommages et intérêts pour pertes subies à la bourse¹².

L'appelant reproche à l'intimé, M. Samuel Kloda, son conseiller en valeurs mobilières, d'avoir effectué des transactions non autori-

8. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2.

9. *Ibid.*, par. 54.

10. *Brassard c. Brassard*, 2018 QCCS 1849.

11. Afin d'alléger la suite du texte, la désignation « l'appelant » est utilisée.

12. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 1.

sées dans ses comptes ou contraires à ses instructions¹³. Au soutien de ses prétentions, l'appelant a produit, en première instance, des enregistrements de conversations téléphoniques qu'il a tenues avec l'intimé d'avril à octobre 2008¹⁴. Ces enregistrements ont été effectués par l'appelant à l'insu de l'intimé. Le juge de la Cour supérieure les a déclarées inadmissibles en preuve¹⁵ comme documents technologiques, constituant plutôt un élément matériel de preuve dont l'authenticité et la force probante devaient être établies¹⁶.

Six cassettes audio (pièce P-60) ont été déposées lors de l'audience en première instance par l'appelant comprenant l'enregistrement d'environ six heures de conversations qu'il a eues avec l'intimé¹⁷. L'appelant a fait entendre, lors de l'audience devant la Cour supérieure, 37 extraits de ses conversations sur un cédérom en comportant 50. Ce cédérom n'a pas fait l'objet de dépôt à la Cour et n'a pas été coté¹⁸. L'appelant a toutefois substitué un cédérom aux cassettes, qu'il a désigné comme pièce P-60¹⁹ au dossier d'appel, les cassettes elles-mêmes n'y étant pas déposées²⁰.

L'appelant soutient que les enregistrements sur les cassettes constituent un document technologique au sens de la LCCJTI et que, par conséquent, ils jouissent d'une présomption d'authenticité selon l'article 2855 du *Code civil du Québec*²¹. L'intimé considère plutôt que la LCCJTI ne s'applique pas à ces enregistrements et qu'il est donc impératif que l'appelant en établisse l'authenticité²².

Afin de trancher sur ce moyen d'appel, le juge Lévesque de la Cour d'appel s'interroge, tout d'abord, à savoir si l'enregistrement audio constitue un élément matériel de preuve ou un témoignage. Il précise que la qualification du moyen de preuve dépend de la fonction de l'enregistrement audio²³. *Ce dernier constitue un témoignage lorsqu'*« une personne relate les faits dont elle a eu personnellement

13. *Ibid.*, par. 16.

14. *Ibid.*, par. 12.

15. *Ibid.*, par. 24.

16. *Ibid.*, par. 25.

17. *Ibid.*, par. 44.

18. *Ibid.*, par. 45.

19. *Ibid.*, par. 46.

20. *Ibid.*, par. 47.

21. *Ibid.*, par. 52.

22. *Ibid.*, par. 53.

23. *Ibid.*, par. 56.

connaissance²⁴ » et nécessite alors l'établissement de la preuve de son authenticité²⁵. *L'enregistrement audio constitue plutôt un élément matériel de preuve* lorsque son contenu constate « un fait documenté par une personne à un moment précis²⁶ ». Dans ces circonstances, une preuve distincte de son authenticité doit également être établie²⁷. À l'instar du juge de la Cour supérieure, le juge Lévesque conclut que la pièce P-60 constitue un élément matériel de preuve. Il détermine ensuite si l'enregistrement audio constitue ou non un document technologique²⁸ :

[65] Cette distinction semble être rendue nécessaire par l'article 2874 C.c.Q. qui semble suggérer qu'une déclaration enregistrée sur un ruban magnétique peut être *autre chose* qu'un document technologique :

2874. La déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier, peut être prouvée par ce moyen, à la condition qu'une preuve distincte en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'enregistrement est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information [...], cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi.

[Soulignements dans l'original]

[66] La LCCJTI porte sa propre définition d'un document technologique :

1. La présente loi a pour objet d'assurer :

[...]

2^o la cohérence des règles de droit et leur application aux communications effectuées au moyen de documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ;

[...]

3. Un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible

24. C.c.Q., art. 2843.

25. *Ibid.*, art. 2874 ; *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 58.

26. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 59 ; C.c.Q., art. 2854.

27. C.c.Q., art. 2855.

28. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 65 et 66.

ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue au moyen de tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles.

[...]

Les documents sur des supports faisant appel aux technologies de l'information visées au paragraphe 2^o de l'article 1 sont qualifiés dans la présente loi de documents technologiques.

[Soulignements dans l'original]

Nonobstant cette incohérence qui semble découler de l'article 2874 C.c.Q., le juge Lévesque considère qu'un enregistrement sur ruban magnétique est un document technologique²⁹. Les principes d'interprétation des lois favorisent, selon la Cour, cette conclusion.

Le juge Lévesque de la Cour d'appel analyse ensuite l'exigence d'une preuve d'authenticité à l'égard du document technologique. Il rappelle qu'une preuve d'authenticité est nécessaire pour accorder une force probante à un élément matériel de preuve en vertu de l'article 2855 C.c.Q. et à un témoignage selon l'article 2874 C.c.Q. Ces deux dispositions peuvent, en effet, laisser croire qu'une présomption d'authenticité existe dans le cas du document technologique³⁰. À cet égard, les articles 5, 6 et 7 LCCJTI déterminent la valeur juridique de ces documents. L'article 5 dispose qu'un document technologique a la même valeur juridique lorsque son intégrité est assurée³¹. L'article 6 précise les conditions permettant d'attester que cette intégrité est assurée³². Enfin, l'article 7 énonce qu'« [i]l n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admission du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document »³³.

La présomption d'intégrité s'applique donc au support technologique et non à son contenu³⁴, ce que le juge Lévesque appelle la

29. *Ibid.*, par. 74.

30. *Ibid.*, par. 87.

31. *Ibid.*, par. 88.

32. *Ibid.*, par. 89.

33. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 1, art. 7. Nous soulignons.

34. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 92.

« présomption de fiabilité technologique »³⁵. Il souligne d'ailleurs qu'« [il] ne faut pas confondre l'intégrité du document et la capacité d'une technologie à l'assurer »³⁶ et que « l'idée qu'un support technologique est présumé fiable (article 7 LCCJTI) diffère de l'idée qu'un tel support puisse effectivement assurer l'intégrité du document (article 5 al. 3 LCCJTI) »³⁷. Ainsi, lorsque « [l]e document dont le support ou la technologie ne permettent ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée »³⁸, une preuve distincte de son authenticité est nécessaire, conformément aux prescriptions des articles 2855 et 2874 C.c.Q.³⁹. L'intégrité du document technologique est assurée en présence d'une documentation inhérente, comme des métadonnées. Ces dernières constituent une preuve d'authenticité et c'est la raison pour laquelle une preuve d'authenticité distincte du document technologique n'est pas exigée dans ces circonstances⁴⁰. Par conséquent, une partie qui produit un enregistrement audio ne sera pas contrainte de présenter une preuve d'authenticité de cet enregistrement audio dans la mesure où il comprend des métadonnées permettant d'établir son authenticité⁴¹.

Enfin, le tribunal analyse les critères permettant d'établir l'authenticité d'un enregistrement audio. L'établissement de l'authenticité est relatif aux caractères des modalités de confection et aux caractères de l'information⁴². D'une part, la documentation accompagnant le document technologique doit renseigner sur l'identité et la qualité des auteurs, sur le type de matériel utilisé, sur son état de fonctionnement et son processus de confection⁴³. D'autre part, le contenu informationnel du document technologique doit être intègre, intelligible, audible et compréhensible⁴⁴. Notons que l'intégrité n'est pas nécessairement altérée, par exemple, en cas de montage ou de coupures rendus nécessaires notamment dans le but de faciliter son audition⁴⁵.

35. *Ibid.*, par. 94.

36. *Ibid.*, par. 94.

37. *Ibid.*, par. 102.

38. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 1, art. 5, al. 3 *in limine*.

39. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 101.

40. *Ibid.*, par. 99 et 103.

41. *Ibid.*, par. 105.

42. *Ibid.*, par. 106.

43. *Ibid.*, par. 107.

44. *Ibid.*, par. 109.

45. *Ibid.*, par. 109.

En appliquant ces principes au cas à l'étude, le juge Lévesque conclut que les cassettes constituent un document technologique, mais pour valoir en preuve, leur authenticité doit être établie⁴⁶. Les pièces déposées ont, par ailleurs, été manipulées. Comme il y a eu transfert d'information sur une technologie différente, « [c]e transfert doit être documenté de sorte qu'il puisse être démontré, au besoin, que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source et que son intégrité est assurée »⁴⁷. Puisque les cassettes et le cédérom produit en appel ne peuvent faire l'objet de comparaison, il est impossible de vérifier s'ils contiennent la même information. La valeur juridique des enregistrements sur cassettes et sur cédérom diffère et la Cour ne peut donc apprécier leur authenticité⁴⁸.

1.1.2 La valeur de l'enregistrement audio de discussions relatives à un testament

Dans *Brassard c. Brassard*⁴⁹, Roger et Gertrude Brassard, parents de cinq enfants, signent des testaments similaires en juillet 1999, par lesquels ils déshéritent une de leur fille, Ghyslaine, en raison d'un conflit entre elle, son mari Serge et son frère Christian. Dès 2006, Denise, une autre fille du couple et infirmière retraitée, ainsi que le médecin de Gertrude commencent à observer une détérioration des capacités cognitives de Gertrude⁵⁰. Des troubles de mémoire sont notés dès octobre 2009 par son médecin alors que le diagnostic de la maladie d'Alzheimer est inscrit à son dossier en août 2010.

Apprenant que son père Roger est aux soins intensifs⁵¹, Ghyslaine – la fille déshéritée – accompagnée de son mari Serge vont alors le visiter à maintes reprises et le 9 septembre 2010, « Roger leur aurait donné des instructions de faire refaire le testament de Gertrude, avec l'aide de Serge, par un notaire externe, nonobstant le fait que Gertrude ait des pertes de mémoire, étant par ailleurs capable. Serge témoignera plus tard du fait que Roger lui avait aussi demandé de faire lire son propre testament à Gertrude, pour lui faire

46. *Ibid.*, par. 126.

47. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 1, art. 17, al. 2 ; *Benisty c. Kloda*, préc., note 1, par. 137.

48. *Benisty c. Kloda*, préc., note 1, par. 138.

49. *Brassard c. Brassard*, préc., note 10.

50. *Ibid.*, par. 16 et 19.

51. *Ibid.*, par. 27.

réaliser que Ghyslaine avait été déshéritée... »⁵². À la suite du décès de Roger, Serge réussit à obtenir une copie de son testament auprès d'une notaire, alors que ni Ghyslaine ni lui n'étaient légataires. Il va ensuite faire lire ce testament par Gertrude et enregistre celle-ci sur un cédérom, prétendument avec son consentement, puis demande au notaire Péladeau, mis en cause, de faire un nouveau testament dans lequel Ghyslaine serait légataire⁵³. Le nouveau testament est reçu par le notaire Péladeau le 25 novembre 2010.

Les demandeurs, Christian, André, Marielle et Denise Brasard – les autres enfants du couple – allèguent que ce nouveau testament n'est pas valide et que leur mère n'avait pas la capacité juridique de le signer. Ghyslaine, partie défenderesse au litige, produit sur cédérom l'enregistrement audio de Gertrude faisant la lecture du testament de son mari Roger et discutant avec Serge ainsi que sa transcription par un sténographe officiel dans l'intention de l'utiliser en tant que témoignage⁵⁴. Elle souhaite ainsi qu'il serve d'aveu afin de ratifier ses prétentions, à savoir que sa mère consentait à l'ajouter comme légataire, et valider, par conséquent, le testament⁵⁵.

La partie demanderesse allègue, quant à elle, que cet enregistrement ne peut être admis en preuve, puisque les informations relatives à sa confection sont inexistantes et que son contenu est fragmentaire. En effet, 27 interruptions interviennent dans l'enregistrement d'une durée de 9 :14 minutes. Le tribunal arrive donc à la conclusion que cet enregistrement ne peut être admis en preuve, ne satisfaisant pas le critère de fiabilité exigé par l'article 2874 C.c.Q.⁵⁶.

Les notaires ont intérêt à se familiariser avec la LCCJTI. Avec l'utilisation de plus en plus répandue des transactions dématérialisées, le législateur a mis en place un cadre précis afin d'assurer le déroulement harmonieux des interactions dans les environnements fonctionnant à partir des technologies de l'information. D'une part, la LCCJTI doit avoir préséance sur le *Code civil du Québec* puisque, conformément au principe jurisprudentiel, elle s'avère plus récente que ce dernier, ayant été adoptée en 2001 alors que le Code civil a été

52. *Ibid.*, par. 28.

53. *Ibid.*, par. 31.

54. *Ibid.*, par. 34.

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*, par. 36 et 37.

adopté en 1991⁵⁷. D'autre part, la LCCJTI est une loi particulière contrairement au Code civil qui est d'application générale, ce qui est conforme à un autre principe accordant préséance à la loi particulière⁵⁸. De plus, les débats parlementaires tendent à confirmer que l'intention du législateur est l'application de la LCCJTI à tous les supports autres que le papier ou ses équivalents⁵⁹. En outre, il faut retenir une interprétation qui permette de réaliser la finalité de la loi⁶⁰, notamment « l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent »⁶¹.

1.2 La responsabilité des intermédiaires : eBay a-t-elle le droit de retirer une enchère pour maintenir l'intégrité de sa plateforme et la confiance de ses utilisateurs ?

La communauté juridique se rappellera peut-être la décision *Mofo Moko c. eBay Canada Ltd.*⁶², rendue en 2016, où deux frères avaient intenté un recours en responsabilité civile contre la célèbre plateforme eBay. Ils prétendaient qu'elle avait commis une faute en retirant – sans les aviser – leur annonce d'une paire de chaussures Nike payées 250 \$ et dont la plus haute mise aux enchères avait atteint la somme de 98 000 \$! Toutefois, en 2018, concluant à une mauvaise qualification juridique, la Cour d'appel a cassé la décision condamnant eBay à verser 86 700 \$ aux deux frères.

Selon la Cour, la résiliation constitue une mesure définitive qui entraîne l'anéantissement du contrat pour l'avenir. Dans ce litige, eBay a simplement pris la décision de retirer l'enchère dans l'intérêt de ses utilisateurs. Le compte des deux frères n'a été ni désactivé ni suspendu, les parties pouvant continuer à utiliser la plateforme et à bénéficier de leur contrat de service avec eBay. Par conséquent, « au plan juridique, la juge [n'avait qu'à] se prononcer sur le caractère raisonnable ou abusif de l'exercice d'un droit par eBay dans l'exécution continue du contrat, non sur sa résiliation »⁶³.

57. *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 77 et 78.

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*, par. 80.

60. *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41, al. 2 ; *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 83.

61. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 1, art. 1, par. 3 ; *Benisty c. Kloda*, préc., note 2, par. 83

62. *Mofo Moko c. eBay Canada Ltd.*, 2016 QCCS 4669.

63. *eBay Canada Ltd. c. Mofo Moko*, préc., note 3, par. 16

La juge de première instance n'avait pas à conclure que les conditions de la plateforme constituaient un contrat d'adhésion et de consommation et que la disposition permettant à eBay de retirer une enchère était abusive. En l'espèce, eBay a respecté ses obligations selon la Cour d'appel. En effet, considérant l'accroissement soudain des mises alors que les deux frères étaient de nouveaux utilisateurs et n'avaient jamais rien vendu sur la plateforme ; considérant leur absence d'historique de vente permettant à eBay de vérifier leur sérieux ; considérant aussi la courte durée de l'enchère (3 jours) et l'usage d'une photographie générique pour la présentation de la paire de chaussures, la Cour d'appel arrive à la conclusion qu'eBay n'a pas fait preuve d'abus de droit ni commis de faute en retirant l'enchère. eBay n'a rien fait de plus que de maintenir l'intégrité de la plateforme et la confiance de ses utilisateurs.

Dans cette affaire, la question posée à la Cour d'appel consistait à savoir si, en retirant l'annonce, l'intermédiaire avait abusé de son droit de surveillance. Pour répondre à cette question, la Cour d'appel n'a pas fait référence à la LCCJTI. Pourtant, cette législation traite de la responsabilité des intermédiaires qui rendent possible la communication de documents en ligne.

L'article 27 LCCJTI exclut l'obligation de surveillance active pour les intermédiaires. Ainsi, les règles relatives à la responsabilité sur Internet demeurent dans la sphère du droit commun, ce qui signifie que les principes du droit de la responsabilité sont applicables, mais que le législateur a ajouté certaines conditions pour que soit obligé l'intermédiaire. Pour que sa responsabilité soit engagée – au même titre que pour toute autre personne –, elle doit découler nécessairement de la mise en preuve d'une faute de sa part. Il faudra donc démontrer que l'intermédiaire n'a pas eu un comportement prudent et diligent. En l'espèce, eBay, informée de circonstances lui laissant croire à une utilisation inappropriée de sa plateforme, a décidé de retirer l'enchère.

Les articles 22, 26 et 27, 36 et 37 LCCJTI, qui établissent la responsabilité des intermédiaires techniques, doivent être considérés comme des compléments aux principes généraux de la responsabilité civile. Ainsi, les premiers responsables demeurent les auteurs des diffusions ou transmissions fautives. Toutefois, puisque la communication électronique présente des caractéristiques telles que les poursuites contre les auteurs de messages répréhensibles peuvent s'avérer illusoire ou inefficaces, les victimes ont souvent mis en

cause les intermédiaires qui participent à la transmission d'informations et de documents depuis l'avènement d'Internet. Voilà pourquoi les régulateurs ont dû intervenir afin d'éviter que les intermédiaires ne se protègent en censurant *a priori* les messages présentant un risque.

Le Québec a identifié précisément les circonstances en vertu desquelles la responsabilité des intermédiaires peut être engagée en établissant un régime conditionnel d'exonération de responsabilité en faveur de certains intermédiaires. Selon la LCCJTI, il existe un lien entre le contrôle exercé sur l'information qu'on présume dommageable et la responsabilité qui en découle. Ainsi, plus grande est la discrétion de l'intermédiaire sur ce qui sera publié ou transmis, plus grande est la responsabilité découlant d'une telle décision. Par conséquent, la personne qui choisit de mettre en ligne une information ou qui se comporte de façon à exercer un contrôle sur la diffusion de celle-ci assume la responsabilité découlant de son caractère illicite ou délictueux.

1.3 La Loi sur la protection du consommateur et le contrat à distance : les mauvaises décisions s'accumulent... à une exception près

Un commerçant à distance doit-il honorer une erreur sur un prix en ligne ? Il faudrait répondre par la négative si l'on se fie à la plupart des décisions rendues depuis 2015, dont les récentes affaires *Roy c. Groupe Sonxplus inc.*⁶⁴, *Allard c. Groupe Sonxplus inc.*⁶⁵ et *Martel c. Transat Tours Canada inc.*⁶⁶.

Dans les deux jugements mettant en scène Groupe Sonxplus inc., des consommateurs avaient vu sur le site Internet de l'entreprise un téléviseur offert pour un prix d'environ 1 000 \$ alors que l'appareil valait dix fois ce prix. Les consommateurs ont évidemment commandé l'appareil et payé le prix indiqué sur le site, mais quelques jours plus tard le commerçant a annulé la transaction invoquant une erreur de prix et référant le consommateur à une clause du site Internet indiquant qu'il se réservait le droit d'annuler la commande en cas d'erreur⁶⁷. Dans ces deux décisions, les juges ont con-

64. *Roy c. Groupe Sonxplus inc.*, préc., note 5.

65. *Allard c. Groupe Sonxplus inc.*, préc., note 5.

66. *Martel c. Transat Tours Canada inc.*, préc., note 5.

67. C'est également ce qui est arrivé dans *Dumont c. Sears Canada inc.*, 2015 QCCQ 13883, où des modules de jeu pour enfant avaient été mis en vente sur le site (à suivre...)

clu qu'il n'y avait pas eu d'offre de contracter et qu'aucun contrat de vente n'avait été formé. Par conséquent, les commerçants n'avaient pas contrevenu à la LPC.

En revanche, dans la décision *Martel c. Transat Tours Canada inc.*⁶⁸, le tribunal arrive à une tout autre interprétation en harmonie, selon nous, avec la philosophie sous-jacente aux contrats à distance au sein de la LPC et avec les articles 54.1 à 54.16 adoptés pour faire face aux difficultés du commerce en ligne. Dans cette affaire, le juge arrive à la conclusion qu'il y a eu formation d'un contrat entre les parties selon les conditions prévues à l'article 54.1 LPC :

Un contrat conclu à distance est un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat.

Le commerçant est réputé faire une offre de conclure le contrat dès lors que sa proposition comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé, qu'il y ait ou non indication de sa volonté d'être lié en cas d'acceptation et même en présence d'une indication contraire.

Par conséquent, l'erreur sur le prix commise par l'employé du commerçant doit être qualifiée d'inexcusable selon la Cour et le commerçant doit payer des dommages-intérêts à la cliente qui a été attirée chez ce commerçant par des représentations fausses et trompeuses. De plus, le commerçant a exigé un prix supérieur au prix exigé, ce qui constitue une pratique interdite selon la LPC : « le fait d'annoncer un forfait voyage à un prix ridiculement bas, même par erreur, et d'informer le consommateur, après qu'il en fait l'acquisition, que son prix est plutôt trois fois supérieur à celui annoncé, constitue une pratique de commerce interdite »⁶⁹.

Ce n'est pas un hasard si le législateur a ajouté à la LPC, en 2006, la section I.1 relative aux contrats conclus à distance, alors que le débat dans l'affaire *Dell*⁷⁰ était en cours et que les anciennes dispositions de la Loi ne répondaient plus aux besoins du commerce en ligne. Le nouveau régime s'applique dès qu'une offre de passer un

(...suite)

Web de Sears Canada au prix de 12,99 \$ plutôt que 129,99 \$ et dans *Faucher c. Costco*, 2015 QCCQ 3366, où un consommateur avait commandé 10 ordinateurs au prix de 2 \$ chacun.

68. *Martel c. Transat Tours Canada inc.*, préc., note 5.

69. *Ibid.*, par. 54 ; LPC, préc., note 4, art. 224c).

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

contrat est effectuée par un commerçant, que cette offre comporte les éléments essentiels de la transaction et que les parties ne sont pas en présence l'une de l'autre. De plus, le contrat est conclu même si le commerçant indique son intention de ne pas être lié par la transaction – afin d'éviter la fraude – et de protéger le consommateur. En dérogation à la règle prévue au Code civil, le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur⁷¹.

La LPC prévoit de plus un important arsenal contractuel afin de protéger le consommateur qui conclut un contrat à distance en s'assurant de son consentement éclairé. Ainsi, le commerçant doit communiquer au consommateur toute une série d'informations (délai d'exécution du contrat, nom du transporteur, conditions de résiliation, d'échange ou de remboursement, etc.) ; ces informations doivent être présentées d'une manière évidente et intelligible et être expressément portées à sa connaissance⁷² ; le commerçant doit aussi donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition⁷³ ; enfin, dans les 15 jours de la conclusion du contrat, le commerçant a l'obligation de transmettre au consommateur un exemplaire du contrat sur papier ou encore facile à imprimer⁷⁴.

2. Les contrats commerciaux : la Cour suprême défend la prévisibilité plutôt que la fluidité dans le cadre de négociations commerciales

Rappelons d'abord les faits de l'affaire *Churchill Falls* : longs, complexes, mais extrêmement importants pour suivre la chronologie des événements sur plus de 40 ans. En 1961, Churchill Falls (Labrador) Corp. (ci-après CFLCo), connue à l'époque sous le nom de Hamilton Falls Power Corporation Limited, obtient le droit d'exploiter le bassin hydrographique du site Churchill Falls et d'y produire de l'hydroélectricité en signant un bail avec le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador⁷⁵. La société souhaite financer la construction d'une centrale hydroélectrique par voie d'emprunt⁷⁶. Hydro-Québec correspond alors au profil de client recherché, c'est-à-dire en mesure de garantir l'achat de grandes quantités

71. LPC, préc., note 4, art. 54.2.

72. LPC, préc., note 4, art. 54.4

73. LPC, préc., note 4, art. 54.5.

74. LPC, préc., note 4, art. 54.6 et 54.7

75. *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 8.

76. *Ibid.*, par. 9.

d'électricité à long terme et pouvant acheminer l'électricité ainsi produite vers les consommateurs⁷⁷. Toutefois, comme Hydro-Québec détient le monopole de l'électricité au Québec et a la capacité de mener à terme ses propres projets, la proposition de CFLCo se doit d'être plus avantageuse pour Hydro-Québec⁷⁸.

C'est dans un tel contexte que CFLCo et Hydro-Québec signent une lettre d'intention en 1966 prévoyant notamment que CFLCo sera responsable de la construction de la centrale hydroélectrique, tandis qu'Hydro-Québec érige les lignes de transmission vers le Québec⁷⁹. De plus, la lettre prévoit l'achat et le paiement par Hydro-Québec d'une *quantité fixe* d'électricité, sans égard à ses besoins, et prévoit également qu'Hydro s'engage à garantir certains dépassements de coûts de la construction⁸⁰. En 1969, à la suite de nouvelles négociations, un contrat est signé, lequel modifie les obligations de chacune des parties⁸¹. Parmi les modifications, notons qu'Hydro-Québec s'engage à garantir désormais tout dépassement de coût et qu'une clause de renouvellement automatique du contrat pour une durée de 25 ans s'ajoute au terme initial de 40 ans⁸².

Puisque les coûts de construction de la centrale influencent directement les prix de l'électricité et que par conséquent, les dépassements de coûts sont défavorables à l'égard d'Hydro-Québec, cette dernière requiert que l'option de renouvellement établisse un prix fixe, unique et inférieur à celui qui est prévu à la fin du terme de 40 ans⁸³. CFLCo consent à sa demande, car des revenus annuels considérables sont envisagés et il est prévu qu'au renouvellement du contrat, elle sera libre de toute dette⁸⁴. Elle demande, par ailleurs, que cette clause de renouvellement soit automatique après avoir évalué qu'il en serait ainsi plus favorable, demande à laquelle Hydro-Québec acquiescera⁸⁵.

Toutefois, au fil du temps, l'équilibre du contrat est ébranlé, selon CFLCo, en raison de « certains changements fondamentaux et

77. *Ibid.*

78. *Ibid.*, par. 10.

79. *Ibid.*, par. 11.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.*, par. 12.

82. *Ibid.*

83. *Ibid.*, par. 13.

84. *Ibid.*, par. 14.

85. *Ibid.*

imprévisibles survenus sur le marché de l'électricité »⁸⁶, notamment l'augmentation du prix de l'électricité et l'efficacité accrue des technologies utilisées pour le transport et la distribution de l'électricité⁸⁷. Par conséquent, Hydro-Québec retirerait des bénéfices beaucoup plus importants que ce que les parties avaient anticipé et cette disproportion occasionnerait une obligation pour Hydro-Québec de renégocier le prix de vente de l'électricité afin de partager équitablement les profits liés à la revente de l'électricité⁸⁸, ce qu'Hydro-Québec refuse.

Les deux premières questions en litige sont ainsi libellées par le juge Silcoff de la Cour supérieure du Québec : « Vu les circonstances entourant la négociation et la conclusion du contrat d'électricité et les événements subséquents, le refus d'Hydro-Québec de renégocier le prix de l'électricité est-il un bris de ses obligations de coopération et de bonne foi ? Dans l'affirmative, la Cour peut-elle intervenir ? »⁸⁹. Le juge Silcoff analyse notamment l'obligation de bonne foi dans les relations contractuelles et examine la nature de la relation entre les parties et leurs attentes légitimes⁹⁰. Il conclut qu'au regard du contrat et des circonstances de sa conclusion, leur relation ne reposait pas sur un « partage équitable des risques et bénéfices » et n'imposait pas « un niveau considérable de coopération, confiance et compromis »⁹¹. Ainsi, aucune obligation implicite de renégocier le contrat ne s'inscrit dans leur relation contractuelle, puisque la fixité des prix constituait l'avantage qu'Hydro-Québec s'attendait à retirer du contrat et qu'elle a fait preuve de bonne foi, de loyauté et a respecté le contrat⁹².

En raison de cette conclusion, le juge Silcoff n'accorde pas les réparations demandées par CFLCo, soit la résiliation du contrat, sa révision ou une déclaration sur le devoir de renégociation d'Hydro-Québec⁹³. En outre, il précise que le recours est prescrit depuis l'an 2000, soit trois ans suivant le changement le plus récent sur le marché de l'électricité, et que le refus d'Hydro-Québec de renégocier ne constitue pas une faute continue⁹⁴.

86. *Ibid.*, par. 17.

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*, par. 18

89. *Ibid.*, par. 25.

90. *Ibid.*, par. 26.

91. *Ibid.*, par. 27.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*, par. 28.

94. *Ibid.*, par. 29.

L'appel de CFLCo est unanimement rejeté par les cinq juges de la Cour d'appel du Québec qui concluent que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante⁹⁵. Les prix de l'électricité n'ont pas été fixés selon le marché d'électricité, mais d'après le besoin considérable de capitaux de CFLCo à l'aube du projet, d'après les coûts de construction de la centrale et, une fois cette dernière construite, d'après la stabilité des coûts de production et le fait qu'ils soient peu élevés⁹⁶. La Cour d'appel adhère ainsi aux conclusions du juge de première instance qui est d'avis que les risques de fluctuation des prix incombent à Hydro-Québec et que l'absence d'une clause de rajustement de prix au contrat était délibérée. L'imprévisibilité du marché n'a donc pu affecter l'équilibre du contrat, ce dernier établissant la répartition des risques résultant de l'évolution des conditions du marché⁹⁷.

Le juge Gascon de la Cour suprême du Canada arrive aussi à la conclusion du rejet, car ni la preuve ni le droit civil québécois ne peuvent fonder les conclusions recherchées par CFLCo et, de plus, le recours de cette dernière est prescrit⁹⁸. Il est d'avis que le juge de première instance n'a commis aucune erreur manifeste et déterminante en ne retenant pas, comme le prétend CFLCo, que le contrat se fonde sur des considérations de régulation et de marché et que l'intention des parties ne peut s'analyser qu'à la lumière de ces considérations⁹⁹. Ainsi, alors que CFLCo soutient que le sens de la clause de fixation des prix est ambigu, le juge de première instance s'appuie sur la preuve présentée afin de conclure qu'il s'agissait d'un choix délibéré « de ne pas inclure une formule d'ajustement des prix dans le contrat »¹⁰⁰. Il rejette également les prétentions de CFLCo selon lesquelles « l'absence d'une telle formule résulterait plutôt [...] d'une omission des parties de considérer la possibilité d'un changement sur le marché »¹⁰¹.

Le juge Gascon rejette aussi les prétentions de CFLCo relativement à la qualification du contrat. Selon CFLCo, il s'agirait d'un contrat relationnel traduisant la volonté de mise en commun de ressources et de partage équitable des bénéfices, c'est-à-dire un con-

95. *Ibid.*, par. 30 et 31.

96. *Ibid.*, par. 31.

97. *Ibid.*, par. 32.

98. *Ibid.*, par. 39.

99. *Ibid.*, par. 58.

100. *Ibid.*, par. 56.

101. *Ibid.*

trat comportant les caractéristiques d'un « *joint venture* », aussi appelée « coentreprise », groupement momentané d'entreprises » ou « consortium » d'entreprises en droit civil québécois¹⁰². Ne correspondant pas à une forme juridique particulière, ce type de contrat est souvent assimilé à un contrat de société en participation dont les conditions essentielles sont la mise en commun d'apports, le partage des bénéfices pécuniaires, l'esprit de collaboration¹⁰³ et dont « les parties peuvent être tenues responsables des engagements et dettes de leurs partenaires »¹⁰⁴.

En l'espèce, aucun fait ne démontre une telle volonté des parties de former une société et aucune preuve n'atteste le transfert de propriété ou de jouissance des ressources ni leur mise à la libre disposition de l'autre partie¹⁰⁵. La doctrine selon laquelle il existe un contrat *sui generis* de coentreprise, dont l'élément de volonté de former une société est absent, mais dont le facteur déterminant s'avère la volonté de partager la responsabilité résultant de la réalisation du projet ne peut non plus soutenir les prétentions de CFLCo. En effet, la preuve démontre que la collaboration se limitait à ce qui était requis pour accomplir chacune leurs prestations¹⁰⁶. La volonté de partager la responsabilité était absente, les risques financiers étant transférés à Hydro-Québec¹⁰⁷. Par conséquent, la Cour suprême arrive, sous la plume du juge Gascon, à la conclusion que les obligations respectives et les risques particuliers de chacune des parties étaient préétablis par le contrat et que les caractéristiques se rattachant à la coentreprise y font défaut¹⁰⁸.

Afin de soutenir son argument quant à l'obligation de collaboration et de bonne foi d'Hydro-Québec, CFLCo invoque que le contrat est de nature relationnelle, c'est-à-dire un contrat « qui établit les normes de coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme »¹⁰⁹. Cet argument diffère du précédent en ce qu'il ne repose pas sur l'intention des parties, mais plutôt sur leurs obliga-

102. *Ibid.*, par. 59 et 60.

103. C.c.Q., art. 2186 ; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 60 et 61.

104. C.c.Q., art. 2253 à 2255 ; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 61.

105. *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, préc., note 7, par. 62.

106. *Ibid.*, par. 63 et 64.

107. *Ibid.*, par. 64.

108. *Ibid.*, par. 65.

109. *Ibid.*, par. 66 et 67.

tions mutuelles. Par conséquent, en raison de la nature même de leur relation contractuelle, les parties auraient toujours eu l'obligation de partager les profits¹¹⁰.

Ce type de contrat se veut une « coordination économique flexible » et, par conséquent, les prestations n'y sont pas toutes prédéterminées¹¹¹. Selon CFLCo, « il s'agirait d'un contrat à long terme, entre parties interdépendantes, qui exige un haut degré de confiance et de coopération »¹¹². Le juge Gascon écarte cette définition, car l'interdépendance des parties et la longue durée du contrat sont des éléments qui ne peuvent à eux seuls permettre de qualifier le contrat de « relationnel » et ne peuvent commander par le fait même une obligation de bonne foi supérieure¹¹³. L'intention des parties au moment de la conclusion du contrat reposait plutôt sur le respect de la lettre du contrat, puisqu'elles y ont clairement identifié leurs prestations. De plus, force est de constater qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, l'interdépendance des parties y est dès lors inhérente¹¹⁴.

Le juge Gascon rejette également l'argument de CFLCo selon lequel il faut tenir compte des limites de la capacité humaine à anticiper les circonstances entourant l'application d'un contrat¹¹⁵. En effet, bien qu'il admette sans contredit l'existence de ces limites, il conclut que même s'il est possible d'inclure des clauses de renégociation dans un contrat, certaines parties préfèrent se soustraire à cette flexibilité et désirent plutôt « assurer la stabilité et la prévisibilité de leur projet en cas de possibles imprévus »¹¹⁶, comme c'est le cas en l'espèce.

Par ailleurs, CFLCo s'appuie sur l'article 1434 C.c.Q. pour démontrer que le contrat renfermerait des clauses implicites imposant à Hydro-Québec un devoir de collaboration et de renégociation des prix¹¹⁷. Pour qu'une obligation implicite puisse découler de la nature du contrat comme le prescrit l'article 1434 C.c.Q., elle doit apporter une cohérence au contrat, combler ses lacunes et non pas

110. *Ibid.*, par. 66.

111. *Ibid.*, par. 68.

112. *Ibid.*, par. 69.

113. *Ibid.*.

114. *Ibid.*.

115. *Ibid.*, par. 70.

116. *Ibid.*.

117. *Ibid.*, par. 72.

« simplement ajouter au contrat d'autres obligations susceptibles de l'enrichir »¹¹⁸, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, vu les conclusions auxquelles arrive la Cour, le contrat ne souffre pas de telles lacunes le rendant incohérent en l'absence d'obligations implicites¹¹⁹.

En somme, le juge Gascon retient que le paradigme du contrat déterminé par le juge de première instance correspond effectivement « à la lettre du contrat et à son analyse de la preuve pertinente »¹²⁰. Ainsi, le contenu obligationnel du contrat d'électricité est très clair : il concerne le financement de la centrale et la vente de l'électricité produite, la quantité d'électricité fournie par CFLCo et le prix payé par Hydro-Québec. L'effet utile de cette entente ne peut être plus clair : une partie reçoit de l'électricité alors que l'autre partie en reçoit le prix. L'économie du contrat ne comporte donc aucune faille imposant une obligation implicite pour le rendre cohérent !

Dans une décision importante pour la stabilité des relations commerciales entre les entreprises, la Cour suprême a analysé et écarté chacun des arguments soumis par Churchill Falls. Il ne s'agit ni d'un contrat de coentreprise, qui par sa nature suppose un partage équitable des risques et des profits, ni d'un contrat relationnel, qui implique une obligation de bonne foi plus exigeante, laquelle irait jusqu'à obliger les parties à renégocier le prix de façon à mieux partager les profits. Toutefois, il est intéressant de souligner que les juges majoritaires retiennent la définition du contrat relationnel proposée par le professeur Jean-Guy Belley en 1998 : « En première approximation, le contrat relationnel peut se définir comme celui qui établit les normes d'une coopération étroite que les parties souhaitent maintenir à long terme. »¹²¹ De par sa nature, ce contrat suppose une coordination économique plutôt qu'une série de prestations définies ; ainsi, le fait de mettre l'accent sur la relation entre les parties a pour corollaire le fait de définir de manière très peu détaillée leurs prestations respectives. Or, à l'inverse, le contrat dont il est ici question décrivait avec précision les prestations de chacune des parties, ce qui témoignait de l'intention des parties afin que le projet se déroule suivant la lettre du contrat plutôt qu'en fonction d'une coordination flexible.

118. *Ibid.*, par. 74.

119. *Ibid.*, par. 75.

120. *Ibid.*, par. 76.

121. *Ibid.*, par. 67.

CFCLCo prétendait aussi, sur la base de l'article 1434 C.c.Q., qu'il découlait une obligation implicite de collaboration et de renégociation du prix. L'obligation implicite doit combler une lacune selon la Cour suprême, alors que dans cette affaire aucune obligation n'était nécessaire pour que le contrat soit cohérent. Enfin, la Cour suprême rappelle aussi que la théorie de l'imprévision n'est pas reconnue en droit québécois. Le plus haut tribunal du pays favorise plutôt le respect de la lettre du contrat. Aucune obligation de bonne foi ne peut obliger les parties à renégocier le contrat. L'obligation de bonne foi est une norme comportementale. Par conséquent, pour que la bonne foi puisse être invoquée, un comportement déraisonnable des parties doit être démontré.

Enfin, est-il nécessaire de rappeler que certains instruments font partie du coffre à outils d'un rédacteur de contrats afin de pallier les imprévus : la force majeure ou encore les clauses de réajustement (clause d'indexation, clause de revalorisation, clause de renégociation) pour ne donner que ces exemples. Par contre, dans l'affaire *Churchill*, CFCLCo avait accepté par contrat d'assumer un tel risque sans prévoir de tels mécanismes d'ajustement !

3. La coexistence du statut de salarié et d'associé au sein d'une société en nom collectif

Les faits, dans la décision *Lacroix c. Agence du revenu du Québec*¹²², sont simples. Les demandeurs sont des conjoints et des associés au sein d'une société en nom collectif (SENC) connue sous le nom de *M.D. Lacroix SENC*. Le litige concerne le traitement fiscal à attribuer à une dépense versée par les demandeurs par l'intermédiaire du compte d'entreprise de la SENC à titre de frais d'adhésion à la Commission de la construction du Québec (CCQ). Revenu Québec juge cette dépense inadmissible à titre de revenu d'entreprise, car elle aurait profité personnellement aux demandeurs. Ces derniers ne pourraient, en vertu de la *Loi sur les impôts* et du Code civil, être considérés à la fois comme étant des associés et des salariés de la SENC. Tant le juge de la Cour du Québec que l'Agence du revenu appuient leur position sur de vieilles décisions sur les sociétés qui n'ont plus, à notre avis, leur raison d'être aujourd'hui. Depuis 2010, en effet, la Cour d'appel du Québec a clairement reconnu le statut juridique des sociétés de personnes et leur autonomie juridique.

122. *Lacroix c. Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCQ 3644.

La Cour du Québec appuie ses conclusions sur la décision *Charron c. Drolet*¹²³ rendue par la Cour d'appel en 2005 et sur une autre affaire du juge André Cloutier de la Cour du Québec en 2008¹²⁴. Nous avons commenté ces décisions dans notre chronique portant notamment sur la décision *Martel c. Canada (Ministre du Revenu national)*¹²⁵ en 2012¹²⁶, laquelle avait conclu à l'incompatibilité du statut d'associé avec celui de salarié. Comme nous l'avions souligné à l'époque, la décision de la Cour d'appel mettait en scène une société en participation dépourvue d'individualité juridique. Il est donc tout à fait normal que la Cour d'appel ait conclu, dans *Charron c. Drolet*, que la Cour supérieure a erré en concluant que l'intimée était à la fois associée et salariée de la société en participation. La situation est, par contre, complètement différente au sein d'une SENC comme l'a reconnu la Cour d'appel en 2010 dans *Ferme CGR enr., s.e.n.c. (Syndic de)*¹²⁷.

Voilà pourquoi il est, à notre avis, tout à fait possible d'inférer qu'une relation peut être fondée par une pluralité de liens contractuels. Rien ne s'oppose en droit à ce qu'un associé en nom collectif, au même titre qu'un actionnaire, puisse constituer aussi un salarié de ladite société. La structure juridique de la société en nom collectif – comme celle d'ailleurs de la société en commandite – est tout à fait compatible avec le contrat de travail.

4. Le commerçant et l'exploitant d'une entreprise ne s'abreuvent pas aux mêmes sources

Avant de plaider que la LPC¹²⁸ s'applique à un litige, les deux mamelles de la Loi doivent être présentes : « La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service. » Si le consommateur est défini à l'article 1e) LPC, qui dispose qu'il s'agit d'« une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce », aucune définition du commerçant n'est intégrée à

123. *Charron c. Drolet*, 2005 QCCA 430.

124. *Deslauriers et Regnaud c. Sous-Ministre du Revenu du Québec*, 2008 QCCQ 2258.

125. *Martel c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2012 CCI 374.

126. Charlaïne BOUCHARD, « Revue de la jurisprudence 2012 en droit des entreprises », (2013) 115 R. du N. 127, 137.

127. *Ferme CGR enr., s.e.n.c. (Syndic de)*, 2010 QCCA 719.

128. LPC, préc., note 4, art. 2.

la Loi. Le maintien du concept de « commerçant » dans la LPC est d'autant plus surprenant que le législateur a remplacé la théorie de la commercialité par celle de l'entreprise en 1994. C'est ce qui est à la source de la confusion dans les deux décisions suivantes.

Dans l'affaire *Gérin c. Demers*¹²⁹, le défendeur Demers recourt à la notion d'exploitation d'une entreprise et à l'article 1525 al. 3 C.c.Q. pour définir le commerçant. Il plaide, en effet, que le demandeur Gérin est un commerçant puisqu'au cours des cinq dernières années il a prêté de l'argent à sept ou huit personnes qui n'étaient pas ses clients. Pourtant, selon le juge, Gérin est avant tout un notaire et il a prêté de « façon sporadique » de l'argent à des individus.

Dans la décision *Staples c. Paquin*¹³⁰, l'acheteur d'un chiot – une personne physique – s'inquiète de la présence d'une bosse présente dans la cage thoracique de l'animal acheté chez une éleveuse, madame Paquin. Cette dernière considère que la LPC ne devrait pas s'appliquer au présent contrat, car l'élevage qu'elle fait de la race de chien relève davantage du passe-temps que d'une activité commerciale. Quant au tribunal, il est d'avis qu'il s'agit d'une commerçante et que, puisque cette notion n'est pas définie dans la LPC, il faut s'en remettre au Code civil et plus particulièrement à l'article 1525 al. 3 C.c.Q., un raisonnement semblable à celui du défendeur dans l'affaire *Gérin*.

La définition du commerçant aux fins d'application de la LPC tire son origine de la jurisprudence et non du Code civil. Cette approche s'intéresse au statut professionnel de la personne. Ainsi, un commerçant est une personne qui exerce des actes de commerce, à titre personnel et indépendant et à titre de profession habituelle. L'acte de commerce est l'acte qui réalise une entremise dans la circulation des richesses, effectuée avec l'intention de réaliser un profit pécuniaire. L'acte isolé, même entrepris dans un but spéculatif, ne constitue pas un acte de commerce. Ainsi, il ne suffit pas d'acheter et de revendre une fois ou non un objet pour que l'acheteur revendeur se qualifie de commerçant et pour que l'acte qu'il accomplit soit qualifié de commercial. Enfin, un commerçant constitue un travailleur indépendant qui agit dans son intérêt personnel, ce qui exclut le salarié de la sphère de la commercialité.

129. *Gérin c. Demers*, 2017 QCCS 5434.

130. *Staples c. Paquin*, 2017 QCCQ 12253.

Par conséquent, dans la décision *Gérin*, même si, en prêtant de l'argent à Demers, Gérin obtenait un profit puisqu'il demandait un intérêt de 6 %, il ne s'agissait pas là de son activité principale, de sa profession habituelle. Le deuxième critère de la définition de commerçant était donc absent. Quant à la décision *Staples*, contrairement à ce que mentionne le juge, ce n'est pas « l'organisation et la permanence »¹³¹ qui permettent de qualifier le commerçant, mais l'exploitation d'une entreprise décrite à l'article 1525 al. 3 C.c.Q. Ainsi, s'il est clair, dans cette affaire, que l'éleveuse exerce des actes de commerce – elle élève depuis 25 ans des chiens qu'elle vend –, la décision ne permet pas de conclure avec certitude que cette activité est exercée à titre de profession habituelle. En effet, alors que l'éleveuse considère que son activité relève du passe-temps, le juge apprécie la notion d'organisation (critère de l'entreprise) plutôt que la profession habituelle (critère du commerçant) :

En l'instance, l'Éleveur élève depuis plus de vingt ans de façon régulière et continue certaines races de chiens, dont le Pinscher. Elle annonce son activité et la disponibilité de chiots auprès d'éventuels acquéreurs par le biais d'un site internet [...]. Elle utilise un contrat type pour confirmer la réservation [...] de même qu'un autre contrat lors de la vente [...] visant à établir les obligations respectives des parties, notamment au chapitre des limites de garantie et de l'assurance santé dont bénéficie chacun des chiots vendus [...].

Cette organisation et sa permanence permettent de conclure qu'il y a dans cette activité une recherche de profit que l'on associe au commerçant.¹³²

On constate donc, à la lecture de cet extrait, que le juge confond « organisation » et « spéculation » (recherche de profits), sans oublier qu'au sein de la théorie de la commercialité, le critère de l'organisation constitue aussi un élément accessoire permettant d'apprécier l'intention commerciale. Ce qui n'est rien pour simplifier la distinction !

En somme, la LPC persiste encore à fonctionner, depuis 1994, avec la notion de commercialité, alors qu'elle a pourtant été évacuée du Code civil au profit d'une théorie plus contemporaine et d'un critère – l'exploitation de l'entreprise – permettant de mieux qualifier les activités. L'effet de ce décalage est palpable dans ces deux affaires, alors que les juges utilisent les mauvais paramètres pour quali-

131. *Ibid.*, par. 19.

132. *Ibid.*, par. 18-19 [nous soulignons].

fier une situation, empruntant à l'une ce qui appartient à l'autre ou ce qui fait défaut dans l'autre. Pourtant, un tel débat est stérile aujourd'hui et une telle dualité de traitement n'a plus sa raison d'être en droit québécois, alors que les critères du commerçant sont dépassés et devraient être remplacés par ceux de l'entreprise.

5. Le défaut d'immatriculation d'une personne morale constituée au Québec affecte-t-il sa capacité juridique ?

Le jugement de la Cour supérieure rendu le 4 juillet 2018 dans *9361-1606 Québec inc. c. Gracia*¹³³ rappelle l'importante distinction entre le défaut d'immatriculation et la radiation de l'immatriculation d'une personne morale constituée au Québec.

Dans cette affaire, la demanderesse, 9361-1606 Québec inc., et aussi cessionnaire des droits de 9361-4564 Québec inc. (ci-après nommée « 4564 »), offre à la défenderesse, Paulette Gracia, d'acquiescer son immeuble à des fins de développement immobilier résidentiel¹³⁴. Deux promesses d'achat et leurs modifications sont signées par la défenderesse Gracia le 19 septembre 2017¹³⁵, puis le 13 novembre 2017, des avenants de modifications sont signés par les parties¹³⁶. Des analyses quant aux risques de contamination sont effectuées sur l'immeuble par un expert de la demanderesse. Le rapport du 4 décembre 2017 indique qu'il y a un risque potentiel de contamination¹³⁷. La défenderesse prévient alors la demanderesse que les promesses d'achat sont invalides et que si elles devaient être considérées comme valides, elles étaient désormais « nulles et non avenues »¹³⁸. La demanderesse intente donc une action en passation de titre le 20 avril 2018, tandis que la défenderesse signifie son avis de dénonciation en irrecevabilité le 25 mai 2018¹³⁹. Le présent litige concerne ces moyens d'irrecevabilité invoqués par la défenderesse.

La défenderesse prétend que 4564 n'a pas la qualité ni la capacité juridique de consentir¹⁴⁰ puisqu'elle n'est pas immatriculée conformément à la *Loi sur la publicité légale des entreprises* (ci-après

133. *9361-1606 Québec inc. c. Gracia*, 2018 QCCS 2923.

134. *Ibid.*, par. 3 et 18.

135. *Ibid.*, par. 4, 5 et 6.

136. *Ibid.*, par. 7.

137. *Ibid.*, par. 8.

138. *Ibid.*, par. 9.

139. *Ibid.*, par. 10.

140. *Ibid.*, par. 24.

LPLE)¹⁴¹. Elle fonde notamment son argumentaire sur le jugement *Intermodal*¹⁴² dans lequel l'irrecevabilité a été accueillie, car l'immatriculation de la demanderesse avait été radiée en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹⁴³ (maintenant l'article 59 LPLE), radiation emportant ainsi sa dissolution¹⁴⁴.

Le juge Dugré de la Cour supérieure est d'avis que la défenderesse confond la radiation de l'immatriculation et le défaut d'immatriculation¹⁴⁵. L'article 59 LPLE traite de la radiation. Il dispose que le registraire peut radier d'office l'immatriculation d'une personne morale constituée au Québec lorsque cette dernière omet de produire ses déclarations de mise à jour pendant deux années consécutives. Dans un tel cas, la radiation emporte la dissolution. Toutefois, aucune disposition de la LPLE ne prévoit la dissolution d'une personne morale constituée au Québec ou son incapacité juridique en l'absence d'immatriculation¹⁴⁶. Le juge rappelle que :

Dès sa constitution, la société par actions 4564 est devenue une personne morale. [...] Le *Code civil du Québec* édicte que les personnes morales ont la personnalité, qu'elles ont la pleine jouissance des droits civils et qu'elles ont la capacité requise pour exercer tous leurs droits [et qu'elles] n'ont d'autres incapacités que celles qui résultent de leur nature ou d'une disposition expresse de la loi.¹⁴⁷

Par conséquent, la capacité juridique de 4564 n'est pas affectée par son défaut d'immatriculation. Cette société pouvait signer les promesses d'achat en vue d'acquérir l'immeuble de la défenderesse¹⁴⁸. Ainsi, l'omission de s'immatriculer n'altère en rien, selon le tribunal, la personnalité juridique ou la capacité de la société. Cette omission peut toutefois entraîner des pénalités administratives¹⁴⁹, des sanctions civiles¹⁵⁰ et pénales¹⁵¹.

141. RLRQ, c. P-44.1, art. 21 [ci-après « LPLE »].

142. *Intermodal Crane Service inc. c. Démolitions Méga inc.*, [2000] R.J.Q. 1588 (C.S.).

143. *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, RLRQ, c. P-45.

144. *9361-1606 Québec inc. c. Gracia*, préc., note 133, par. 24.

145. *Ibid.*, par. 33.

146. *Ibid.*, par. 34.

147. *Ibid.*, par. 36.

148. *Ibid.*

149. LPLE, préc., note 141, art. 86 et s.

150. *Ibid.*, art. 24.

151. *Ibid.*, art. 152 et s.

Cette assertion nous apparaît plutôt théorique, puisque les personnes morales constituées au Québec sont automatiquement immatriculées à la suite du dépôt de leurs statuts de constitution. Il nous apparaît, par ailleurs, illogique que les conséquences découlant du défaut d'immatriculation soient différentes de celles résultant de la radiation de l'immatriculation. Alors que la Loi prévoit que la radiation de l'immatriculation d'une personne morale constituée au Québec emporte sa dissolution, rien n'a été prévu dans l'hypothèse d'un défaut d'immatriculation. Il existe donc un vide juridique à cet égard !

CONCLUSION

Le numérique transforme les conditions de vie et les façons de faire. Le législateur doit tenir compte de ces mutations et effectuer des mises à niveau. Tel est le rôle de la LCCJTI, dont l'objectif est d'assurer un encadrement juridique plus conséquent des activités se déroulant dans l'univers connecté. C'est dans ce contexte que s'inscrit l'éclairage apporté par la décision *Benisty* de la Cour d'appel en 2018¹⁵². Le plus haut tribunal de la province a éclairci les conditions d'application des supports des documents technologiques et il a clairement reconnu que les métadonnées pouvaient être utilisées pour établir l'authenticité d'un document.

Dans le même sens, lorsqu'il a modifié la LPC en 2006, l'objectif du législateur était d'outiller les consommateurs pour faire du commerce en ligne et de sensibiliser les magistrats aux difficultés rencontrées par les consommateurs qui transigent dans un univers dématérialisé. Et pourtant, plus de 10 ans après l'affaire *Dell*, la revue des décisions 2018 sur le contrat à distance permet de constater que les mauvaises décisions s'accumulent et que les tribunaux restent encore collés à leurs vieilles interprétations indépendamment des nouvelles réalités.

En 1994, le législateur a mis au rancart la théorie de la commercialité pour la remplacer par celle de l'entreprise. Le régime juridique particulier, autrefois réservé aux seuls commerçants, est étendu à tout exploitant d'une entreprise et le droit commun appliqué aux consommateurs de biens et de services. Pourtant, à la différence du contrat à distance, le législateur refuse depuis 25 ans de modifier la LPC pour y substituer la notion d'entreprise à celle de

152. Préc., note 2.

commerçant. Par conséquent, une même activité peut se voir assujettie à des critères différents en fonction de la législation visée. Comme la qualification juridique d'une personne ou d'une activité appartient au juge, un cafouillage et une mauvaise qualification, comme celles dénoncées dans la présente chronique, sont possibles.

Dans un article publié en 2017, le professeur Pierre-Claude Lafond est d'avis que ce refus délibéré de modifier la LPC pour l'harmoniser avec le Code civil n'a plus lieu d'être. Comme le législateur fait la sourde oreille, l'auteur lance un appel aux tribunaux afin de déconstruire la définition jurisprudentielle de commerçant pour la reconstruire dans le contexte contemporain :

Comme première proposition, nous suggérons l'assujettissement des cultivateurs, des artisans et des professionnels à la L.P.C. [...]. En second lieu, nous proposons l'application indirecte du concept d'entreprise à la L.P.C. [...]. Notre troisième proposition prévoit un régime d'exception fondé sur le mode d'exercice de l'entreprise [...]. Enfin, il serait possible, tout simplement, de concevoir l'élargissement du concept de commerçant aux exceptions traditionnelles [...].¹⁵³

Enfin, en droit civil, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'affaire *Churchill Falls*, aucun tribunal ne peut ni modifier le contenu d'un contrat, ni obliger les parties à en renégocier certaines modalités, ni imposer un partage des bénéfices distinct de celui qu'il prévoit. Cette décision, en harmonie avec l'affaire *Uniprix*, tranche en faveur de la prévisibilité en matière commerciale, un élément central et fondamental dans le cadre de la négociation commerciale.

Toutes ces affaires démontrent l'importante force créatrice de la jurisprudence. Il s'avère encore plus impératif aujourd'hui qu'hier, dans un monde où la technologie évolue rapidement, que les tribunaux assurent la mise à niveau des règles de droit, mettent au rancart de vieilles conceptions et fassent évoluer le droit en l'adaptant à la réalité économique contemporaine.

153. Pierre-Claude LAFOND, « Pour une modernisation des exceptions à la notion de commerçant – Cultivateurs, artisans et professionnels de ce monde : bienvenue au 21^e siècle ! », (2017) 76 R. du B. 51, 81.