

Université de Montréal

L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Par

François Senécal

Centre de recherche en droit public

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales
en vue de l'obtention du grade LL.M.
Maîtrise en droit des technologies de l'information

Août 2009

© François Senécal 2009

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé

L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

Présenté par

François Senécal

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Didier Lluelles
Président-rapporteur

Vincent Gautrais
Directeur de recherche

Benoît Moore
Membre du jury

L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

RÉSUMÉ

Les technologies de l'information entraînent de profondes transformations dans nos façons d'apprendre et de socialiser ; de lire et d'écrire. Ces changements ne sont pas sans conséquence sur de nombreuses institutions, juridiques ou non. Créées au fil du temps et adaptées à une réalité qu'elles avaient internalisée, elles doivent aujourd'hui comprendre et s'adapter au changement.

L'écrit est une de ces institutions. Sa place dans le droit civil est le fruit de centaines d'années de cohabitation et le droit y a vu un allié stable. Mais autrefois facilitateur, l'écrit devient obstacle alors que les technologies de l'information, affranchies du papier, sont utilisées dans des situations juridiques. Comment adapter la notion d'écrit – et celles de l'original et de la signature – alors qu'il n'est question que de données abstraites sous forme numérique ?

C'est là l'objet de ce mémoire. Suite à une étude de la notion d'écrit dans le temps, de son affirmation à son bouleversement, nous étudierons les outils juridiques (traditionnels ou récents, comme les principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle) à la disposition du droit civil pour constamment s'adapter à des situations changeantes. Enfin, dans une perspective plus pratique, nous verrons le traitement qu'ont fait divers législateurs, de l'écrit électronique. Nous terminerons par une analyse plus précise des dispositions québécoises relatives à l'écrit électronique. Les principes étudiés dans ce mémoire sont susceptibles de s'appliquer à d'autres situations similaires.

Mots-clefs : écrit, document électronique, preuve, formalisme, neutralité technologique, équivalence fonctionnelle

L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE

ABSTRACT

Information technology has completely modified our way of learning, socialising, reading and writing. These changes have also affected numerous institutions. Developed over many years and adapted to a reality they internalised, they now have to understand the nature of the changes taking place and adapt to them.

The legal concept of “writing” is such an institution. Its place in the realm of civil law is the result of hundreds of years of cohabitation. The legal system has found a great ally in “writings”. However, although “writing” has been seen as an enabler in the past, the use of information technologies in legal circumstances has turned it into an obstacle. How are we going to adapt the notion of writing – and those of original and signature – when talking about digital data ?

This is the topic of our thesis. Following a historical study of the concept of “writing”, from its inception to its current state of crisis, we will analyse the legal tools made available to civil law (whether they be traditional or recent, such as the technological neutrality, and functional equivalence principles) in order to adapt to a constantly changing technological landscape. On a more practical level, we will study how different legislators have addressed electronic documents. Our study will conclude with an analysis of Quebec legislation pertaining to electronic documents. The principles studied in this thesis should be applicable to other similar situations.

Keywords: writing, electronic document, proof, formalism, technological neutrality, functional equivalence

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|----|
| LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET EXPRESSIONS LATINES USUELLES ... | ix |
| REMERCIEMENTS | xi |
| INTRODUCTION | 1 |
| PREMIÈRE PARTIE - L'écrit en théorie..... | 3 |
| CHAPITRE 1 – L'histoire de l'écrit | 3 |
| Section préliminaire – La stabilité des définitions de l'écrit..... | 4 |
| 1) L'écrit au sens courant..... | 4 |
| 2) Les définitions juridiques | 6 |
| Section 1 – Affirmation de l'écrit | 13 |
| 1) Au plan probatoire : le passage de l'oralité à l'écriture..... | 13 |
| A) De l'oralité à l'écriture..... | 14 |
| B) La prééminence de l'écrit..... | 20 |
| 2) Au plan formel : le consensualisme, le formalisme et l'écrit | 23 |
| Section 2 – Bouleversement de l'écrit | 28 |
| 1) Au plan probatoire | 28 |
| A) L'EDI : source d'insécurité juridique | 28 |
| B) La micrographie et la fragmentation de l'original | 34 |
| 2) Au plan formel..... | 41 |
| A) La lecture à l'écran..... | 42 |
| B) L'hypertexte et les contrats | 45 |
| CHAPITRE 2 – Réécrire l'écrit | 50 |
| Section 1 – Les outils traditionnels du droit civil | 50 |

| | |
|---|----|
| 1) La fiction..... | 50 |
| 2) La présomption..... | 53 |
| 3) L'interprétation..... | 54 |
| A) Le raisonnement par analogie..... | 55 |
| B) La méthode téléologique..... | 56 |
| Section 2 – De nouveaux principes..... | 58 |
| 1) Le principe de neutralité technologique..... | 58 |
| A) La signification du principe..... | 59 |
| B) La neutralité technologique comme élément de politique législative..... | 64 |
| 2) L'équivalence fonctionnelle..... | 68 |
| A) Les finalités du formalisme..... | 69 |
| B) Les fonctions de l'écrit..... | 75 |
| SECONDE PARTIE – L'écrit électronique en pratique..... | 82 |
| CHAPITRE 1 – L'historique et l'état des lieux législatif..... | 82 |
| Section 1 – Au plan probatoire..... | 82 |
| 1) Dans les instruments internationaux..... | 82 |
| A) La <i>Recommandation n° R (81) 20</i> du Conseil de l'Europe..... | 83 |
| B) La <i>Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques</i> | 85 |
| C) La <i>Loi type sur le commerce électronique</i> de la CNUDCI..... | 87 |
| D) Les <i>eTerms 2004</i> de la Chambre de commerce internationale..... | 90 |
| E) La <i>Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international</i> | 92 |
| 2) En France..... | 94 |
| 3) Au Québec..... | 98 |

| | |
|--|-----|
| Section 2 – Au plan formel | 103 |
| 1) Dans les instruments internationaux | 104 |
| 2) En France | 104 |
| 3) Au Québec | 107 |
| CHAPITRE 2 – L’écrit électronique en droit québécois | 111 |
| Section 1 – L’intégrité comme critère d’équivalence fonctionnelle | 111 |
| 1) Le critère d’intégrité et la conservation des documents électroniques | 111 |
| 2) L’intégrité et la notion du cycle de vie du document dans la LCCJTI | 117 |
| Section 2 – La preuve d’un écrit électronique | 121 |
| 1) La portée de la présomption de l’article 2840 C.c.Q. | 122 |
| 2) La contestation d’un écrit électronique | 129 |
| CONCLUSION GÉNÉRALE | 135 |
| TABLE DE LA LÉGISLATION | 136 |
| Textes fédéraux | 136 |
| Textes québécois | 136 |
| Textes américains | 136 |
| Textes britanniques | 137 |
| Textes français | 137 |
| Directives européennes | 137 |
| TABLE DES JUGEMENTS | 139 |
| Jurisprudence canadienne | 139 |
| Jurisprudence américaine | 139 |
| Jurisprudence belge | 139 |
| BIBLIOGRAPHIE | 140 |
| Articles de revues et études d’ouvrages collectifs | 143 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| Documents canadiens..... | 148 |
| Documents internationaux | 148 |
| Conférences..... | 149 |
| Émissions de télévision..... | 150 |

LISTE DES SIGLES, ABRÉVIATIONS ET EXPRESSIONS LATINES USUELLES

| | |
|------------------|---|
| CCI | Chambre de commerce internationale |
| C.c.Q. | Code civil du Québec |
| C. de D. | Cahiers de droit |
| CE | Conseil de l'Europe |
| CNUDCI | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international |
| C.p.c. | Code de procédure civile |
| C.P.I. | Cahiers de propriété intellectuelle |
| C.Q. | Cour du Québec |
| EDI | Electronic Data Interchange ; Échange de documents informatisés |
| <i>In fine</i> | À la fin (d'une disposition législative) |
| <i>In limine</i> | Au début (d'une disposition législative) |
| J.L.M.B. | Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles |
| LCCJTI | Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information |
| LCEN | Loi pour la confiance dans l'économie numérique |
| L.p.c. | Loi sur la protection du consommateur |
| LP | Loi sur la preuve au Canada |
| LPPD | Loi sur la preuve photographique de documents |
| L.Q. | Lois du Québec |
| L.R.C | Lois révisées du Canada |
| L.R.Q. | Lois refondues du Québec |
| N.Y.S.2d | West's New York Supplement (2 ^e série) |
| QCCA | Cour d'appel du Québec |
| R.C.S. | Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada |

| | |
|---------------------|---|
| R.D.T.U.O. | Revue de droit et technologie de l'Université d'Ottawa |
| R. du B. | Revue du Barreau |
| R. du B. Can. | Revue du Barreau Canadien |
| R. du N. | Revue du Notariat |
| Rev. int. dr. comp. | Revue internationale de droit comparé |
| R.G.D. | Revue générale de droit |
| R.R.Q. | Règlements refondus du Québec |
| RTD Civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| Tex. L.R. | Texas Law Review |
| UNECE | United Nations Economic Commission for Europe ; Commission économique pour l'Europe |
| U.S.C. | United States Code |
| Yale L.J. | Yale Law Journal |

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à remercier mon directeur, Vincent Gautrais, dont la grande disponibilité n'avait d'égale que son enthousiasme. Chaque réunion était pour moi un encouragement renouvelé ; j'en suis toujours ressorti rasséréiné. Son savoir, ses réflexions et ses commentaires m'ont beaucoup aidé dans ma progression.

De même, je désire remercier ma famille, mes amis et mes collègues, sans qui cette épopée aurait probablement plus tenu de la traversée du désert. J'aimerais souligner l'apport plus particulier d'Emmanuelle Bernheim, de Vanessa Girard, de Virginie Mesguich et de Nicolas Vermeys. Par les échanges que nous avons eus, vos commentaires, conseils et corrections – et, de façon générale, votre joyeuse compagnie – vous m'avez grandement facilité la tâche et avez contribué à la rendre plus agréable.

J'ai aussi pu compter sur l'appui du Centre de recherche en droit public et de son directeur, Karim Benyekhlef. Mon séjour au CRDP aura été des plus enrichissant, tant au plan intellectuel qu'humain. Je me dois enfin de remercier le Fonds J.-A.-Louis-Lagassé, la Fondation André-Savoie, la Faculté des études supérieures et postdoctorales et le cabinet d'avocats Stikeman Elliott, pour leur reconnaissance et leur soutien financier.

INTRODUCTION

« Because paper was the exclusive medium at the time of promulgation of many of these laws, it is not surprising that regulations assume its use. However, the speed with which the technologies of electronic commerce have matured and become accessible for use on a worldwide basis challenges that assumption. »¹

Nous vivons à une époque charnière. De profondes transformations s'opèrent dans nos façons d'apprendre et de socialiser ; de lire et d'écrire. Nos rapports à la connaissance et à la culture se modifient, sous nos yeux. La dernière fois qu'un changement d'une telle amplitude s'est produit était il y a environ 500 ans, sous l'impulsion de l'invention de la presse à imprimer...

L'avènement, le développement rapide des technologies de l'information et leur envahissement dans pratiquement toutes les sphères de la société sont d'importants facteurs de ces changements – s'ils n'en sont pas la source. Autrefois réservée, pour des raisons de coût et d'utilité aux seules grandes entreprises et aux gouvernements, l'informatique s'est démocratisée. L'ordinateur personnel a fait son entrée dans les maisons, les téléphones en sont sortis les technologies de l'information s'y sont étendues. Depuis le début des années 1990, l'Internet et le Web se sont développés pour devenir ce que nous connaissons aujourd'hui – et ce que nous ne reconnâtrons probablement pas dans 10 ans.

De nombreuses institutions sont confrontées à ces changements. Créées au fil du temps et adaptées à une réalité qu'elles avaient internalisée, elles doivent dorénavant comprendre la nature des changements et évoluer et afin de l'absorber.

Ce mémoire porte sur l'une de ces institutions : l'écrit. Celui-ci est très proche de l'épicentre du séisme causé au XVI^e siècle. À cette époque, la société se développait de plus en plus autour du papier, au point où son développement aurait été impensable sans

¹ Jeffrey B. RITTER et Judith Y. GLINIECKI, « International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms », (1993) 6 *Harvard Journal of Law & Technology* 263, 264.

lui – la consécration de l’écrit, et même l’invention de la presse à imprimer, ne sont donc pas des accidents de parcours. Le pouvoir, le commerce et les affaires privées en sont venus à utiliser l’écrit de façon systématique, à de multiples fins. Naturellement, le droit s’était aussi saisi des possibilités que lui offrait l’écrit, en lui conférant une place centrale en droit de la preuve et en droit des contrats. Par exemple, il a exigé que certains contrats soient écrits afin d’en faire la preuve ou pour créer une solennité en attirant l’attention des cocontractants sur ce à quoi ils s’apprêtent à signer. L’écrit, indiscutablement associé au papier depuis des siècles, possède des qualités permettant de remplir ces fonctions : la notion s’est construite autour de celles-ci.

Mais l’écrit, autrefois facilitateur, devient obstacle au moment où les technologies de l’information, affranchies du papier, sont utilisées dans des situations juridiques. Comment, en effet, prouver l’existence d’un contrat par écrit, alors que seules des données numériques sont passées d’un système à un autre ? De même, comment peut-on présenter au tribunal un document original alors que l’on n’a qu’une microfiche ? Et surtout, comment peut-on dire qu’un contrat a été conclu valablement alors qu’il n’a suffi que d’un clic de souris pour ce faire ? À l’évidence, une réflexion sur la notion d’écrit a dû être entreprise au cours des récentes années, afin de chercher à la rénover.

C’est sur cette réflexion que notre mémoire porte. Ainsi, dans une première partie plus théorique, nous avons cherché à cerner la notion d’écrit dans le temps : d’abord en rétrospective, afin de déterminer ce qui a constitué l’écrit tel qu’il était avant le bousculement occasionné par les changements technologiques récents, puis en prospective, pour identifier comment les outils juridiques, qui donnent au droit sa capacité de s’adapter à de nouvelles réalités, sont mis à contribution pour le contexte qui nous intéresse. Une seconde partie étudie l’écrit électronique sous un plan plus pratique. Il y sera question, dans un premier temps, de la reconnaissance de l’écrit électronique en droit positif et des méthodes employées pour ce faire et, dans un second temps, nous étudierons plus en profondeur les dispositions du droit québécois sur l’écrit électronique.

PREMIÈRE PARTIE - L'ÉCRIT EN THÉORIE

Tout comme l'expression « *écrit* électronique » l'indique, nous devons d'abord porter notre attention sur la notion d'écrit. Il s'agit d'une notion fondamentale dans les domaines du droit de la preuve et des contrats, qui s'est développée sur plusieurs siècles. Nous aborderons donc l'écrit dans une perspective historique. Alors que l'écrit était une notion qui semblait aller de soi jusqu'à récemment, au point de ne pouvoir la définir vraiment, faute de besoin de le faire, il n'en a pas toujours été ainsi. La notion d'écrit se révèle dans les raisons justifiant son affirmation comme élément central du droit civil, il y a plusieurs centaines d'années. Elle se révèle aussi dans le bouleversement qu'elle a subi depuis moins de cinquante ans sous l'effet des nouvelles techniques documentaires et des communications électroniques. Cette remise en question fondamentale nous amène à réfléchir sur les outils du droit qui lui permettent de se saisir et d'intégrer un changement si important – bref, de s'adapter à une réalité nouvelle. Les outils traditionnels du droit civil seront mis à contribution, mais agiront en conjonction avec des concepts nouveaux, sur lesquels nous élaborerons.

CHAPITRE 1 – L'histoire de l'écrit

« It took man thousands of years to put words down on paper, and his lawyers still wish he wouldn't. »²

L'histoire de l'écriture est particulièrement riche. Elle réfère à d'anciens royaumes, à diverses cultures et puise à de nombreuses disciplines. Le droit n'est que l'une de celles-ci. L'écrit au sens juridique n'opère donc pas en vase clos. En élaborant sur l'affirmation de l'écrit comme élément central du droit de la preuve et des contrats (1), nous ne pourrions faire autrement que de considérer de nombreux éléments du contexte de l'époque. De même, le bouleversement causé par les technologies de l'information (2) s'étudie, tant dans ses causes que dans ses effets, en faisant référence au contexte technologique et commercial ainsi qu'aux caractéristiques du médium électronique. Avant tout, nous constaterons que la définition de l'écrit est particulièrement stable – au point où sa signification semble aller de soi.

² Citation attribuée à Mignon McLaughlin, auteur et journaliste américain.

Section préliminaire – La stabilité des définitions de l’écrit

« *Blackadder*: [Rewriting the dictionary] Baldrick, what have you done?

Baldrick: I've done "C" and "D." [...] I'm quite pleased with "Dog."

Blackadder: Yes, and your definition of "Dog" is ?

Baldrick: "Not a cat." »³

Il serait une vérité de Lapalisse que d’affirmer que ce qui est écrit n’est pas verbal, et inversement. L’exercice serait, de plus, peu fécond. La véritable difficulté réside plutôt dans la recherche d’une définition plus précise de ce qu’est, en lui-même, un « écrit ». Cette section se veut une entrée en la matière. Nous constaterons que l’écrit – notion pluriséculaire s’il en est – fait l’objet de définitions stables, tant au sens courant qu’au sens juridique, malgré une variété de supports et de méthodes.

1) L’écrit au sens courant

Jusqu’à récemment, le droit utilisait donc une notion fondamentale sans autre définition que celle communément admise, soit son sens courant. En effet, ce n’est que depuis peu que l’on retrouve des définitions de l’écrit en droit positif⁴. L’intensification de l’utilisation des communications électroniques a contraint les législateurs à y réfléchir.

Le terme « écrit » est à la fois un adjectif et un nom. Employé comme adjectif, « écrit » désigne ce qui est le produit de l’écriture⁵. Le Robert propose six acceptions du mot « écriture », dont deux réfèrent à une action⁶. La première situe l’écrit par rapport à la

³ *Blackadder*, « Blackadder the Third: Ink and Incapability », saison 3, épisode 2, diffusé le 24 septembre 1987 sur BBC One.

⁴ Bien que ce soit le cas au Québec depuis 150 ans (*Loi d’interprétation*, 1859, 22 Vict. c. 5 (Statuts provinciaux)), ce n’est pas le cas des autres juridictions civilistes : Dominique MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l’écrit dans le Code civil ? », (décembre 2000) 7 *Revue Ubiquité* 121, 121.

⁵ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 214. Pour la définition de l’écrit comme *nom* dans cet ouvrage, voir *infra*, note 16.

⁶ Les autres acceptions du terme « écriture » renvoient : aux types de caractères des systèmes d’écriture, par exemple l’écriture cyrillique ; à la « [m]anière personnelle dont on trace les caractères en écrivant » ; aux Écritures saintes ; et, enfin, tautologiquement, l’écriture est « [c]e qui est écrit ». C’est à cette dernière

parole : c'est la « [r]épresentation de la parole et de la pensée par des signes »⁷ – la trace d'un signe porteur de sens. Les renvois faits à « graphie » et à des mots relatifs à l'alphabet cernent cet espace sémantique. La seconde suggère « [l]'action d'écrire; de rédiger de la correspondance ou de composer un ouvrage littéraire »⁸ et renvoie à « rédaction ». Elle souligne le caractère *communicationnel* de l'acte d'écrire.

Deux espaces sémantiques sont ainsi créés : l'écrit est, une représentation visuelle de la parole et de la pensée à l'aide de signes et un vecteur de cette pensée. Les deux semblent inséparables. Sans surprise, ces deux aspects se retrouvent aussi dans la définition du verbe « écrire »⁹ : « [t]racer des signes représentant la pensée humaine, les sons du langage parlé » et « [c]omposer (un ouvrage scientifique, littéraire) ». Le sens y est complété par des renvois à « rédiger », « produire » et « publier ».

Employé comme nom, l'écrit a comme première acception « [c]e qui est écrit sur du papier, du parchemin... »¹⁰. Outre la tautologie définissant le nom par l'adjectif, notons la référence à un support comme élément de la définition. Les locutions adverbiales « en écrit » et « par écrit » font tantôt référence à un support, tantôt au résultat d'un procédé : « *sur* le papier ; *par* l'écriture »¹¹.

Le sens courant de l'écrit, et de celui des mots de la même famille, permet d'en identifier deux aspects : il représente, au moyen de signes, la pensée humaine et il est un moyen de communication. Il est considéré comme le produit d'un procédé d'écriture : l'apposition de caractères, de graphismes. En cela, l'existence d'un support est un sous-entendu évident. Comment, en effet, tracer des signes autrement que sur un support ? Celui-ci est alors un élément inhérent à l'écrit¹². En est-il ainsi de la représentation de la pensée

acception que figure l'écrit au sens juridique. Paul ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 2, Paris, Société du Nouveau Littre, 1972, p. 378-379, v° « Écriture ». L'utilisation d'un dictionnaire publié en 1972, soit quelques temps avant l'utilisation courante des communications électroniques, nous permet de vérifier comment était alors conçue la notion d'écrit.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*, p. 375-377, v° « Écrire ».

¹⁰ *Id.*, p. 377, v° « Écrit » (les points de suspension sont du texte original).

¹¹ *Id.* (nos italiques).

¹² Hervé CROZE, « Informatique, preuve et sécurité », D. Chron. 1987.169, n° 18, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 4, 121.

humaine par des *graphismes* ? En effet, « les champs magnétiques du disque magnétique ou les trous elliptiques du disque optique passent difficilement pour des graphismes »¹³. Hervé Croze identifiera globalement la problématique : « [i]l n'est pas aisé de dire jusqu'à quel degré de dématérialisation l'on peut aller sans perdre la qualification d'écrit »¹⁴.

2) Les définitions juridiques

Les définitions des dictionnaires juridiques – de la doctrine, de la loi ou de la jurisprudence, diffèrent quelque peu de celles du sens courant, mais n'en sont pas moins problématiques quant à leur capacité à prendre en compte l'écrit sous forme électronique.

Les définitions juridiques énumèrent généralement divers supports ou procédés. Par exemple, quand aux supports, le *Ballentine's Law Dictionary* de 1969 explique que l'écrit

« may be on paper, wood, stone, or other material. The general rule undoubtedly is that whenever a statute or usage requires a writing, it must be made on paper or parchment; but it is not necessary that it be in ink. It may be in pencil. [...] A prudent man will not write his will in pencil, but it is valid if he does so. »¹⁵

Quant aux procédés, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* définit un écrit comme tout « [d]ocument rédigé, y compris ce qui est imprimé, photocopié, peint, gravé, lithographié ou autrement tracé ou copié »¹⁶. Cette définition ajoute le procédé d'impression à la définition de la *Loi d'interprétation* du Canada-Uni, datant de 1859¹⁷. Cette définition a été reprise à l'article 17(12) du *Code civil du Bas-Canada* et à l'art. 61(12) de la *Loi d'interprétation* québécoise¹⁸, et n'a été abrogée que lors de l'entrée en

¹³ D. MOUGENOT, préc., note 4, 121.

¹⁴ H. CROZE, préc., note 12, n° 18, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 4., 121.

¹⁵ James Arthur BALLENTINE, *Ballentine's Law Dictionary*, 3^e éd., Rochester (N.Y.), Lawyers Co-Operative Pub., 1969, v° « Writing ».

¹⁶ H. REID, *op. cit.*, note 5, v° « Écrit ».

¹⁷ *Loi d'interprétation* (1859), préc., note 4, art. 6(9). Celui-ci affirme que « [l]es mots "écriture," "écrit," ou toute expression ayant la même signification, signifient les mots imprimés, peints, gravés, lithographiés, ou autrement tracés ou copiés ».

¹⁸ L.R.Q., c. I-16.

vigueur le 1^{er} novembre 2001 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁹.

Ce type de définition, tentant une énumération exhaustive des procédés ou des supports, apporte une certitude quant à l'utilisation de certains procédés nouveaux, mais ne manque pas de créer éventuellement une incertitude lors d'un nouveau développement technique. C'est ce qui semble se produire lorsque le législateur vient adouber une technique particulière en la rajoutant à la loi. Ainsi, lorsqu'une loi du Missouri pose que « the term "written instrument" [includes] every instrument, partly printed and partly written, or wholly printed with a written signature thereto »²⁰, il est tout à fait loisible de considérer qu'une telle disposition a été adoptée afin de rassurer les utilisateurs de textes non manuscrits quant à la valeur juridique de tels documents²¹.

La chose n'est pas sans précédent. Au Congrès du Notariat de Rennes en 1909, « à une époque où seule "l'écriture ordinaire" semble être conforme aux exigences de la loi de Ventôse »²², l'on a examiné la question de l'utilisation de la machine à écrire pour la confection d'actes notariés. Le rapporteur y a souligné qu'une loi de Pennsylvanie offrait la même force légale aux documents créés avec une machine à écrire. Il note toutefois « [l'importance] d'apprécier si le nouveau procédé d'écriture est légal et si les empreintes données par les encres dites indélébiles auront une durée capable de résister à l'épreuve et à l'œuvre du temps »²³. Une nouvelle technique s'accompagne donc d'une certaine incertitude juridique entourant son utilisation, jusqu'à ce qu'elle soit formellement consacrée par le texte de la loi (ou par la jurisprudence), consécration qui sera justifiée et légitimée par la rencontre d'un certain critère légal²⁴ et qui se produira parallèlement à une utilisation et une confiance grandissante de la part du public.

¹⁹ L.R.Q., c. C-1.1, art. 100 (ci-après « LCCJTI »).

²⁰ Cité dans J. A. BALLENTINE, préc., note 15, v° « Writing ».

²¹ J. A. BALLENTINE, préc., note 15.

²² Jérôme SALANSON, « Technologies nouvelles et perspectives notariales françaises », (2004) 106 *Revue du Notariat* 415, 420.

²³ Propos rapportés dans J. SALANSON, *id.*

²⁴ Bien que le passage du papier à l'électronique ait des ramifications plus profondes que le passage du manuscrit à l'imprimé, la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3 ouvre la voie à l'acte notarié électronique (notamment les articles 35 et 39). Cependant, les règlements d'application, selon l'article 98, se font toujours attendre. Voir Alain ROY et Bertrand SALVAS, « Réflexions sur l'acte notarié électronique en

Certaines définitions juridiques requièrent la lisibilité de l'écrit ou son intelligibilité, avec pour conséquence que le document informatisé n'existe juridiquement que suite à son impression. Par exemple, la *Loi d'interprétation* canadienne pose l'exigence de la lisibilité, peu importe le procédé utilisé comme des « [m]ots *pouvant être lus*, quel que soit leur mode de présentation ou de reproduction, notamment impression, dactylographie, peinture, gravure, lithographie ou photographie »²⁵.

Le *Ballentine's Law Dictionary* réfère à la lisibilité dans sa définition générale : « [a]nything which is written. *Legible characters* in pen or pencil. Handwriting, typewriting, or printing. [...] The expression of ideas by *visible letters*. »²⁶ La « notion classique » du *Répertoire Notarial* belge affirme que « l'écrit est la *représentation lisible* du langage ou de la pensée au moyen de graphismes »²⁷. Yves Poulet affirme quant à lui que « l'écrit constitue un support stable et fiable sur lequel figurent des *signes lisibles* formant un langage »²⁸. Il devient donc difficile de faire entrer l'écrit sous forme électronique dans le cadre de ces définitions traditionnelles de l'écrit :

« pour que l'on soit en présence d'un écrit au sens de l'article 1341 du Code civil, il faut au moins qu'une information soit enregistrée et qu'elle puisse être lue ; il faut sans doute également qu'elle soit inaltérable et *directement intelligible par l'esprit humain* (donc non cryptée). C'est dire que, dans l'état actuel du droit positif, il ne semble pas possible de

droit québécois », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 653. En France, un tel décret a été émis en 2005 : *Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires*, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSC0520512D>> (accédé le 31 août 2009). Il crée un minutier central électronique sous le contrôle du Conseil supérieur du Notariat, où sont versés les actes. Le premier acte notarié électronique a ainsi eu lieu le 28 octobre 2008 : NOTAIRES DE FRANCE, *Signature du premier acte authentique électronique sur support électronique*, 28 octobre 2008, en ligne : <http://www.notaires.fr/notaires/notaires.nsf/V_TA_PUB/SMSI-7KUJGE> (accédé le 31 août 2009).

²⁵ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 35(1), v° « Écrit » (nos italiques).

²⁶ J. A. BALLENTINE, préc., note 15, v° « Writing » (nos italiques).

²⁷ Raymond MOUGENOT, *La preuve*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997, n° 79, cité dans Dominique MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, n° 83 p. 139 (nos italiques).

²⁸ Yves POULET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », dans Gabriel BALLON (dir.), *Le droit des affaires en évolution : Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 53, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 4, 121 (nos italiques).

satisfaire à l'exigence d'une preuve écrite en produisant simplement le contenu des mémoires d'un ordinateur. »²⁹

Cette exigence de lisibilité et d'intelligibilité directes semble impliquer l'existence d'un support papier. Le commentaire de Croze, datant de 1987, semble juste au regard de la jurisprudence postérieure. Une décision de 1998 du Tribunal de première instance de Mons (Belgique) affirme que « [l]a notification par support papier peut être effectuée par exploit d'huissier, par lettre recommandée, par télex, par télécopie *ou tout autre mode de communication électronique qui peut produire un support papier* »³⁰. Mougenot commente la décision en ces mots : « [elle] est révélatrice de la conception classique de l'écrit parce qu'elle valide l'usage de l'informatique pour autant que le document soit produit sur papier »³¹.

Une autre décision belge, de 2002, établira la culpabilité d'un prévenu pour faux en concluant que « de fausses données [introduites] dans le réseau internet [...] deviennent des écrits lorsque, comme dans le cas d'espèce, elles sont transposées sur des supports écrits »³². Cette formulation est quelque peu sibylline, mais le juge réfère à une décision de la Cour d'appel de Liège où il était précisé que

« [p]our être punissable, le faux en écriture doit se produire dans un écrit, quel que soit le procédé mis en œuvre pour sa réalisation. Les données informatiques appelées par l'opérateur sur l'écran de son ordinateur ne sont que des impulsions magnétiques ne constituant pas des écrits au sens de la loi mais peuvent être l'instrument de leur réalisation; la modification frauduleuse desdites données ne produira un écrit faux qu'à condition qu'elles soient inscrites sur un support matériel, quel qu'il soit (papier, disquette ou disque dur...) »³³

²⁹ H. CROZE, préc., note 12, n° 18, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 140 (nos italiques).

³⁰ Trib. Inst. Mons (Belgique), 21 octobre 1998, *J.L.M.B.* 1999.454, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 140 (nos italiques).

³¹ D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 140.

³² Trib. Civ. Liège (Belgique) (12° ch. corr.), 18 novembre 2002, *Revue Ubiquité* 2003.15.95, note Olivier LEROUX, 96.

³³ C.A. Liège (Belgique), 26 février 1992, *J.L.M.B.* 1992.1346, cité dans O. LEROUX, préc., note 32, 110.

Le commentateur de la décision de 2002 critique toutefois ces derniers mots, affirmant qu'aux fins de l'article 193 du *Code pénal* belge sur le faux en écritures, la jurisprudence est d'avis que cette écriture

« devait être la matérialisation d'une pensée dans un système de *signes qui pouvaient être immédiatement lus et compris*, ce qui n'était pas le cas de données introduites dans un système informatique, lesquelles ne constituent pas des signes graphiques intelligibles par eux-mêmes. »³⁴

Au Canada, une situation similaire aurait pu mener à une solution différente. Dans la cause *R. c. Pelland*³⁵, il était question de l'escroquerie par fausse déclaration par écrit, dont il est question à l'article 362(1)c) du *Code criminel*³⁶. Un emprunteur, en entrevue auprès d'une banque pour un prêt personnel, a omis de mentionner une deuxième hypothèque sur sa maison. Les informations étaient saisies par une préposée, qui a fait signer à l'emprunteur une attestation quant à la véracité des informations qu'il avait transmises verbalement. Cette attestation est un document distinct du document créé à l'ordinateur.

Quant à la notion de fausse déclaration par écrit, la cour mentionne que « dans un cas où une personne prétend qu'une autre a fait une fausse déclaration, on a un écrit et il est facile de déterminer si oui ou non la fausse déclaration a été faite ». Or en l'espèce, « ce que contient l'ordinateur est l'acte de [la préposée] »³⁷ ; le document n'a pas été imprimé et il n'y a pas de preuve que l'emprunteur ait vu ce qui paraissait à l'écran. En conséquence,

³⁴ O. LEROUX, préc., note 32, 98 (nos italiques ; référence omise), référant à l'« Affaire Bistel » (C.A. Bruxelles, 24 juin 1991, *Rev. dr. pén. crim.* 1992.340). L'auteur cite aussi la Cour de cassation belge qui, dans un arrêt du 21 juin 1981 (*Pas.* 1981.I.1242) avait défini l'écriture, aux fins des dispositions sur le faux en écritures, comme « un ensemble de signes graphiques « qui figurent sur un support matériel, pour constater un acte ou un fait juridique et que le public peut considérer comme vrai » ».

³⁵ *R. c. Pelland*, 1995 CanLII 5440 (QC C.A.).

³⁶ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

« 362. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas : [...]

c) sciemment fait ou fait faire, directement ou indirectement, une fausse déclaration par écrit avec l'intention qu'on y ajoute foi, en ce qui regarde sa situation financière ou ses moyens ou sa capacité de payer, ou la situation financière, les moyens ou la capacité de payer de toute personne ou organisation dans laquelle il est intéressé ou pour laquelle il agit, en vue d'obtenir, sous quelque forme que ce soit, à son avantage ou pour le bénéfice de cette personne ou organisation : [...]

iii) soit l'octroi d'un prêt, [...]

³⁷ *R. c. Pelland*, préc., note 35, 5.

« comme on n'a pas établi que ce jour-là l'appelant a fait siennes les informations qui étaient dans l'ordinateur, on ne peut dire que ce jour-là l'appelant a fait une fausse déclaration par écrit à la banque »³⁸. En visualisant l'affichage du document à l'écran, l'accusé aurait pu faire siennes les informations contenues à l'ordinateur *sans que celles-ci soient imprimées*, et cela aurait pu constituer une fausse déclaration *par écrit*³⁹.

Devant les difficultés posées par des définitions traditionnelles exigeant la lisibilité et l'intelligibilité directes de l'écrit, il a été proposé de le redéfinir de façon plus large, de sorte à ne pas exclure d'emblée l'écrit électronique. L'écrit deviendrait ainsi « l'expression de la parole ou de la pensée par des signes »⁴⁰ ou « l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support »⁴¹. Bref, en remplaçant les graphismes par des signes et en évacuant toute référence à la lisibilité⁴².

Lorsque l'écrit est conçu comme le résultat d'un procédé d'écriture, consistant en l'utilisation de graphismes, l'intelligibilité ne peut être que *directe*. Or le médium électronique vient rajouter un niveau d'abstraction à l'écrit : alors que le message est encodé dans une langue et représenté par une suite de caractères, l'électronique implique que le tout soit encodé de nouveau, sous une forme numérique inintelligible pour l'esprit humain. En cela, l'électronique ne viendrait que rendre plus abstrait l'écrit. Après tout, l'écriture a longtemps été l'apanage d'une frange privilégiée de la société, et nombreux étaient alors ceux qui ne pouvaient voir dans un écrit une suite de symboles porteur de sens⁴³ : « l'écrit dépend moins de son support que de la capacité de son lecteur »⁴⁴.

³⁸ *Id.*

³⁹ L'accusé a été reconnu coupable d'une autre accusation de fausse déclaration par écrit, puisqu'il avait remis, pour un autre prêt, un bilan financier personnel omettant cette même deuxième hypothèque. Soulignons qu'il nous est impossible de dire si, dans l'éventualité où l'accusé avait lu le document à l'écran, la fausse déclaration aurait été le document informatique ou l'attestation de véracité.

⁴⁰ J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? », *Cah. Lamy Dr. Inf.* 1988.H n° 5, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 4, 121.

⁴¹ Michel FONTAINE, *La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles*, Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain, 1987, p. 5, cité dans D. MOUGENOT, préc., note 4, 122.

⁴² D. MOUGENOT, préc., note 4, 122.

⁴³ Voir en ce sens Roger T. PÉDAUQUE, « Document : forme, signe et médium, les re-formulations du numérique », dans Roger T. PÉDAUQUE, *Le document à la lumière du numérique*, Caen, C&F Éditions, 2006, 27, à la p. 37 : « Au prix d'un important effort social (l'école, qui permet l'acquisition du protocole de lecture), ce document est directement perceptible, c'est-à-dire sans outil intermédiaire de forte technicité

La question de la lisibilité de l'écrit ne pouvait être si facilement réglée. Parallèlement à ces discussions doctrinales cherchant à développer une définition *conceptuelle* qui engloberait l'écrit électronique, une approche plus pragmatique, mise de l'avant surtout au niveau international dans le domaine commercial, s'orientait vers une définition *fonctionnelle*. En effet, les définitions traditionnelles ne s'accrochent pas de l'écrit sous forme électronique. « [L]'écrit détient un lien direct avec le papier »⁴⁵. Ainsi, de nouvelles méthodes, comme la lithographie ou la photocopie, n'ont pas révolutionné la notion d'écrit et n'ont fait l'objet que d'un rajout à l'énumération d'un dictionnaire juridique⁴⁶. À l'opposé, l'électronique remet trop en question la notion de l'écrit pour qu'un simple ajout à la définition suffise à régler la question.

Tant au sens courant qu'au sens juridique, les définitions faites de l'écrit sont particulièrement stables et permettent aisément d'englober différents supports ou

(sinon pour certains, des lunettes), par une part plus ou moins importante de la population d'une société donnée : celle qui a appris à lire. »

⁴⁴ Elisabeth JOLY-PASSANT, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2006, n° 1, p. 1.

⁴⁵ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international : Encadrement juridique*, 2^e éd. rev., Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002, p. 111

⁴⁶ Notons l'évolution du *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu. La définition d'« écrit » s'est particulièrement raffinée dans ce dictionnaire depuis la première édition, en 1987. L'écrit était alors défini par : « Rédigé par écrit; exprimé par des signes d'écriture (manuscrits ou non), par opposition à oral, verbal » (Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1987, p. 294, v° « Écrit »). Dans l'édition la plus récente, la définition élabore sur celle qu'offre l'article 1316 du Code civil français – qui consacre le principe de l'approche fonctionnelle : « Pour preuve littérale des actes juridiques conventionnels ou unilatéraux (C. civ., a. 1326), suite de signes dotés d'une signification intelligible et fixés sur un support, définition légale générique (a. 1316) qui : **1/** distingue, dans l'écrit, trois éléments constitutifs de base (un message intellectuel, une représentation graphique visible, leur fixation sur un support) ; **2/** réserve les formes variables des signes (lettres, caractères, chiffres ou autres symboles), de leur support (support papier, support électronique) et de leur mode de transmission (expédition d'un acte en original ou en copie, transmission électronique) ; **3/** pose l'intelligibilité comme exigence spécifique du commerce juridique ; **4/** fait l'impasse sur la langue naturelle et n'explique pas les modes de création des signes (lesquels sont impliqués par la nature du support) ; **5/** doit être complétée par l'exigence, en tout écrit, d'une signature qui le rapporte à son auteur (autre exigence pertinente du commerce juridique, s'agissant de prouver un acte juridique dont les effets, par définition, sont intentionnellement recherchés par son auteur), a. 1316-4 C. civ. ». L'« écrit sur support numérique » fait aussi l'objet d'une entrée à part : « Donnée électronique porteuse d'un texte doté sens (dans les termes de l'a. 1316) que la loi admet en preuve des actes juridiques au même titre et avec la même force probante (a. 1316-3) que l'écrit papier, à condition que puisse être identifiée la personne dont émane cette donnée et que celle-ci soit établie et conservée selon des procédés qui en garantissent l'intégrité (C. civ., a. 1316-1) ». Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Quadriga/PUF, 2007, p. 343, v° « Écrit ».

techniques d'écriture et de reproduction. La raison en est que, fondamentalement, la notion d'écrit n'a que peu évolué depuis sa reconnaissance par le droit. Sa signification allait de soi, jusqu'à sa récente remise en question.

Section 1 – Affirmation de l'écrit

« L'écriture, c'est-à-dire, l'art de peindre la parole
et de parler aux yeux »⁴⁷

C'est au sortir du Moyen Âge qu'un ensemble de circonstances sociales, juridiques, technologiques et même politiques a coïncidé et vu dans l'écrit le moyen de répondre à leurs besoins particuliers. Cela s'est traduit, au plan probatoire, par le renversement de l'adage « témoins passent lettres » : désormais, l'écrit prime. L'écrit devenait le moyen de preuve privilégié. Il suivait en cela les besoins d'une société de plus en plus complexe qui avait atteint à certains égards les limites de l'oralité. Au plan formel, les développements juridiques ont fait du consensualisme le principe général de formation des contrats. Plus avantageux et mieux adapté à la société, le principe du consensualisme posait néanmoins des risques qui ont été maîtrisés par le recours à un formalisme écrit.

1) Au plan probatoire : le passage de l'oralité à l'écriture

L'écrit n'a pas toujours occupé la place centrale qu'il a aujourd'hui dans le droit de la preuve. Celle-ci provient d'importants changements tant sociaux que techniques et juridiques, qui ont eu lieu il y a quelques centaines d'années. Il convient d'opérer un bref retour aux origines de l'écrit pour étudier le contexte de son ascension. Nous étudierons d'abord les caractéristiques du passage d'une société orale à une société fondée sur l'écrit, puis la façon dont celui-ci s'inscrit, dans la loi, au haut de la hiérarchie probatoire.

⁴⁷ *Le Grand Vocabulaire François*, t. 8, Paris, C. Panckoucke Libraire, 1769, p. 569, v° « Écriture », en ligne : <<http://books.google.ca/books?id=B3QGAAAAQAAJ>> (accédé le 31 août 2009).

A) De l'oralité à l'écriture

Le passage d'une société basée sur l'oralité à une société basée sur l'écriture est une lente construction. D'un côté, l'État dépend de plus en plus sur l'écrit pour étendre ses pouvoirs, et ses sujets entrent dans des transactions juridiques toujours plus complexes. De l'autre, pour contrer la méfiance qui l'accompagne, l'écrit devient objet d'études savantes et voit sa principale menace, le *faux*, faire l'objet d'une sévère répression. Mais d'abord, de brèves remarques sur la nature et les caractéristiques de l'oral et de l'écrit sont toutefois pertinentes.

Robert Escarpit pose que « [t]oute communication suppose l'émission et la réception de signes [...] dont le sens [...] a fait l'objet d'une convention préalable entre l'émetteur et le récepteur. »⁴⁸ Au niveau de l'émetteur, le système moteur et le système phonique permettent l'expression ; au niveau du récepteur, trois canaux sont identifiés : tactile, visuel et auditif⁴⁹. Ces canaux possèdent des caractéristiques particulières. Le canal tactile, par exemple, est d'un usage fort limité. Par rapport au canal auditif, le canal visuel peut transmettre plus d'informations et de meilleure qualité, la transmission étant plus « nuancée »⁵⁰. Ce dernier subit toutefois des contraintes d'espace (distance, visibilité ou présence d'obstacles) différentes du canal auditif, dont la portée est plus limitée mais dont les possibilités sont plus nombreuses⁵¹. Ces trois canaux forment ainsi autour de la personne un espace de communication qu'Escarpit appelle « dimension manipulaire », en référence à l'« unité [...] de l'armée romaine [composée du maximum] d'hommes avec lequel on peut communiquer par la voix et par le geste »⁵². Des moyens techniques comme l'amphithéâtre peuvent permettre d'augmenter le nombre de communicants⁵³.

⁴⁸ Robert ESCARPIT, *L'écrit et la communication*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1973, p. 5.

⁴⁹ *Id.*, p. 6.

⁵⁰ *Id.*, p. 7.

⁵¹ *Id.*, p. 7. Escarpit affirme que le canal auditif « donne à la communication une maîtrise de l'espace parfois plus limitée en portée, mais toujours plus variée en possibilités d'utilisation, que ne le fait le canal visuel. Il présente l'avantage inestimable de permettre l'établissement de la communication sans rendez-vous préalable. »

⁵² *Id.*, p. 8. L'idée de « dimension manipulaire » semble apparentée à celle proposée par Marshall McLuhan quelques années plus tôt, selon laquelle les médias sont la prolongation technique de l'humain : Marshall McLuhan, *Understanding Media: The Extensions of Man*, Toronto, McGraw-Hill, 1964, 364 pages.

⁵³ R. ESCARPIT, préc., note 48, p. 8.

L'onde sonore et le signal visuel sont ainsi des « variations d'énergie » permettant la transmission d'informations, dont le sens est encodé par l'émetteur puis reconstitué par le récepteur, selon un référentiel commun connu de ceux-ci. Il s'agit ici d'une communication directe, sans intermédiaire. En conséquence, elle est limitée dans l'espace, mais surtout, dans le temps. C'est une communication ponctuelle, éphémère ; bref, évanescente⁵⁴.

Pour s'extirper des portées spatiale et temporelle limitées, la communication doit utiliser un système de trace et recourir à un support. Celui-ci sera l'intermédiaire entre l'émetteur et le récepteur : on le qualifiera alors de *média*. Le discours oral, qui est un « écoulement de significations dont l'ordre chronologique est irréversible [et qui] ne possède d'autre permanence que celle que lui confèrent les mémoires du locuteur et de l'auditeur »⁵⁵, se distingue alors du texte écrit, qui, utilisant un système de trace, devient aussi permanent que son support⁵⁶. Plus encore, le texte ne fait que suggérer l'« ordre chronologique des significations »⁵⁷ : « [à] tout moment il est possible de suppléer à la mémoire par un retour en arrière »⁵⁸.

Ces distinctions sont significatives. L'écriture constitue l'extériorisation, la trace d'une communication. Elle permet à la fois de fixer une communication et de lui conférer une certaine pérennité. Ce sont deux différences fondamentales avec le médium oral, dont le droit a dû éventuellement tenir compte. L'évolution du droit s'inscrivait toutefois dans un contexte social.

⁵⁴ « [S]ound has a special relationship to time unlike that of the other fields that register in human sensation. Sound exists only when it is going out of existence. It is not simply perishable but essentially evanescent, and it is sensed as evanescent » : Walter J. ONG, *Orality and Literacy : The Technologizing of the world*, Londres/New York, Methuen, 1982, p. 33-34, cité dans Chad M. OLDFATHER, « Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function », (2008) 96 *The Georgetown Law Journal* 1283, 1304.

⁵⁵ R. ESCARPIT, préc., note 48, p. 29

⁵⁶ Montesquieu disait que « [l]es écrits contiennent quelque chose de plus permanent que les paroles », dans *De l'esprit des lois*, XII, 13.

⁵⁷ R. ESCARPIT, préc., note 48, p. 30

⁵⁸ *Id.*

Ainsi, au sortir du Moyen Âge, alors même que la société se construisait de plus en plus à l'aide du papier⁵⁹, l'*Ordonnance sur la réforme de la justice* de 1566 (dite « *Ordonnance de Moulins* ») vient renverser la primauté de la preuve par témoignage sur celle par écrit :

« Pour obvier à multiplication de faits que l'on a vû ci-devant estre mis en avant en jugement, sujets à preuve de témoins, et reproche d'iceux, dont adviennent plusieurs inconvéniens et involutions de procès : avons ordonné et ordonnons que d'oresnavant de toute chose excédans la somme ou valeur de cent livres pour une fois payer, *seront passez contrats pardevant notaires et témoins, par lesquels contrats seulement, sera faite et reçue toute preuve esdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoin*, outre le contenu au contrat, ne sur ce qui seroit allégué avoir esté dit ou convenu avant icelui, lors et depuis. En quoi n'attendons exclure les preuves des conventions particulières, et autres qui seroient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées. »⁶⁰

Les transactions les plus importantes devaient ainsi être constatées dans un écrit⁶¹. Celui-ci est présumé représenter l'entière transaction : le témoignage sur son contenu est interdit. Ce changement, fondamental au niveau théorique, est à tempérer dans la pratique. D'abord, en ce qui concerne le montant de 100 livres. S'il est, à toute fin pratique, inutile de tenter d'en établir l'équivalent aujourd'hui, « [cela] était considérable et laissait d'assez nombreuses contestations dans le régime de la liberté des preuves »⁶². Ensuite, pour les transactions visées, les contrats sont entourés d'un formalisme important, puisqu'ils doivent être constatés dans un acte notarié, qui plus est devant témoins. Pivot au plan juridique, cette ordonnance est plutôt timide dans ses effets. On semble en quelque sorte « apprivoiser » l'écrit.

La confiance envers l'écrit n'est pas donc encore totalement acquise. Elle doit émaner de son environnement. Le risque de falsification – et, bien qu'il soit impossible de dire dans quelle mesure, la perception d'un tel risque – mine la reconnaissance sociale de l'écrit. À

⁵⁹ Kouky FIANU, « Le faussaire exposé : L'État et l'écrit dans la France du XIVE siècle », dans Claude GAUVARD et Robert JACOB (dir.), *Les rites de la justice : gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge*, Paris, Léopard d'or, 2000, 125.

⁶⁰ *Ordonnance sur la réforme de la justice*, 1566, art. 54, dans JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, Paris, Belin-Leprieur, p. 189, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k517005>> (accédé le 31 août 2009 ; nos italiques ; ci-après « *Ordonnance de Moulins* »).

⁶¹ En Angleterre, une exigence similaire a été édictée dans le *Statute of Frauds*, 1677, 29 Car. 2 c. 3.

⁶² D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 112.

cette époque, en France, l'État poursuit sa construction et sa centralisation autour du pouvoir royal, et repose, pour ce faire, sur une utilisation toujours croissante de l'écrit⁶³.

C'est ainsi qu'au XIV^e siècle, le crime de *faux* était sévèrement puni. Bien que la majorité des peines n'atteignent pas une telle ampleur, les faussaires – surtout ceux qui touchaient aux pouvoirs du roi – risquaient les peines infâmantes, voire la pendaison. L'exposition du faussaire (sceau d'infamie, couronne de fausses lettres) servait à la fois à « renforcer l'autorité royale aux yeux de tous »⁶⁴ et à dissuader la population de falsifier des documents. Que la nature du crime dût parfois faire l'objet d'une mention *écrite* portée par le condamné ou inscrite sur son front « [confirme], si besoin était, la présence et l'utilisation de l'écrit comme mode de communication dans une société pourtant majoritairement illettrée »⁶⁵. L'exposition devait rappeler à tous l'autorité du roi en matière d'écritures officielles. La falsification menaçait l'État en devenir, mais plus encore,

« le châtement des faussaires allait de pair avec l'évolution culturelle de la société française, celle qui vit se multiplier aussi bien les institutions de savoirs et les bibliothèques, que les documents privés. En ce sens, la dénonciation du faussaire correspondait aux exigences d'une population qui, même si elle restait majoritairement illettrée, avait de plus en plus recours à l'écrit. L'État chargé de veiller à la chose publique et au bien commun ne pouvait ignorer les perturbations qu'engendrait le faussaire. [...] C'est ainsi seulement que le roi pouvait gagner la confiance de ses sujets dans ses institutions. Les peines appliquées aux faussaires et les rites qui présidaient à leur châtement sont donc bien les révélateurs de

⁶³ K. FIANU, préc., note 59, à la page 125. La relation entre le pouvoir et l'écrit n'est pas nouvelle. Comme le souligne Pierre Lévy : « Redoublant l'inscription urbaine, l'écriture pérennise sur le granit des sanctuaires ou le marbre des stèles les paroles des prêtres et des rois, leurs lois, les récits de leurs hauts faits, les exploits de leurs dieux. La pierre parle toujours, inaltérable, répétant inlassablement la loi ou le récit, reprenant *textuellement* les paroles inscrites, comme si le roi ou le prêtre était là en personne et à jamais.

Au moyen de l'écriture, le pouvoir étatique commande aux signes comme aux hommes, en les fixant dans une fonction, en les assignant à un territoire, en les ordonnant sur une surface unifiée. Par les annales, les archives administratives, les lois, les règlements et les comptes, l'État tente à tout prix de geler, programmer, endiguer ou engranger son avenir et son passé. [...]

L'écriture sert à la gestion des grands domaines agricoles et à l'organisation de la corvée et des impôts. » Voir Pierre LÉVY, *Les technologies de l'intelligence – L'avenir de la pensée à l'ère informatique*, Paris, La Découverte, 1990, p. 99 et 100 (en italique dans le texte).

Ce qui distingue l'écriture sur le papier de l'écriture sur granit, c'est sa mobilité, donc sa capacité à représenter le pouvoir sur de grandes étendues – par exemple grâce aux lettres de créance.

⁶⁴ K. FIANU, préc., note 59, à la page 138.

⁶⁵ *Id.*, à la page 141.

l'importance que l'État, comme la société, accordait à l'écrit, outil de communication mais aussi instrument de pouvoir. »⁶⁶

Si les actes non authentiques étaient encore suspects en 1566, à l'époque de l'*Ordonnance de Moulins*, c'est que, comme nous l'avons vu, le médium écrit n'inspirait qu'une confiance modérée⁶⁷. Il faudra ainsi attendre l'*Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye* de 1667 pour libéraliser un peu la preuve devant être écrite : dorénavant, les contrats de plus de 100 livres devront être « passés [...] par-devant notaires, ou sous signature privée »⁶⁸. Cette dernière alternative n'existait pas dans l'*Ordonnance de Moulins*. Il s'agit probablement de la marque d'une confiance toujours grandissante en faveur de l'écrit.

En 1570, Charles IX instituait la *Corporation des maîtres-écrivains*⁶⁹. Celle-ci avait pour objectif de contrer les faussaires en développant l'expertise dans le domaine de la vérification d'écritures⁷⁰. Cent ans plus tard, en 1681, le moine bénédictin Jean Mabillon publiait le premier traité de diplomatique, *De re diplomatice libri sex*, qui « instaurait une méthode d'enquête sur les pièces d'archives, décrivait les caractères des actes présumés

⁶⁶ *Id.*, à la page 143-144. Dans son précis sur la diplomatique, discipline étudiant l'authenticité des écrits (généralement anciens), Georges Tessier dira que « [des] sources d'informations, il en est une dont l'abondance et la qualité attirent immédiatement les regards, ce sont tous les écrits où s'expriment les rapports juridiques de l'homme vivant en société, où se manifestent chez un souverain le besoin et le souci de notifier ses décisions et d'en assurer l'exécution, de ménager la preuve de ses droits politiques ou domaniaux, de définir sa situation à l'égard des États voisins, chez un particulier le légitime désir de donner aux relations d'affaires qu'il noue avec ses semblables le maximum de sécurité et d'efficacité. » : Georges TESSIER, *La diplomatique*, 3^e éd., Paris, PUF, 1966, p. 9.

⁶⁷ Dominique Mougenot note que c'est « donc au XVI^e siècle, à un moment où l'écriture est suffisamment généralisée, que l'on abandonne l'ancienne règle « témoins passent lettres » pour adopter le système contraire. Les historiens du droit font observer qu'à une époque où peu de gens étaient capable de signer, il était aisé de falsifier un écrit de telle manière que les actes non authentiques étaient aussi suspects que les témoignages. On peut comprendre l'ancienne opinion selon laquelle le témoignage des vivants était plus digne de foi que le témoignage mort de l'écrit. » : D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 107.

⁶⁸ *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice*, 1667, Titre XX « Des faits qui gisent en preuve vocale ou littérale », art. 2, dans JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 18, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 137, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k51704j>> (accédé le 31 août 2009 ; nos italiques ; ci-après « *Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye* »).

⁶⁹ Ferdinand BUISSON (dir.), *Nouveau dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1911, v^o « Maîtres écrivains », en ligne : <<http://www.inrp.fr/edition-electronique/lodel/dictionnaire-ferdinand-buisson/document.php?id=3106>> (accédé le 31 août 2009).

⁷⁰ Voir aussi, sur la « Communauté de Maîtres, Experts & Jurés Écrivains », le *Grand Vocabulaire François*, préc., note 47, p. 570-571, v^o « Écrivain ».

sincères à travers les siècles du Moyen Âge, fondait une méthode d’investigation et d’analyse et posait des règles de critique pour le discernement des actes faux »⁷¹.

Si les ordonnances de 1566 et de 1667 illustrent la prédominance de la preuve par écrit sur la preuve par témoignage, cette évolution du droit traduisait également un besoin grandissant de sécurité juridique. Le témoignage ne saurait rendre compte adéquatement de la complexité toujours grandissante des actes juridiques :

« Par nature, le témoignage est une preuve très incertaine. Cette incertitude est particulièrement grave lorsqu’il s’agit de constater une obligation juridique complexe : dans le souvenir des témoins, les détails se perdent et se déforment. Au-delà d’une certaine valeur, les relations juridiques sont généralement compliquées. De plus, il est rare que la preuve d’un acte juridique doive être rapportée aussitôt après sa conclusion : un délai plus ou moins long séparerait donc, la plupart du temps, les constatations faites par le témoin du moment où il ferait sa déposition, ce qui amenuiserait encore le crédit de son témoignage »⁷².

À l’opposé, l’écrit propose trois avantages⁷³. D’abord, il s’agit d’un mode de communication plus efficace dans le cadre de relations juridiques. Les écrits sont des « documents dont les auteurs ont pu faire l’expression fidèle et nuancée de leur volonté, qui sont susceptibles de relecture posée et réfléchie »⁷⁴. Ensuite, ces documents sont établis antérieurement à l’acte juridique (d’où l’expression « preuve *préconstituée* »), c’est-à-dire « à une époque où [en principe] aucune des parties n’a intérêt à forcer ou à déformer la preuve en vue de s’assurer le bénéfice d’un litige qui n’est pas encore né »⁷⁵. Enfin, « la valeur probatoire de l’écrit ne diminue pas avec le temps »⁷⁶ ; on reconnaît

⁷¹ G. TESSIER, préc., note 66, p. 11.

⁷² G. GOUBEAUX et P. BIHR, *Rép. Dr. Civ. Dalloz*, n° 1184, v° « Preuve », cité dans D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 275.

⁷³ D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 108.

⁷⁴ *Id.*. On dira aussi que « [w]riting establishes in the text a ‘line’ of continuity outside the mind », permettant au lecteur de se concentrer sur le contenu de la communication : W.J. ONG, préc., note 54, p. 39, cité dans C.M. OLDFATHER, préc., note 54, p. 1304.

⁷⁵ Pol GLINEUR, *Droit et éthique de l’informatique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, n° 239, p. 147.

⁷⁶ D. MOUGENOT, préc., note 27, p. 108 (italiques originales omises).

alors « l'utilité de preuves qui échappent [aux] chances de corruption, d'erreur ou de mortalité, qui rendent si dangereux l'emploi de la preuve testimoniale »⁷⁷.

Dès lors, l'écrit pouvait prétendre à une supériorité sur l'oralité. Mieux adapté à une société de plus en plus complexe et organisée, impliquant des opérations juridiques plus longues dans le temps, affranchi de la faillibilité de la mémoire humaine, il a pu acquérir la confiance de ceux qui devaient l'utiliser en les rassurant sur ses qualités. L'écrit fait désormais l'objet de connaissances expertes et la répression de sa falsification complète l'instauration d'un climat de confiance envers le nouveau médium. En conséquence, s'est produit un délaissement progressif de l'oralité et du témoignage en faveur de l'écriture, plus à même de satisfaire cette réalité.

B) La prééminence de l'écrit

C'est par les règles de la recevabilité des moyens de preuve que se matérialise leur hiérarchisation, donc la prééminence de l'écrit. Dans le *Code civil du Québec*, la prééminence de l'écrit est affirmée aux articles 2860 et suivants, qui figurent au titre « De la recevabilité des éléments et des moyens de preuve ». Le premier alinéa de l'article 2860 C.c.Q. établit que « [l]'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. ». Pierre-Basile Mignault résumera ainsi cette disposition (alors l'article 1204 du *Code civil du Bas-Canada*) :

« En un mot, les parties ont le choix des preuves qu'elles doivent produire, mais elles ne peuvent jamais substituer une preuve d'un genre inférieur ou une preuve dérivée, à la preuve originaire et directe qui leur est accessible. »⁷⁸

⁷⁷ Édouard BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 2^e éd., Paris, Auguste Durand, 1852, p. 393. Nous ne saurions dire avec certitude dans quel sens nous devons entendre le mot « corruption », mais cela semble concerner tant la dégradation naturelle de la qualité de la mémoire que l'altération « active » ou de mauvaise foi de celle-ci.

⁷⁸ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902, p. 10. Il reconnaît toutefois l'existence d'une controverse doctrinale sur ce point (p. 7).

Pour ce faire, l'existence d'un écrit doit être établie. En effet, « l'article 2860 C.c.Q. ne vise pas à imposer la rédaction d'un écrit, mais à accorder préséance à la preuve écrite lorsque telle preuve existe »⁷⁹. Il pourra s'agir tant de l'écrit instrumentaire, constatant un acte juridique (un *acte sous seing privé*, selon l'article 2826 C.c.Q.) que d'un écrit non instrumentaire.

L'article 2862 C.c.Q., lui, impose l'écrit pour les actes juridiques d'importance (plus de 1500\$). Sa formulation négative (« La preuve d'un acte juridique *ne peut*, entre les parties, se faire par témoignage [...] ») élève l'écrit au rang de principe et fait de la preuve par témoignage l'exception. L'article suivant pose l'interdiction du témoignage qui vient contredire ou changer les termes d'un écrit qui constate un acte, peu importe le montant en jeu. L'effet combiné de telles dispositions est de renforcer la prééminence de l'écrit⁸⁰.

La rigidité de ces dispositions est tempérée par certains assouplissements. L'article 2861 C.c.Q. permet la preuve d'un acte juridique par tous moyens lorsqu'une partie n'a pas pu se ménager de preuve écrite, « pour une raison valable »⁸¹. Aussi, l'article 2864 C.c.Q. rend admissible la preuve testimoniale pour interpréter un écrit, compléter celui qui est « manifestement incomplet » ou attaquer la validité de l'acte juridique qui y est constaté.

Le commencement de preuve ouvre aussi la porte à la preuve testimoniale, alors qu'elle n'est pas admissible en principe. Ainsi, le second alinéa *in limine* de l'article 2862 permet de « prouver par témoignage tout acte juridique dès lors qu'il y a commencement de preuve », nonobstant le plafond de 1500\$. À l'article 2863 C.c.Q., l'interdiction de témoigner « contre ou outre » l'écrit est levée s'il y a commencement de preuve. Celui-ci est défini à l'article 2865 :

⁷⁹ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003, p. 338.

⁸⁰ D. MOUGENOT, *préc.*, note 27, p. 113.

⁸¹ Les commentaires du Ministre de la Justice mentionnent que cet article « vise les cas où les parties se sont satisfaites d'une entente verbale en raison de la nature de l'acte ou des relations particulières existant entre elles », dans Jean-Louis BAUDOIN et Yvan RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 10^e éd., t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007, p. 3888, v^o « Art. 2861 ». Le mandat reçu par un notaire pourra se prouver par témoignage, « dans la mesure où il est d'usage que la réquisition des services d'un notaire soit verbale et qu'il y avait donc impossibilité morale d'avoir une preuve écrite » (*Dumas c. B.C. Electronique Inc.*, J.E. 90-1568 (C.Q.)). Le Code civil français, dans son article concordant, mentionne d'ailleurs l'« [im]possibilité matérielle ou morale » (art. 1348, al. 1 C.c.Fr.).

« Le commencement de preuve peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué. »

Le commencement de preuve, souvent par écrit, vient assouplir la prééminence de l'écrit : « la pratique modifia cette législation trop rigoureuse. On permettait au justiciable qui apportait une preuve écrite incomplète de parfaire par témoins sa preuve »⁸². Le commencement de preuve est alors « tout moyen de contrôle sérieux de la véracité des témoignages »⁸³. Ce tempérament est arrivé très tôt, presque simultanément avec la règle de la prééminence de l'écrit : dès l'*Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye* de 1667⁸⁴.

Il convient aussi de noter qu'il existe divers types d'écrit, chacun étant entouré de formalités propres ayant pour effet de les différencier quant à leur valeur probante et aux règles de mise en preuve et de contestation. Par exemple, la valeur de l'écrit authentique, renfermant le témoignage d'un tiers désintéressé – l'officier public – est aussi liée au sérieux de la procédure qu'il faut mettre en marche pour le contester (l'inscription de faux⁸⁵). L'acte sous seing privé, contenu dans un écrit portant signature des parties, fait preuve contre les tiers⁸⁶ mais n'a pas de date contre eux⁸⁷. Enfin, les « autres écrits », pour reprendre les mots du *Code civil du Québec*, obéissent à des règles particulières, mais ont tous en commun de [pouvoir] « être contredits par tous moyens »⁸⁸. Bref, il serait plus juste de parler de la prééminence de la preuve *préconstituée* par les parties que de celle de *l'écrit*, bien que, comme le remarque Édouard Bonnier, « [l]a preuve préconstituée se confond d'ordinaire avec la preuve par écrit »⁸⁹.

⁸² Gérald A. BEAUDOIN, *Le commencement de preuve par écrit dans la province de Québec*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1954, p. 15.

⁸³ *Id.*, p. 107.

⁸⁴ Préc., note 68, titre XX, art. III.

⁸⁵ Voir C.c.Q., art. 2813 et suiv. et *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, art. 223 et suiv. (ci-après « C.p.c. »).

⁸⁶ C.c.Q., art. 2829.

⁸⁷ C.c.Q., art 2830, al. 1.

⁸⁸ C.c.Q., art 2836.

⁸⁹ É. BONNIER, préc., note 77, p. 394.

Cette première sous-section a permis d'illustrer comment l'écrit est devenu l'élément central du système de preuve civile. Cette évolution se veut le reflet d'une utilisation grandissante de l'écrit comme témoin privilégié des actes complexes ou à plus long terme, de même que de la confiance croissante qu'il inspire, notamment par le développement de moyens d'en vérifier l'authenticité et de réprimer les faux. Les règles de preuve sont venues concrétiser cette évolution de la société vis-à-vis de l'écrit.

2) Au plan formel : le consensualisme, le formalisme et l'écrit

La place de l'écrit dans le droit civil contemporain est le résultat d'une lente évolution. C'est dans le rapport entre le formalisme et le consensualisme – et le passage de l'un à l'autre – comme mode de conclusion des contrats que se trouvent des éléments de réponse. En effet, si le consensualisme a pris le dessus sur le formalisme, les difficultés qu'il posait ont été tempérées par l'utilisation de l'écrit comme exigence de preuve.

La notion de formalisme s'explique entre autres par sa relation avec le consensualisme. Il s'agit de conceptions différentes de la formation des contrats. Ce qui caractérise le droit formaliste est qu'il « [est] dominé par l'idée que pour obtenir un résultat juridique, il faut nécessairement, et il suffit d'observer les formes, de prononcer les formules »⁹⁰. À l'inverse, le consensualisme propose que le contrat soit formé par le seul accord des volontés des cocontractants. La relation entre les deux principes est cependant plus intriquée, et le passage de l'un à l'autre comme principe dominant n'est pas étranger avec la montée de l'écrit.

Le droit romain des contrats marque cette transition. À l'origine, il était dit « formaliste ». La formation des contrats était soumise à l'accomplissement de formalités précises, à défaut de quoi le contrat n'existait tout simplement pas. Ainsi, les contrats *verbis* nécessitaient la formulation de paroles solennelles par les cocontractants (et de tiers, dans

⁹⁰ Raymond MONIER, *Manuel de Droit Romain*, 6^e éd., t. 1, Paris, Domat Montchrestien, 1947, p. 4 et 28, cité dans Dominique LEFEBVRE, *Le contrat comme acte juridique consensuel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1962, p. 8.

certain cas), les contrats *re* se formaient par la remise de la chose et les contrats *litteris*, par une inscription dans un registre⁹¹.

La *stipulation* est l'exemple type du contrat verbal. Le contrat se forme par la question du créancier et la réponse corrélatrice du débiteur – les deux devant correspondre parfaitement : *Spondesne? Spondeo*⁹². « L'engagement est alors assimilable à un véritable rituel dans lequel le sens des mots compte moins que leur prononcé effectif »⁹³. La stipulation se simplifia par la suite vers une simple « concordance de sens »⁹⁴ entre la question et la réponse. Éventuellement, la stipulation passa à l'écrit, selon trois temps. D'abord, un écrit faisait preuve de l'accomplissement des formalités ; il est ensuite devenu instrumentaire (et au contenu du contrat, était ajoutée une clause constatant la stipulation validant le contrat) ; enfin, le contrat s'est formé par un écrit constatant la présence et l'engagement des cocontractants. À ce point, se formant sans échange de parole, la stipulation n'est plus un contrat *verbis*⁹⁵.

Le droit romain a évolué vers un droit plus consensuel. Ainsi, le Bas-Empire (selon les sources, du II ou III^e siècle à 476) est marqué par un délaissement progressif du formalisme :

« [A]vec le temps, l'homme prend conscience de sa force du pouvoir de sa volonté créatrice. L'organisation de la cité, les influences étrangères, l'évolution des idées, et surtout les exigences du commerce rendant indispensable la rapidité des échanges, vont laïciser, désacraliser le droit. Le formalisme change peu à peu de nature. La solennité cède à la preuve. Le formalisme s'atténue, le consensualisme grandit. Au temps de Justinien, le Droit Romain fait une place très grande à la volonté comme source d'obligation. »⁹⁶

⁹¹ Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie des contrats : l'opposition formalisme/contractualisme », (2002) *C. de D.* 275, 278.

⁹² Littéralement, « Promets-tu ? », « Je promets » : Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu de XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 93, à la page 101.

⁹³ Vincent FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2007, n° 65, p. 51.

⁹⁴ *Id.*, n° 66, p. 52.

⁹⁵ *Id.*, n° 68, p. 52-53.

⁹⁶ Dominique LEFEBVRE, *Le contrat comme acte juridique consensuel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1962, p. 9 (référence omise). Une lecture différente de la situation est offerte dans Ernest G. LORENZEN, « Causa and Consideration in the law of contracts », (1919) 28-7 *Yale Law Journal*

Plus près de nous, plusieurs raisons ont été invoquées pour justifier la prévalence du consensualisme sur le formalisme dans la formation des contrats. Jacques Flour explique ainsi que le « dogme » de la doctrine de l'autonomie de la volonté est l'application en droit de principes philosophiques, économiques et moraux : respectivement, que l'humain est fondamentalement libre (donc libre de s'engager lui-même) ; que l'ordre et la prospérité sont mieux servis par des rapports « librement débattus » et enfin que « la parole donnée engage son auteur (*pacta sunt servanda*) »⁹⁷.

Ce dernier principe, issu du droit canon, n'était pas considéré sans danger – même par les canonistes, qui hésitaient à faire de la règle morale, une règle juridique⁹⁸. Conséquemment, la concomitance de la consécration du consensualisme et de la montée de l'écrit ne serait pas le fruit du hasard. Jean-Luc Aubert et Éric Savaux notent que « [l]a prééminence de la preuve écrite sur la preuve testimoniale a été pour la première fois affirmée, en 1566, par l'ordonnance de Moulins [...], peu de temps après que le consensualisme eut été enfin admis comme principe général »⁹⁹. Citant Jean Carbonnier, ils notent que « *la règle de preuve « a pris le relais du formalisme »*, parce qu'il aurait été trop dangereux de consacrer l'efficacité juridique du consentement en tant que tel, sans la limiter aussitôt par une autre technique »¹⁰⁰. L'écrit serait finalement le « compromis » par lequel le consensualisme a pu s'établir en tant que principe dominant :

« [l]e principe du consensualisme [...] apparaît au XIII^e s. et s'implante au XV^e. Mais, sous un aspect techniquement différent, l'exigence de la preuve littérale [...] allait prendre le relais du formalisme, si bien qu'*il n'y a rien de plus, en somme, qu'une adaptation du formalisme aux progrès de l'alphabet par la substitution d'un rite d'écriture aux mots et aux gestes rituels.* »¹⁰¹

621, 641 : « Ultimately the idea gains ground that the law ought to attach legal consequences to agreements as such. In Roman law this idea never found a logical and consistent development. We have seen that in theory only four contracts were recognized as based upon consent as such, but that at the time of Justinian by reason of the recognition of enforceable pacts this theory was actually breaking down. »

⁹⁷ J. FLOUR, préc., note 92, à la page 95. Voir aussi V. FORRAY, préc., note 93, n° 9, p. 9.

⁹⁸ Jacques FLOUR, *Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 11^e éd. par Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, Paris, Armand Colin, 2004, p. 221.

⁹⁹ *Id.*, p. 233.

¹⁰⁰ *Id.* (nos italiques).

¹⁰¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2 « Les Biens. Les Obligations », Paris, Quadrige/PUF, 2004, p. 2076 (nos italiques).

Parce que l'écrit est à même de reproduire les fonctions auparavant dévolues à différents rites et formalités, son exigence comme technique juridique a pu atténuer certaines difficultés posées par le consensualisme et, paradoxalement – en apparence, mener à la consécration de celui-ci.

La forme devient donc une condition supplémentaire au consentement pour la formation du contrat. François Gény parlera d'« envelopper les circonstances [...] telles que les actes de volonté ou les faits de la vie sociale, d'où proviennent les situations juridiques »¹⁰².

Flour conclura que :

« [l]e formalisme n'apparaît qu'autant que le consentement doit être enrobé dans une enveloppe strictement déterminée par la loi et telle que, si les prescriptions édictées par celle-ci n'ont pas été respectées, la manifestation de volonté soit frappée d'« inefficacité juridique à un degré quelconque ». »¹⁰³

Si l'imposition de formalités entourant la formation d'un contrat doit être considérée comme une limite à l'expression du consentement (et partant, à la liberté contractuelle), l'assertion mérite plus de précision. Il s'agit en fait d'une opposition artificielle : le formalisme, toujours bien présent dans la législation contemporaine, remplit un rôle précis et vient protéger le consentement de l'une et l'autre partie. Il ne saurait, en ce sens, être antinomique au consensualisme¹⁰⁴ : « [l]e formalisme rituel et public dont étaient empreints les transferts de droits réels a, alors qu'on a reconnu à la volonté le pouvoir d'opérer à elle seule ces transferts, cédé la place à un formalisme, essentiellement écrit, jouant un rôle *complémentaire* par rapport à celui de la volonté. »¹⁰⁵

Dans sa fonction de protection du consentement, le formalisme donne une existence juridique à des faits servant à manifester une volonté. Les « [solennités] tendent à

¹⁰² François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Paris, Sirey, 1921, n° 203, cité dans Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 63.

¹⁰³ J. FLOUR, préc., note 92, à la page 96. La citation dans le texte est de F. GÉNY, préc., note 102, p. 98 et 99.

¹⁰⁴ Voir notamment É. CHARPENTIER, préc., note 91.

¹⁰⁵ *Id.*, 289 (nos italiques).

caractériser et individualiser juridiquement l'acte qu'elles revêtent, en le distinguant tant des faits ordinaires (non juridiques) de la vie courante que de tout autre acte juridique »¹⁰⁶.

À la même époque, les *Statute of Frauds* promulgués dans différentes juridictions anglo-saxonnes¹⁰⁷ visent des fins similaires :

« [r]ules of formality ensure that individuals will not be bound by a legally-enforceable obligation until they have given their formal assent to their desire to be so bound. In this way, rules of formality avoid the possibility of misunderstanding, whereby one party misinterprets the intentions of the other party and assumes that a consensus has been reached. »¹⁰⁸

En outre, par l'adoption de règles de preuve favorisant l'écrit et lui conférant une place prééminente, la loi diminue le risque de parjure, considéré plus probable – et plus difficilement détectable – que la fabrication de faux¹⁰⁹.

L'écrit occupe aussi une place importante au plan de la forme des contrats. Afin de mieux identifier et illustrer la relation entre le formalisme, le consensualisme et l'écrit, un retour au droit romain était nécessaire. Le consensualisme posait des risques, certes probatoires, mais aussi parce qu'il ne présentait pas de circonstances distinguant le juridique du non-juridique. Le passage du droit des contrats du formalisme vers le consensualisme s'est donc accompagné du formalisme de l'écrit, qui venait en adoucir les rigueurs et mitiger les risques. L'écrit participe alors de la protection du consentement.

Ces modifications au droit de la preuve et au droit des contrats se sont produites à la même époque, et il ne s'agit probablement pas d'une coïncidence. Face à une société de plus en plus complexe, l'écrit devenait un meilleur médium que la voix. En outre, la consécration de l'écrit comme moyen de preuve est contemporaine de celle du principe de la formation consensuelle des contrats, l'un accompagnant l'autre

¹⁰⁶ J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 67.

¹⁰⁷ D'abord en Angleterre (*Statute of Frauds*, préc., note 61), mais aussi en Irlande (1695, 7 Will. 3 c. 12).

¹⁰⁸ Máire NÍ SHÚILLEABHÁIN, « Formalities of contracting: a costbenefit analysis of requirements that contracts be evidenced in writing », (2005) 27 *Dublin University Law Journal* 113, 115 (référence omise).

¹⁰⁹ *Id.*

Section 2 – Bouleversement de l'écrit

« La réalité vivante et complexe des relations contractuelles se laisse difficilement enfermer dans des concepts. »¹¹⁰

Les difficultés et les débats théoriques – bien réels – se vivent d'abord et avant tout dans la pratique quotidienne. La notion d'écrit, d'une stabilité pluriséculaire, devient désormais incertaine sous l'effet des nouvelles technologies de l'information. Au plan probatoire, les exemples de l'échange de documents informatisés et de la micrographie l'illustreront. Au plan formel, les différences entre les supports papier et électronique signaleront aussi des difficultés, le formalisme supposant principalement des caractéristiques du premier tant quant à la lecture qu'à la structure même du contrat.

1) Au plan probatoire

L'utilisation des technologies de l'information a créé une forte pression sur des institutions jusque là stables. Alors que les entreprises délaissaient le papier pour utiliser des systèmes informatisés utilisant l'EDI, se sont inévitablement posées des questions relatives à la preuve des contrats en l'absence de trace sur papier (A). De même, le recours à la micrographie par les entreprises pour la gestion de grands nombres de documents a forcé les législateurs à réfléchir au sujet de la notion d'original.

A) L'EDI : source d'insécurité juridique

Au cours des années 1980, une forme de commerce électronique interentreprise a connu un essor fulgurant : l'échange de documents informatisés (*Electronic Data Interchange ; EDI*)¹¹¹. À la base, « [l']EDI suppose la transmission de données dans l'intention de

¹¹⁰ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, à la p. 57.

¹¹¹ Deux traductions françaises existent : « Échange de données informatisées » ou « Échange de documents informatisés ». L'EDI a fait l'objet de très nombreuses analyses et publications. Voir notamment *The EDI Law Review* (un journal dédié, paru en 1994 et devenu en 2001 l'*Electronic Communication Law Review*) ; Lieve ELIAS, Jacques GÉRARD, Gien Kuo WANG et Jean-Paul BELLEFLAMME, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées : L'EDI, la formation des contrats et la responsabilité des opérateurs de réseau*, Cahiers du Centre de recherches informatique et droit n° 8, Namur / Bruxelles, CRID, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur / E. Story-Scientia, 1992, 139 pages.

produire des effets juridiques entre le système informatique d'une partie et celui d'un cocontractant »¹¹². Afin que les systèmes informatiques puissent conclure un contrat sans intervention humaine, ils doivent utiliser une même « grammaire »¹¹³ pour interpréter le contenu des communications. Les transactions EDI impliquent donc transmission d'informations contractuelles structurées selon un langage commun entre les parties. Pour ce faire, plusieurs standards ont été développés¹¹⁴. À l'origine, les transactions EDI se déroulaient dans un environnement fermé : soit point à point (communication directe des données entre les parties), soit *via* un réseau à valeur ajoutée (RVA) qui, notamment, facilite les communications et permet d'avoir accès à un plus grand nombre de cocontractants potentiels¹¹⁵.

Les documents de commerce (demandes de prix, bons de commande, accusés de réception, factures, etc.) sont ainsi dématérialisés, transmis et interprétés électroniquement. C'est justement du fait du remplacement des écrits papiers que l'EDI entraîne bon nombre de difficultés juridiques¹¹⁶. Les exigences formelles relatives à l'écrit (et à la signature) sont rapidement identifiées comme des obstacles à l'utilisation de l'EDI.

En ce sens, l'EDI sera précurseur des problèmes juridiques rencontrés par les communications électroniques en général. Ce lien « filial » se retrouve dans l'historique des initiatives internationales visant à répondre aux problèmes générés par l'utilisation de l'EDI. Ainsi, le Groupe de travail IV de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI), aujourd'hui le « Groupe de travail sur le commerce

¹¹² Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHFLEF et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 19-1.

¹¹³ *Id.* En conséquence, il ne faut pas « [confondre] contenu et contenant. [...] Internet fait référence à la partie réseau (contenant) et ne doit pas être confondu avec l'aspect contenu qui est la préoccupation de l'EDI (échange d'un contenu sémantique à transmettre à un partenaire pour traitement). Ceci étant précisé, il est tout à fait possible d'utiliser la messagerie électronique sur Internet pour procéder aux échanges EDI. » : Claude CHARLOT, *L'échange de données informatisé (EDI)*, coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 1997, p. 70 et 71, cité dans Nicolas W. VERMEYS, Karim BENYEKHFLEF et Vincent GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 643, aux p. 655-656.

¹¹⁴ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, préc. note 112, p. 19-2. Les standards UN/EDIFACT et ANSI X12 sont les plus importants.

¹¹⁵ Voir Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 6 à 11.

¹¹⁶ *Id.*, p. 6.

électronique », portait de 1992 à 1996 le nom de « Groupe de travail sur les échanges de données informatisées »¹¹⁷. La *Loi type sur le commerce électronique*, adoptée par la CNUDCI en 1996, était désignée dans ses travaux préparatoires comme la « *Model Law on Legal Aspects of Electronic Data Interchange (EDI) and Related Means of Communication* »¹¹⁸. Il est donc clair que l'effort international est une réponse directe aux problèmes liés à l'utilisation de l'EDI.

Compte tenu du nombre important de conventions internationales touchant au commerce, du caractère international des transactions et de la nécessité d'une réponse harmonisée, les organisations internationales ont rapidement été saisies des questions relatives à l'EDI. En effet, les communications électroniques n'avaient pas été envisagées à l'époque de l'adoption de ces conventions et l'utilisation de documents dématérialisés pouvait dorénavant être en contradiction avec celles-ci. Des instruments créés pour faciliter le commerce et assurer la sécurité des transactions avaient désormais des effets contraires.

Dès 1990, le *Working Party on Facilitation of International Trade Procedures* de la Commission économique pour l'Europe (*United Nations Economic Commission for Europe* ; UNECE) a demandé que soient étudiés les aspects juridiques de l'EDI dans le contexte des conventions internationales afin d'en identifier puis éliminer les contraintes¹¹⁹. L'étude de vingt-quatre conventions et ententes internationales mène à la conclusion que

¹¹⁷ De 1973 à 1987, il était désigné « Groupe de travail sur les instruments négociables internationaux » et de 1988 à 1992, « Groupe de travail sur les paiements internationaux ». Voir COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Groupe de travail IV*, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/4Data_Interchange.html> (accédé le 31 août 2009).

¹¹⁸ Voir en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/4Data_Interchange.html>. Deux années auparavant, un document de travail intitulé « Electronic Data Interchange : Outline of possible uniform rules on the legal aspects of Electronic Data Interchange (EDI) » avait été soumis au Groupe de travail IV : A/CN.9/WG.IV/WP.55, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/4Data_Interchange.html> (accédé le 31 août 2009).

¹¹⁹ UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE – WORKING PARTY ON FACILITATION OF INTERNATIONAL TRADE PROCEDURES, *Document TRADE/WP.4/R.697*, mars 1991, cité dans UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE – WORKING PARTY ON FACILITATION OF INTERNATIONAL TRADE PROCEDURES, *Review of definitions of "Writing, "Signature" and "Document" employed in multinational conventions and agreements relating to international trade*, Doc. n° TRADE/WP.4/R.1096, 22 juillet 1994, ¶ 1.2, en ligne : <<http://documents.un.org>> (accédé le 31 août 2009). Le document parle au ¶ 1.9 de « legal impediments ».

« the current rules concerning international trade transactions may not satisfactorily accommodate the reality of EDI. In many instances, under these rules, *EDI messages remain potentially unacceptable as legal means of communication.* »¹²⁰

Suite à une mise à jour de ce document¹²¹, les rapporteurs ont contacté les responsables des Conventions où certaines difficultés subsistaient pour les informer des problèmes relatifs à l'EDI et leur demander d'étudier la possibilité de modifier les dispositions problématiques, afin de lever ces obstacles à l'EDI et au commerce électronique¹²².

Si l'EDI a posé un sérieux défi au plan international, les opérateurs commerciaux ont aussi été directement touchés au quotidien. Pour eux, ce sont les exigences en droit interne qui furent à la source des difficultés : la sécurité juridique de leur transaction sera fonction de la capacité de leur système informatique à rencontrer les exigences formelles de la loi, la question primordiale étant de savoir si la loi elle-même offre la souplesse nécessaire à la rencontre de ses exigences sous forme électronique. Une transaction sera aussi fragile que sa démonstration devant les tribunaux sera incertaine. Afin de pallier ces lacunes, les opérateurs ont cherché à encadrer leurs activités dans des ententes cadres, dont l'existence même révèle les incertitudes juridiques découlant de la méthode

Les opérateurs commerciaux ont rapidement saisi les opportunités créées par l'EDI et les transactions dématérialisées. Le réaménagement des communications entre les cocontractants n'était, cependant, pas sans générer de nouveaux risques. Ainsi, bien que ce ne soit pas le cas de tous¹²³ (notamment parce qu'il s'agissait de relations d'affaires établies de longue date), plusieurs partenaires ont conclu des ententes-cadres régissant

¹²⁰ *Id.*, ¶ 1.6 (nos italiques)

¹²¹ UNITED NATIONS CENTRE FOR TRADE FACILITATION AND ELECTRONIC BUSINESS (UN/CEFACT), *Revision of Document Trade/WP.4/R.1096 dated 22 July 1994*, Doc. n° TRADE/CEFACT/1999/CRP.2, 25 février 1999, p. 7, en ligne : <<http://www.unece.org/trade/untdid/download/99cp2.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

¹²² Rob VAN ESCH, « Introduction to the Document *Review of Definitions of "Writing", "Signature", and "Document" Employed in Multilateral Conventions and Agreements Relating to International Trade* », (1998) 5 *EDI Law Review* 1, 2.

¹²³ « [S]elon une étude du Gouvernement du Québec de 1996, moins de la moitié des partenaires EDI prenaient le soin de formaliser un contrat d'échange autre que verbal » ; Vincent GAUTRAIS, « Les relations avec les partenaires », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 105.

leurs rapports contractuels à l'intérieur de cet espace électronique. Cela leur a permis de profiter du potentiel d'efficacité de l'EDI tout en jugulant les risques qui y sont inhérents. Avec l'EDI venait donc le « réflexe paradoxal d'encadrer dans un contrat écrit ce qui ne sera plus désormais nécessaire : l'écrit »¹²⁴.

Dans un contrat-type d'EDI préparé par Karim Benyekhlef, l'objet de l'entente cadre est ainsi décrit : « [I]es parties signataires étant engagées dans des relations commerciales suivies, ont décidé d'effectuer celles-ci par échange de documents informatisés (EDI), de manière à en faciliter la conclusion et à en réduire les coûts »¹²⁵.

L'entente EDI implique certains aménagements pour la preuve des transactions. Ainsi, dans la section sur la preuve, on pose dès le premier article que :

« 6.1 Les parties conviennent que la signature électronique (code d'identification) apposée sur les documents transmis par le réseau EDI aura la même valeur qu'une signature manuscrite et que, par conséquent, elle liera les parties de la même manière qu'une signature manuscrite. »¹²⁶

L'on crée ensuite à l'article 6.2 un registre des transactions, où chacune des parties archivera intégralement les documents et messages envoyés sous une forme humainement intelligible. L'article 6.3 vient établir que « les registres des transactions seront admissibles [...] et feront preuve de leur contenu comme s'il s'agissait de documents originaux »¹²⁷. Les parties créent ainsi entre elles une présomption d'originalité pour un document. Elles s'abstiendront donc réciproquement de soulever une objection basée sur l'article 2860 *C.c.Q* quant à la production en preuve du registre¹²⁸.

Face à un droit de la preuve qui n'est pas adapté à leur situation, et dans la poursuite de l'objet déclaré du contrat qui est d'utiliser les technologies de l'information pour leurs transactions, les parties aménagent donc un régime de preuve qui leur est propre. Elles

¹²⁴ Karim BENYEKHFLEF, *Échange de documents informatisés : Contrat type commenté*, Québec, Publications du Québec, 1991, p. vii (présentation par Denis Turcotte).

¹²⁵ *Id.*, p. 5.

¹²⁶ *Id.*, p. 25.

¹²⁷ *Id.*, p. 27.

¹²⁸ *Id.*, p. 28. Des dispositions similaires se retrouvent dans l'*Accord type européen pour l'EDI*, annexe I de la *Recommandation de la Commission, du 19 octobre 1994, concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées*, 94/820/CE, J.O. L-338, 28 décembre 1994, p. 98-117, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu>> (accédé le 31 août 2009).

s'assurent donc d'une sécurité que le droit commun n'est pas en mesure de leur accorder – ou plutôt, *qu'il leur accorderait si elles utilisaient le médium papier*. La question de la validité de telles conventions sur la preuve a été soulevée, mais elle serait valide en droit québécois¹²⁹.

Bref, la conclusion d'ententes-cadres pour l'utilisation de l'EDI est une conséquence directe des difficultés résultant d'un droit commun qui n'est plus en adéquation avec la pratique et, à ce titre, révèle quels sont les points de friction dont les cocontractants cherchent à se prémunir :

« Elles offrent [...] aux parties la possibilité de se soustraire, dans une certaine mesure, aux risques liés à la preuve. Elles permettent ainsi d'échapper aux incertitudes que représente le droit nouveau ou encore de régulariser le régime de preuve applicable lorsque des échanges ont lieu avec des parties étrangères dont le droit interne se montre incertain ou même hostile à certains aspects de l'EDI »¹³⁰.

L'EDI, une des premières formes de commerce électronique, a donc été confronté à un cadre juridique général inadéquat. Son utilisation était cependant plus profitable que les risques qu'il faisait courir, de sorte que sous la pression de la pratique, il était devenu nécessaire, au plan international, d'étudier et de modifier les conventions affectées. Les cocontractants, de leur côté, ont eu recours à des conventions cadres pour échapper aux incertitudes et maîtriser les risques.

¹²⁹ K. BENYEKHLEF, préc., note 124, p. 28 et 29. Voir Guy LEFEBVRE, « La preuve en matière d'échange de documents informatisés », (1995) 74 *R. du B. can.* 619, en particulier aux pages 637 et suivantes. S'appuyant notamment sur le principe de liberté contractuelle, Lefebvre est d'avis que les règles de preuve ont (pour la plupart) un caractère privé et qu'en conséquence, les conventions qui y sont relatives sont valides (p. 639-640). La doctrine française avait déjà établi qu'« [u]ne convention sur la preuve est au fond une convention sur le droit, donc, on peut disposer d'un droit, on peut également en régler conventionnellement l'attribution ou la perte, et par conséquent la subordonner à tel mode de preuve » : Encyclopédie juridique Dalloz, t. 6, n° 47, v° « Preuve », cité dans Nicole L'HEUREUX et Louise LANGEVIN, « La pratique des cartes de paiement au Québec : l'apport du droit comparé », (1990) 50 *R. du B.* 237, 264.

¹³⁰ G. LEFEBVRE, préc. note 129, 636 et 637.

B) La micrographie et la fragmentation de l'original

La micrographie est un exemple où un décalage entre le droit et les pratiques documentaires a dû être comblé par un régime d'exception. Bien que traditionnellement l'écrit se prouve par son original, un régime spécifique à la preuve par reproduction micrographique a été établi. Ainsi, les grands organismes, générant de grandes quantités de documents (banques, compagnies d'assurance, villes, etc.) pourront d'économiser l'espace de conservation de ces documents, en microfilmant ces documents, qui perdant leur caractère original, n'en perdent pas pour autant leur valeur probatoire.

La valeur que l'on attache au document original est illustrée au premier alinéa de l'article 2860 C.c.Q. : « L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu ». Cette règle est dite « règle de la meilleure preuve ». Comme nous l'avons vu plus haut, Mignault est d'avis que cette règle impose la présentation de la preuve originaire¹³¹ par préférence à la preuve « dérivée » ou « d'un genre inférieur »¹³². Il ne s'agit donc pas d'une règle d'*exclusion*.

Ainsi, l'« acte original est conçu comme celui qui a été conservé sur son support initial, alors que la copie résulte d'un transfert sur un nouveau support »¹³³. En conséquence, l'exigence découlant de la règle de la meilleure preuve, soit celle de produire l'original, empêchait jusqu'alors la conservation sur microfiches.

En France, cette exigence a été assouplie par l'adoption de la *Loi 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques*¹³⁴, venue modifier l'article 1348 du *Code civil*¹³⁵ par l'ajout d'un second alinéa :

¹³¹ La sécurité apportée par le support matériel originel en étant le fondement.

¹³² P.-B. MIGNAULT, préc., note 78, p. 10.

¹³³ André PRÜM, « L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 255, à la page 266.

¹³⁴ *Loi 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques*, J.O. 13 juillet 1980, p. 1755.

¹³⁵ Le premier alinéa de cet article est en substance similaire aux articles 2860 et 2861 C.c.Q en matière d'absence d'un original. L'article 1348 C.c.fr. se lit : « Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure. [...] ».

« [Les règles ci-dessus] reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support. »¹³⁶

Il faut noter que la méthode utilisée est l'exception, par nature limitée. D'ailleurs, la modification apportée « ne suffit pas pour recevoir des documents électroniques »¹³⁷. L'ouverture donnée à de nouvelles techniques de reproduction des documents repose sur deux éléments. D'abord, l'exigence, pour la copie, d'être une reproduction fidèle et durable de l'original et, ensuite, de façon non moins importante, sur l'existence d'une technique capable d'atteindre ces critères. Il est établi que la technique de la micrographie a la capacité de les rencontrer.

En effet, la *Loi du 12 juillet 1980* s'inscrit dans une mouvance générale marquée notamment par l'adoption par le Conseil de l'Europe de la *Recommandation n° R (81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques*. Celle-ci répond à une tension des règles de droit qui ne sont plus en adéquation avec les pratiques documentaires. Le deuxième considérant pose explicitement l'intention de permettre l'utilisation des nouvelles techniques de reproduction des documents :

« de plus en plus les entreprises ont recours aux procédés de reproduction des documents par micrographie et aux techniques d'enregistrement des informations sur ordinateur, en détruisant les originaux, s'ils existent, afin d'économiser les coûts d'archivage et des locaux. »¹³⁸

¹³⁶ *Loi 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques*, préc., note 134, art. 7.

¹³⁷ A. PRÜM, préc., note 133, à la page 266.

¹³⁸ *Recommandation n° R (81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques*, 2^e considérant, dans CONSEIL DE L'EUROPE – COMITÉ DES MINISTRES, *Harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques : recommandation n° R (81) 20 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 11 décembre 1981 et exposé des motifs*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1982 (ci-après « *Recommandation n° R (81) 20* »).

L'utilisation de telles techniques sera ainsi sécurisée, pour peu que « la reproduction [constitue] une image indélébile, fidèle et durable de l'original »¹³⁹. Cela ne sera pas le cas de tous les procédés. Dans l'exposé des motifs de la *Recommandation n° R (81) 20*, il est précisé que :

« [l'article 1 de l'Annexe] parle à dessein de « reproduction de l'original par micrographie ». Le comité d'experts, ayant examiné les problèmes techniques du « contretypage », a décidé de ne pas autoriser ce type de copie qui n'offre pas les mêmes garanties contre la falsification que celles offertes par la reproduction d'un original. Les microfilms de photocopies et les microfilms de microfilms ne sont donc pas acceptés aux fins de la Recommandation »¹⁴⁰.

Au Québec, la *Loi sur la preuve photographique de documents*¹⁴¹, en vigueur jusqu'à son remplacement par des dispositions équivalentes¹⁴² dans le *Code civil*, posait que l'« épreuve [...] tirée d'une pellicule photographique d'un document [...] fait preuve, pour toutes fins, de la teneur de ce document, au même titre que son original ». L'original devait être reproduit fidèlement et détruit (autrement il ne serait pas possible de présenter un document dérivé, en vertu de la règle de la meilleure preuve) en présence de deux témoins pour chaque opération. La fidélité de la reproduction se prouvait au moyen de la documentation de celle-ci :

« 3. Les personnes qui ont assisté à une opération de reproduction ou de destruction de document visée par l'article 2 doivent, immédiatement après, en attester l'accomplissement au moyen d'une *déclaration faite sous serment en duplicata*, signée de leur main, mentionnant l'autorisation reçue de l'institution intéressée et, dans le cas d'une reproduction de document, *certifiant la fidélité* de cette reproduction.

S'il s'agit d'un document en la possession du gouvernement, un exemplaire de cette déclaration est remis au ministre qui a la garde du document et l'autre au Conservateur des archives nationales du Québec;

¹³⁹ *Id.*, Annexe à la Recommandation, art. 4.

¹⁴⁰ *Id.*, Exposé des motifs, n° 14, p. 14. Le contretypage est un « [n]égatif ou positif de la seconde génération » : OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE *Grand Dictionnaire Terminologique*, v° « Contretypage », en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com>> (accédé le 31 août 2009).

¹⁴¹ *Loi sur la preuve photographique de documents*, L.R.Q., c. P-22 (abrogée le 1^{er} janvier 1994 ; ci-après « *LPPD* »).

¹⁴² Il s'agit des articles 2840 à 2842 C.c.Q., qui figuraient à la section VII « De la reproduction de certains documents » avant d'être eux-mêmes remplacés lors de l'entrée en vigueur de la LCCJTI, préc., note 19.

dans tout autre cas, un exemplaire est conservé par l'institution intéressée et l'autre est déposé en l'étude d'un notaire exerçant au Québec. »¹⁴³

Signe d'une plus grande confiance, d'une meilleure maîtrise des techniques documentaires et d'une utilisation toujours grandissante de celles-ci, les dispositions du Code civil qui ont remplacé la LPPD ont apporté plusieurs assouplissements au régime de la reproduction de certains documents. Ainsi, notons l'ouverture du régime aux personnes morales de droit privé¹⁴⁴, la suppression du délai de cinq ans pour la destruction du document original, le fait que désormais une seule personne – qui peut ne pas être employée – ait à signer la déclaration sous serment, que cette déclaration n'ait plus à être conservée en deux exemplaires par deux personnes différentes et enfin qu'elle soit faite « dans un délai raisonnable » plutôt qu'« immédiatement après » la reproduction¹⁴⁵.

Enfin, le changement qui est possiblement le plus important est l'ouverture à d'autres techniques de reproduction de documents. Alors que la LPPD parle d'une « épreuve » tirée d'une « pellicule photographique »¹⁴⁶, l'article 2841 C.c.Q. pré-LCCJTI parle de « reproduction » sans préciser le moyen technique utilisé. Il pose plutôt des critères :

« [p]our que la reproduction fasse preuve de la teneur du document, au même titre que l'original, elle doit reproduire fidèlement l'original, constituer une image indélébile de celui-ci et permettre de déterminer le

¹⁴³ LPPD, préc., note 141, art. 3 (nos italiques).

¹⁴⁴ Le régime de la micrographie était déjà devenu relativement généralisé. À l'origine, la loi n'était applicable qu'à la Banque du Canada et aux autres banques à charte (*Loi concernant la preuve de certains documents de banque*, 12 Georges VI, c. 44, entrée en vigueur le 22 mars 1948). Cette loi a été remplacée par la *Loi concernant la preuve photographique de certains documents*, 5-6 Elizabeth II, c. 67, entrée en vigueur le 21 février 1957. L'article 6 de cette loi permettait déjà au Gouvernement de rendre cette loi applicable « à toute association, société ou corporation, publique ou privée ». Ainsi, de 1957 au 31 décembre 1993, pas moins de 95 décrets ont été pris en ce sens, étendant l'utilisation de la preuve photographique de documents à de nombreuses villes, grandes entreprises et autres organismes dont des syndicats et des universités. *Décret d'application de la Loi sur la preuve photographique de documents*, R.R.Q., 1981, c. P-22, r. 1. ; *Décret 1049-9 concernant le remplacement de certains décrets pris en application de la Loi sur la preuve photographique*, (1993) 125 G.O. II, 5747; *Tableau des modifications et Index sommaire – Du 31 décembre 1981 au 1^{er} septembre 2007*, Éditeur officiel du Québec, 2007, p. 386.

¹⁴⁵ *Commentaires du Ministre*, v^o « Art. 2840 », « Art. 2841 » et « Art. 2842 », jusqu'en 2001, soit avant le remplacement de ces dispositions par la LCCJTI.

¹⁴⁶ Définie à l'art. 1 de la LPPD comme « [comprenant] une plaque photographique, une pellicule microphotographique et un cliché au photostat ».

lieu et la date de la reproduction. [...] ». Le défaut de rencontrer ces exigences entraîne le rejet des pièces de la preuve¹⁴⁷.

La comparaison de l'article 2841 C.c.Q. avec la LPPD permet une observation intéressante. Le Code civil ne prescrit pas de moyen technique pour la reproduction du document mais pose la condition d'indélébilité, alors que la LPPD limitait les moyens techniques mais ne pose *pas* la condition d'indélébilité. Nous sommes d'avis que s'il en est ainsi à la LPPD, c'est que la qualité d'indélébilité était, selon le législateur, implicite, inhérente aux pellicules photographiques de la LPPD. Cela se retrouve aussi dans le préambule de la première version de cette loi, en 1948, qui affirmait « *qu'il est maintenant possible de reproduire fidèlement, au moyen du procédé microphotographique, les documents des banques à charte fédérale* »¹⁴⁸. Au C.c.Q., le critère de validité de la reproduction se trouve détaché de la technique utilisée et substitué à celle-ci dans le texte de la loi. En conséquence, le critère peut être rencontré par d'autres méthodes (au choix), mais en contrepartie, l'atteinte du critère doit être démontrée, notamment par la documentation de la procédure de reproduction.

Outre la possibilité d'un changement de support sans perte de force probante, il est intéressant de noter que *le document original est fragmenté* : on le reconstitue, devant le tribunal, par la preuve de son contenu (l'épreuve) et par la preuve de la fidélité de l'épreuve à l'original (la déclaration)¹⁴⁹. La conservation de l'intégrité ne sera plus prouvée par un document original inaltéré depuis le moment de sa confection, mais bien par une copie issue d'un procédé à même de garantir l'intégrité de la reproduction *et* par une attestation documentant les lieux et date de la reproduction et à l'effet que celle-ci est, dans les faits, fidèle à l'original. Ce constat est d'importance : l'unité de lieu et de temps de l'écrit original sur papier est brisée. Il en sera de même pour l'écrit électronique.

¹⁴⁷ Ainsi, dans la décision *Banque Nationale du Canada c. Simard*, J.E. 96-1172 (C.Q.), des documents microfilmés ont été déclarés irrecevables car ils « ne port[ai]ent aucune mention de la nature du document et des lieux et date de leur reproduction et ce tel que prescrit à l'article 2842 ». Outre le défaut de documentation, les reproductions étaient de mauvaise qualité et illisibles.

¹⁴⁸ *Loi concernant la preuve de certains documents de banque*, précitée, note 144, préambule (nos italiques).

¹⁴⁹ Par exemple, l'article 4 al. 1 LPPD se lit : « La preuve d'un document photographié et détruit conformément à la présente loi se fait au moyen de la déclaration visée à l'article 3 et d'une épreuve tirée de la pellicule contenant la reproduction fidèle du document photographié. »

Certes bien balisée, l'ouverture à la reproduction de documents par micrographie semble se rapprocher de la possibilité déjà offerte aux actes authentiques de pouvoir générer des copies (authentiques) d'eux-mêmes¹⁵⁰, à l'aptitude (limitée) du greffier de prendre copie de certains documents originaux, copie qui aura la même force probante que l'original dont il émane¹⁵¹, et, en procédure criminelle, à la preuve photographique de biens qui, autrement, auraient dû être présentés au tribunal, lorsque la photographie est prise par un agent de la paix¹⁵². Il convient de noter de ces exemples la progression de l'idée que l'original puisse se dégager de son support initial et originel. D'abord sous l'autorité d'un officier public, maintenant sous forme d'un procédé devant être documenté et supervisé : l'authenticité se dissocie du document. Les dispositions sur la micrographie ne permettent pas encore de couvrir l'écrit électronique, puisqu'elles n'ont pas été créées pour répondre à cette réalité, mais elles constituent néanmoins un jalon important vers la reconceptualisation d'une notion fondamentalement liée au papier¹⁵³.

Ainsi, dans une décision de 2002, suite à l'adoption de l'*Electronic Signatures and Records Act*¹⁵⁴, la Cour suprême de l'État de New York a eu à se prononcer sur le caractère original d'un document informatique. Dans une affaire de vol à la tire, l'on a

¹⁵⁰ Voir l'art. 2815 C.c.Q. : « La copie de l'original d'un acte authentique ou, en cas de perte de l'original, la copie d'une copie authentique de tel acte est authentique lorsqu'elle est attestée par l'officier public qui en est le dépositaire. »

¹⁵¹ C.p.c., art. 311 : « Le témoin qui a en sa possession quelque document se rapportant au litige est tenu de le produire sur demande; à moins qu'il ne s'agisse d'un écrit authentique, il doit en laisser prendre copies, extraits ou reproductions qui, certifiés par le greffier, auront la même force probante que l'original. » Le champ d'application de cette disposition (et des copies y visées), que l'on retrouve à la section *De l'audition des témoins*, est particulièrement limité.

¹⁵² *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 491.2. Les photographies prises en vertu de cet article sont admissibles en preuve et ont la même force probante que si le bien avait été déposé, pour peu qu'elles soient accompagnées d'un certificat attestant leur authenticité. L'article 31 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, crée un régime similaire.

¹⁵³ Dans un rapport de 2001 sur la préservation des artefacts dans les bibliothèques, le Council on Library and Information Resources remarquait que « with newer formats, such as electronic and broadcast media that rely on refreshing and reformatting for longevity, the terms "original," "unique," "content fixity," and "material artifact" mean little. » Par ailleurs, la notion d'auteur serait fortement associée à l'imprimerie. Ainsi, « [w]hile there certainly have been variations between printings, and even among copies from the same press run, the presumption that authorship and content were, in principle, stable and fixed, took hold, with significant consequences. », dans COUNCIL ON LIBRARY AND INFORMATION RESOURCES, *The Evidence in Hand: Report of the Task Force on the Artifact in Library Collections*, novembre 2001, s. 3.1 « The Changing Features of the Artifact », en ligne : <<http://www.clir.org/PUBS/reports/pub103/contents.html>> (accédé le 31 août 2009).

¹⁵⁴ *State Technology Law* §§ 101-109 (New York).

présenté à un témoin (Kordes), qui les a paraphées, des photographies d'un suspect provenant d'une base de données. La poursuite a mis en preuve une seconde série de ces photographies. La Cour a rejeté les prétentions de la défense à l'effet que la poursuite n'avait pas mis en preuve l'original des photographies et a émis l'opinion que

« [e]ach [printout] is identical and conveys the full recoverable information. To decide that to the contrary, that only a manifestation in human readable form could be an original, is absurd. *Concerns for the integrity of information has always led the courts to prefer the original, and have led to many rules to bar or limit the use of non-"original" material. Here the original array was in electronic form in the computer memory ; the testimony was unequivocal that the printouts used by Kordes and the witness at the hearing were generated in the same manner.* »¹⁵⁵

Les deux nouvelles techniques documentaires que sont l'EDI et la micrographie ont illustré un décalage entre le droit et la pratique. L'encadrement juridique préexistant des contrats et de la preuve, conçu en fonction d'une réalité différente, est alors devenu source d'incertitude. Puisque l'écrit était entendu dans une conception papier, et que les nouvelles techniques s'en affranchissaient, les exigences formelles liées à l'écrit ont été identifiées comme autant d'obstacles à l'utilisation d'un autre médium pour la rencontre de ces exigences. Des réponses pragmatiques ont été apportées. Pour l'EDI, certaines conventions internationales ont modifiées, et le réflexe des parties a été d'insérer dans leurs contrats des dispositions relatives à la preuve. Pour la micrographie, un régime (de moins en moins) d'exception est venu encadrer la pratique, causée par une production documentaire toujours plus grande. Dans un cas comme dans l'autre, les parties cherchaient un cadre leur permettant de se libérer de contraintes juridiques liées à l'écrit sur support papier.

¹⁵⁵ *People v. McFarlan*, 744 N.Y.S.2d 287, 292 (nos italiques).

2) Au plan formel

« The library carrel is a place where we sit; the Web is a place through which we travel. »¹⁵⁶

Les différences entre les caractéristiques communicationnelles de l'écrit sur support papier ou électronique sont notables. Elles sont dues tant à la structure du texte qu'au support électronique lui-même. En effet, « [t]he properties of the medium determine the range of codes which it can transmit; *and considerably affect the nature of the message and its reception* »¹⁵⁷. Alors que l'écrit sur support papier est l'outil traditionnel et privilégié du formalisme informatif et la base sur laquelle s'est construite la solennité du contrat, le changement de support ne saurait être sans conséquence sur ces aspects du formalisme. La lecture, par laquelle un éventuel contractant s'approprié les informations contractuelles, est en effet bien différente selon le support utilisé¹⁵⁸ (A). De plus, la matérialité du support papier apportait une certitude quant à ce qui est du contenu contractuel et ce qui ne l'est pas. La structure des documents électroniques, tel que démontré par le traitement de la clause externe dans un contexte électronique, pose difficulté à cet égard et change la donne (B).

Nous entendons par « caractéristiques communicationnelles » les propriétés des média. Le domaine de l'éducation s'est très tôt intéressé à celles-ci et au potentiel des technologies de l'information dans l'apprentissage. Les auteurs Allan Collins, Peter Neville et Katerine Bielaczyc ont identifié plusieurs caractéristiques des média afin de créer une grille d'analyse pour plusieurs modes de communication – personne à personne, texte, vidéo, logiciel et réseau¹⁵⁹. Les caractéristiques ont été classées en quatre catégories : de transmission, d'enregistrement, de production et sociales. Les caractéristiques de transmission décrivent la relation entre l'émetteur et le récepteur. Elles comprennent

¹⁵⁶ David WEINBERGER, *Small pieces loosely joined*, cité dans David G. POST, *In search of Jefferson's moose*, New York (N.Y.), Oxford University Press, 2009, p. 3.

¹⁵⁷ James WATSON et Anne HILL, *Dictionary of Media and Communication studies*, 5^e éd., London, Arnold, 2000, v^o « Medium » (nos italiques).

¹⁵⁸ Voir en général Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *C.P.I.* 61, 69-72.

¹⁵⁹ Allan COLLINS, Peter NEVILLE et Katerine BIELACZYC, « The Role of Different Media in Designing Learning Environments », (2000) 11 *International Journal of Artificial Intelligence in Education* 144, 146, en ligne : <http://ihelp.usask.ca/iaied/ijaied/abstracts/Vol_11/collins.html> (accédé le 31 août 2009).

notamment l'interaction et la « négociabilité de la signification »¹⁶⁰. Les caractéristiques d'enregistrement touchent principalement à la pérennité, à la capacité à modifier le contenu, à la navigabilité et à la capacité à sonder le document afin d'identifier les informations pertinentes – par exemple à l'aide de repères tels les tables des matières, les index et les en-têtes. Les caractéristiques de production traitent de la production du message. Enfin, les caractéristiques sociales sont particulièrement intéressantes pour le droit. Elles s'intéressent notamment à la crédibilité du message reçu et à l'engagement (« la distance émotionnelle ») qu'il permet entre l'émetteur et le récepteur du message.

A) La lecture à l'écran

Puisqu'elle procède d'un rapport étroit au médium, la lecture ne peut qu'être affectée par le changement de celui-ci. La nature de la lecture, la compréhension du texte et la lisibilité sont différentes. Cela ne peut qu'avoir des répercussions sur la qualité et l'appropriation d'information par la lecture, donc sur des aspects du formalisme.

Le support électronique présente des caractéristiques différentes du support papier quant à la lecture. Se référant à une étude de l'Institut des sciences du document numérique (ISDN)¹⁶¹, Judith Rochfeld expose trois changements majeurs. Premièrement, la lecture est « une opération culturelle et construite [s'inscrivant] dans une expérience socio-culturelle, sur fond de « mise en place de repères physiques, historiques et écologiques » »¹⁶². Ainsi, alors que la lecture sur papier est un processus relativement bien

¹⁶⁰ « The negotiation of meanings, the back-and-forth determination of the content of a message, or the meaning of terms within a message, can be a critical aspect of whether a message is truly communicated. » : A. COLLINS, P. NEVILLE et K. BIELACZYK, préc., note 159, 146.

¹⁶¹ L'ISDN était un réseau de recherche affiliée à l'ENSSIB (École nationale supérieure des sciences de l'information et des bibliothèques) ayant regroupé, de 2000 à 2003, une centaine de chercheurs. Les thèmes de recherche étaient le cycle de vie du document numérique, l'édition et l'analyse et l'évaluation de documents électroniques. Voir le rapport final des activités : INSTITUT DES SCIENCES DU DOCUMENT NUMÉRIQUE, *Synthèse des travaux – Rapport final - Troisième année*, 2003, en ligne : <<http://isdn.enssib.fr/archives/archives.html>> (accédé le 31 août 2009).

¹⁶² Claire BÉLISLE, « Lire avec un livre électronique : un nouveau contrat de lecture ? », Colloque *Les défis de la publication sur le Web : Hyperlectures, cybertextes et méta-éditions*, dans le cadre des 15^e entretiens Jacques Cartier, décembre 2002, Lyon, en ligne : <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/21/71/PDF/sic_00000422.pdf> (accédé le 31 août 2009), cité dans Judith ROCHFELD, « Le temps et les formes aplatis de l'univers électronique », (2005) *RTD Civ.* 843, 846.

appréhendé et compris, la lecture électronique « n'est pas totalement construite »¹⁶³. La simplicité du document papier doit être placée en relation avec l'« intermédiation complexe entre le document [électronique] et son « lecteur » »¹⁶⁴.

Deuxièmement, la nature du support influe sur la compréhension du texte, conséquence de l'interaction entre le lecteur et le support. « Sur support électronique, la vitesse (plus lente), les pauses (plus nombreuses), les durées des séquences de concentration (plus faibles), les sauts de passage (plus nombreux), les retours en arrière (éliminés) sont spécifiques »¹⁶⁵. À cela se rajoute les difficultés découlant de la structure des documents électroniques (perte de linéarité, navigation à l'aide d'hyperliens, fragmentation du contenu et possibilité de surinformation). Bref, « [la lecture électronique] induit une perte des repères spatiaux et une désorientation du lecteur en raison de l'absence de contact avec le papier et de manipulation de sa texture, du volume du texte. »¹⁶⁶

Relativement à la structure, le support électronique est caractérisé par l'utilisation possible (et généralisée) de l'hypertexte. Celui-ci permet l'éclatement du texte et remet en question sa conception linéaire. Cela affecte la prévisibilité du déroulement du texte : « [a] hypertext has no canonical order. [...] [T]he readers's relationship to the text changes radically. A text as a network has no univocal sense; it is a multiplicity without the imposition of a principle of domination »¹⁶⁷. Le lecteur perd alors les repères que lui apportait la matérialité du papier et la linéarité de son contenu. Conséquemment, la recherche d'information devient moins efficace : « [r]eaders find it difficult to tell where they are within a group of nodes; they cannot judge whether they have read something

¹⁶³ J. ROCHFELD, préc., note 162, 847.

¹⁶⁴ Stéphanie LACOUR et Marion VIDEAU, « Légistique de la preuve électronique », dans Stéphanie LACOUR (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Actes des séminaires de recherche du programme Asphales ACI Sécurité informatique 2004-2007, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 183 aux pages 200 et 201.

¹⁶⁵ J. ROCHFELD, préc., note 162, 847.

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Jay David BOLTER, *Writing space : The computer, hypertext, and the history of writing*, Hillsdale (N.J.), Lawrence Erlbaum, 1992, p. 25, cité par David S. MIALL, *Hypertextual reading : What's the difference?*, 6th Biannual IGEL Conference, Utrecht (Pays-Bas), août 1998, en ligne : <<http://www.ualberta.ca/~dmiall/reading/hypdiff.htm>> (accédé le 31 août 2009).

essential and tend to give up too early; they find it hard to decide on an appropriate sequence through material »¹⁶⁸.

Troisièmement, les stratégies de lecture sont spécifiques au support utilisé. Ainsi, la lecture sur un écran est dite « rapide, de surface, de balayage, de repérage »¹⁶⁹. La lisibilité est manifestement différente. « [C]e concept a été juridiquement appréhendé mais aucunement dans une perspective électronique. Il y a donc lieu de revisiter une telle notion en tenant compte de cette réalité. »¹⁷⁰ Rochfeld conclut que « pour atteindre véritablement l'équivalence fonctionnelle, il eût fallu considérer les infériorités de la lecture électronique et les pallier par un formalisme spécial »¹⁷¹. Pour elle, « la « ritualisation » et la banalisation de l'information peut en minimiser l'impact, tandis que la « solennisation » du moment de l'engagement n'est pas recréée aussi facilement « dans la solitude de l'internaute face à son écran » »¹⁷².

Relativement au contenu du document lui-même, Jakob Nielsen propose divers conseils de mise en forme pour augmenter la convivialité et la lisibilité des textes affichés à l'écran ; par exemple, utiliser des en-têtes, réduire de moitié le nombre de mots d'un document par rapport à son équivalent papier, utiliser des listes, surligner les mots

¹⁶⁸ D. S. MIALI, préc., note 167, référant à l'étude de Davida CHARNEY, « The effect of hypertext on processes of reading and writing » dans Cynthia L. SELFE and Susan HILLIGOSS (dir.), *Literacy and computers: The complications of teaching and learning with technology*, New York, Modern Language Association of America, 1994, p. 238. Une remarque similaire est faite dans le monde de la littérature : « Dans les hyperfictions, le lecteur devant son écran n'a plus la possibilité d'appréhender physiquement comme dans un livre le volume et les dimensions du récit qu'il est en train de lire. Quand bien même il en aurait une idée (en terme de kilo-octets, par exemple), la multiplication exponentielle des parcours de lecture rend très variable d'un lecteur à l'autre le nombre de pages-écrans qui auront été lues. D'ailleurs cette lecture peut-elle s'achever ? Si certaines fictions hypertextuelles se terminent par une fin identique pour tous, d'autres proposent des parcours divergents qui aboutissent à des fins différentes. [...] La lecture se termine alors par un abandon, comme quand on sort d'un musée dont on n'a pu visiter toutes les salles, mais avec le sentiment d'en avoir fait le tour. La fiction hypertextuelle renvoie l'image d'un univers fragmenté dont la totalité reste inaccessible. Chaque fragment ne peut en transmettre qu'une image ou un reflet. Les figures antagonistes de cette nouvelle rhétorique pourraient bien être l'aporie et l'épiphanie. La première exprime l'impossibilité d'épuiser la lecture et de construire un sens achevé, faute d'avoir jamais accès à la totalité du texte; par la seconde, est rendu moins manifeste le mode d'apparition du fragment au lecteur, sa rencontre imprévue au détour d'un lien suivi le plus souvent en aveugle. » : Jean CLÉMENT, « Hypertextes et mondes fictionnels (ou l'avenir de la narration dans le cyberspace) », (2000) 2 *ÉC/Arts* 72, 77, en ligne : <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/21/22/PDF/sic_00000294.pdf> (accédé le 31 août 2009).

¹⁶⁹ C. BÉLISLE, préc., note 162, p. 3, cité dans J. ROCHFELD, préc., note 162, 847.

¹⁷⁰ V. GAUTRAIS, préc., note 158, 69.

¹⁷¹ J. ROCHFELD, préc., note 162, 847.

¹⁷² *Id.*, 848 (citations omises).

importants, et, de façon plus générale, porter une attention au design des documents (voire travailler avec des spécialistes de la communication)¹⁷³.

La lecture électronique est encore jeune et n'est pas complètement maîtrisée. Les méthodes de lecture et d'appropriation de l'information sont différentes. Cela ne peut manquer d'avoir des conséquences sur la capacité de l'écrit à transmettre de l'information efficacement. De plus, la conception d'un document électronique doit faire l'objet d'une attention particulière afin qu'il fasse naître une solennité similaire à celle d'un écrit sur support papier afin d'avertir le cocontractant qu'il est sur le point de s'engager. De façon moins évidente que la preuve, le formalisme est néanmoins affecté par le changement de médium.

B) L'hypertexte et les contrats

Nous avons vu que le support électronique favorisait la fragmentation des documents. Or les effets ne s'arrêtent pas à la lecture. L'usage d'hyperliens fractionne le contenu contractuel¹⁷⁴ et rend celui-ci moins assimilable. Les documents ainsi liés forment un réseau dont l'étendue est beaucoup moins certaine que ne le serait un document papier. La notion de clause externe illustre bien cette situation.

L'article 1435 al. 1 C.c.Q. pose que la clause externe fait partie du contenu contractuel : « [l]a clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. » Cela se conçoit relativement bien dans le cadre d'un contrat papier : il s'agit d'une clause qui, sans être matériellement liées au contrat principal, est réputée en faire intellectuellement partie, du

¹⁷³ Jakob NIELSEN, P.J. SCHEMENAUR et Jonathan FOX, *Writing for the Web*, en ligne : <<http://www.sun.com/980713/webwriting>> (accédé le 31 août 2009), cité dans V. GAUTRAIS, préc., note 158, 69-72. Des recherches sur le design et l'ergonomie des documents existent déjà. Voir par exemple Ruth Anne ROBBINS, « Painting With Print: Incorporating concepts of typographic and layout design into the text of legal writing documents », (2004) 2 *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 108, en ligne : <http://works.bepress.com/ruth_anne_robbins/2> (accédé le 31 août 2009). L'article a ceci de particulier qu'il débute par une note de l'éditeur : « Because the topic of this article is how typography and layout affect the reception of written text, the article's typography and layout conform with the author's suggestions rather than adhering to the page design and heading conventions of J. ALWD. » La lisibilité (dans ses deux acceptions de *readability* et de *legibility*) y est étudiée et l'auteure propose des éléments de mise en page tendant à augmenter la « persuasion visuelle » de textes juridiques.

¹⁷⁴ Voir Vincent GAUTRAIS, « Les contrats de consommation sont presque tous illégaux! », (2005) *R. du N.* 617, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/econsommation15062007.pdf>> (accédé le 31 août 2009), p. 14, où l'auteur souligne la « scission [du contrat] en une multitude de documents juridiques ».

fait d'une clause qui y renvoie¹⁷⁵. Une clause comprise dans un dépliant « détaché, qui n'est pas signé, qui n'a pas les noms des parties »¹⁷⁶ est ainsi une clause externe. À l'inverse, les clauses figurant au verso du contrat principal ou tout autre document annexe ou broché ne sont pas des clauses externes¹⁷⁷.

Cependant, dans un contrat électronique, la réponse est moins claire : un document peut contenir de nombreux hyperliens menant à des documents, contractuels ou non. Cette distinction peut ne pas être apparente avant d'avoir suivi le lien (l'intitulé n'est quelquefois pas être d'un grand secours) voire même après, pour le consommateur peu averti. Les contours du contenu contractuel devenant flous, le cocontractant, souvent consommateur, ne pourra pas aisément déterminer ce à quoi il s'engage.

Dans l'affaire *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*¹⁷⁸, la Cour suprême a eu à décider si une clause d'arbitrage, contenue dans un document distinct intitulé « Conditions de vente », accessible par un hyperlien, constituait une clause externe. Notant que « le critère traditionnel de séparation physique ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique »¹⁷⁹, la Cour a déterminé que le critère équivalent pour les contrats conclus par voie électronique serait la « condition préalable implicite d'accessibilité »¹⁸⁰ du document auquel l'hyperlien mène. En conséquence,

« une clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. »¹⁸¹

¹⁷⁵ Voir Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd. par P. -G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Yvon Blais, 2005, n° 205, p. 267 : « Il s'agit d'une stipulation figurant dans un document distinct de la convention ou de l'*instrumentum* mais qui, selon une clause de cette convention, est réputée en faire partie intégrante, et donc lier les parties. » (en italiques dans le texte ; références omises).

¹⁷⁶ *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc Inc.*, 2002 CanLII 111 (QC C.S.)

¹⁷⁷ Didier LLUELLES avec la collab. de Benoît MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 2006, n° 1446, p. 744 et ; n° 1452, p. 748.

¹⁷⁸ [2007] 2 R.C.S. 801.

¹⁷⁹ *Id.*, ¶ 96.

¹⁸⁰ *Id.*, ¶ 99.

¹⁸¹ *Id.*

La qualification de document externe sera ainsi fonction de son accessibilité. Le document auquel il est fait référence, sans qu'un hyperlien y menant ne soit fourni, sera une clause externe. Le critère retenu par la majorité est d'application plus difficile que le critère de la séparation physique prévalant pour un contrat papier¹⁸², en plus de ne pas en être l'équivalent. Il rend incertaine la dichotomie – nécessaire à l'application de l'article 1435 C.c.Q. – entre ce qui est externe et ne l'est pas : un document *distinct* vers lequel mène un hyperlien fera partie du contrat, *sans même utiliser le mécanisme de la clause externe* pourtant créé à cette fin. Seul un document vers lequel aucun hyperlien ne mène sera considéré externe et exigera, dans le cas des contrats de consommation ou d'adhésion, qu'il soit expressément porté à la connaissance du consommateur ou de l'adhérent¹⁸³. En confondant clause de renvoi et clause externe, externalité et accessibilité, l'étendue contractuelle devient incertaine¹⁸⁴.

Le cas de la clause externe illustre que l'utilisation d'hyperliens dans les contrats sous forme électronique peut affecter les caractéristiques communicationnelles de l'écrit. À la source du problème, il est possible que la présentation d'informations contractuelles par hypertexte soit fondamentalement défailante. Ben Shneiderman a proposé trois « règles d'or » de l'hypertexte :

- « - There is a large body of information organized into numerous fragments,
- The fragments relate to each other, and
- The user needs only a small fraction at any time »¹⁸⁵

¹⁸² L'incorporation d'un critère d'appréciation subjective (« des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible » : *id.*, ¶ 99) rajoute à l'incertitude.

¹⁸³ Ce qui peut mener à un résultat critiquable, si, pour ce faire, un hyperlien est fourni : le document ne sera dès lors plus considéré externe, car accessible.

¹⁸⁴ Voir Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage ! » (2008) *R.G.D.* ¶ 46 à 80, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/200702GautraisEpreuve1.pdf>> (accédé le 31 août 2009) et Nicolas W. VERMEYS et François SENÉCAL, « Commentaire sur la décision Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs - La dénaturation de la notion de clause externe », dans *Repères*, août 2007, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2007REP625.

¹⁸⁵ Ben SHNEIDERMAN, « Reflections on Authoring, Editing, and Managing Hypertext », dans Edward BARRETT (dir.), *The Society of Text : hypertext, hypermedia, and the social construction of information*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1989, en ligne : <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.28.9011>> (accédé le 31 août 2009).

Les deux premiers principes ne posent pas particulièrement de problème dans le cas d'un contrat. Les contrats sont généralement divisés par articles et ceux-ci ont un lien entre eux. Le troisième principe est plus problématique. En effet, l'*instrumentum* se veut la représentation de l'entente conclue. Pour en prendre connaissance, le cocontractant a besoin de se le voir présenter dans son entièreté – ce qui est d'autant vrai lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion ou de consommation. Il nécessite donc, au moment de consentir, de plus qu'une fraction du texte. En effet, le rapport au temps est fondamentalement différent selon qu'il s'agit de la consultation d'un hypertexte encyclopédique ou de la conclusion d'un contrat, cet acte étant par nature ponctuel.

L'élaboration d'un hypertexte – ou la confection d'un contrat sous forme électronique – devrait alors différer de celle d'un document papier. La structure du document doit faire l'objet d'une attention particulière. L'absence de linéarité et de limites claires doivent être compensée : « in the hypertext world other mechanisms must be created to give the reader a sense of scope and closure »¹⁸⁶. Shneiderman suggère, pour ce faire, d'élaborer de « simple, comprehensible, and global structures that the readers can use as a cognitive map »¹⁸⁷.

De cette façon, les frontières du document peuvent facilement être déterminées et celui-ci plus aisément parcouru : ce qui est contractuel se distinguera mieux de ce qui ne l'est pas. Dans le cas d'un contrat, lorsqu'un hyperlien mène vers un autre document contractuel, son identification à cet effet permettra de le reconnaître comme une clause de renvoi, ce qui donnera véritablement effet au mécanisme de la clause externe pour les contrats électroniques¹⁸⁸.

¹⁸⁶ B. SHNEIDERMAN, p. 15.

¹⁸⁷ *Id.*

¹⁸⁸ De même, dans une expérience de loi annotée hypertextuelle (articles et décisions jurisprudentielles), un groupe de recherche du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal a distingué deux types d'hyperliens : « Les liens hypertextes possèdent une double vocation ; ils doivent permettre de reproduire la structure hiérarchique du document (*first order hypertext*) d'une part, et, d'autre part, d'introduire les liens correspondants aux références croisées (*second-order hypertext*). » Voir Jacques SAVOY, F. MARCIL, Martin CHOQUETTE, « Conception et réalisation d'hypertextes en droit », dans Danièle BOURCIER et Claude THOMASSET (dir.), *L'écriture du droit : législation et technologie de l'information*, Paris, Diderot, 1996, p. 282 (référence omise).

Les propriétés du médium électronique et ses caractéristiques communicationnelles remettent en cause l'efficacité des exigences formelles. D'une part, le médium électronique transmet l'information autrement que le médium papier et il ne se consulte pas de la même façon. Alors que le formalisme de l'écrit, notamment les obligations d'information, présume (parce qu'il a été conçu en fonction du papier) d'une certaine capacité du médium à communiquer, ses objectifs peuvent ne pas être rencontrés par le médium électronique. D'autre part, un document papier naturellement délimité ne se compare pas aisément à un hypertexte comprenant des hyperliens menant vers de nombreux autres documents. Le contenu du contrat sous forme d'hypertexte devient alors difficile à cerner en l'absence de repères et de critères équivalents à ceux du papier.

Alors que l'écrit était consacré comme moyen de preuve et comme élément de forme par excellence depuis des centaines d'années, les technologies de l'information et de nouvelles techniques documentaires sont venues bouleverser cette stabilité. Au plan probatoire, l'exigence d'un écrit et la production d'un original sont mises à l'épreuve par l'EDI et la micrographie. Au plan formel, d'une façon moins visible, les caractéristiques du médium électronique viennent saper les fondements d'un formalisme construit autour de l'écrit sur support papier et fragiliser les contours des contrats.

Ce sont aussi des centaines d'années qu'il aura fallu à l'écrit pour s'affirmer comme élément essentiel de la société. Se développant parallèlement à celle-ci, l'écrit vient combler ses besoins. Il devient le mode de communication juridique par excellence, tant en matière de preuve que de formalisme. Ce n'est que récemment qu'ont été remis en question son adéquation avec les réalités sociale et technologique. Dans sa conception séculaire, fondée sur le papier, l'écrit devenait un obstacle, un frein aux échanges commerciaux et au développement. Des problèmes de preuve surviennent et on met en doute la capacité des documents électroniques de remplir les exigences formelles autrefois dévolues au papier. Pourtant, l'utilisation des technologies de l'information va grandissante et il ne saurait y avoir de retour en arrière. L'institution juridique de l'écrit n'a d'autre choix que de s'adapter et de se saisir de cette nouvelle réalité.

CHAPITRE 2 – Réécrire l'écrit

« Une technologie ne constitue pas en soi une révolution méthodologique, mais elle reconfigure le champ du possible. »¹⁸⁹

Une fois l'écrit affirmé, ce ne sera que bien plus tard, sous l'impulsion de nouvelles technologies de l'information, que la notion devra être remise en question. Il convient donc d'élaborer sur les outils dont dispose le droit pour s'adapter au changement et intégrer les nouvelles réalités. Le droit civil possède par nature plusieurs outils pour ce faire (1). Cependant, pour intégrer l'écrit électronique, ils ont dû être conjugués à de nouveaux principes (2).

Section 1 – Les outils traditionnels du droit civil

Les racines du droit civil vont puiser à plusieurs sources, dont certaines particulièrement anciennes. Divers outils ont permis au droit civil de s'adapter au travers des siècles à des situations changeantes, par exemple aux plans social, commercial ou technologique. Les fictions, les présomptions, et l'interprétation peuvent ainsi étendre et adapter les institutions du droit civil et intégrer le changement.

1) La fiction

Comme son nom l'indique, la fiction juridique consiste en une mise de côté de la réalité au profit d'un raisonnement juridique. Il s'agit d'une technique du droit qui fait « abstraction de la réalité [pour] concilier la stabilité de la construction logique nécessaire à sa sécurité et les exigences de son adaptation aux réalités sociales »¹⁹⁰. Si elle dénature la vérité, la fiction n'en est donc pas moins un élément indispensable¹⁹¹ de technique juridique.

¹⁸⁹ Séraphin ALAVA, *Cyberespace et formations ouvertes : Vers une mutation des pratiques de formation ?*, Bruxelles, De Boeck Université, 2000, p. 41.

¹⁹⁰ J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 74.

¹⁹¹ *Id.*

Jean Louis Bergel propose une classification des fictions juridiques selon leurs fonctions, dont il précise qu'elles se chevauchent fréquemment¹⁹². Il identifie les fonctions historique et dogmatique, aussi identifiées par la doctrine classique¹⁹³, de même que les fonctions téléologique et mécanique, ces dernières venant qualifier des fictions qui ne tomberaient pas dans le schéma classique.

Il place les fonctions dogmatiques et mécaniques dans l'ensemble plus vaste des fonctions de *techniques juridiques*, celles qui ont pour objet la cohérence du droit. La fiction dogmatique est celle qui opère un rattachement logique entre une solution juridique et un ensemble plus grand, « qui est considéré comme un système cohérent et harmonieux »¹⁹⁴. Une fiction dogmatique n'opère donc pas, selon Bergel, la dénaturation des conditions d'une règle de droit dont on cherche à étendre la portée, comme le fait la fonction historique ou téléologique. Il offre comme exemple de fictions dogmatique la qualification de biens immeubles par destination et la notion de personnalité morale. Dans le cas de cette dernière, il s'opère de plus une assimilation de la personne morale à la personne physique à certains égards. La fiction mécanique maintient la cohérence du système juridique. Elle « imprim[e] au droit un mode de fonctionnement artificiel ». La maxime selon laquelle « nul n'est sensé ignorer la loi » est une telle fiction : son absence « liquéfierait [...] les ordres juridiques »¹⁹⁵. Ces fictions, dites de technique juridique, trouvent leur nécessité à l'intérieur même du système juridique.

Les fonctions historique et téléologique sont regroupées sous leur fonction générale de *politique juridique* : elles tendent vers la rencontre d'une idéologie, d'un ordre social, d'intérêts particuliers ou d'autres finalités « considérées comme justes »¹⁹⁶. Elles ont en ce sens une existence autonome et sont créatrices de droit. La fonction téléologique qualifie les fictions qui sont de « véritables créations juridiques », qui se justifient d'elles-mêmes

¹⁹² *Id.*, p. 76 à 85.

¹⁹³ Bergel se réfère à cet égard à Rudolph von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, éd. 1887, t. 3.

¹⁹⁴ J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 78.

¹⁹⁵ C. A. MORAND, « La croissance normative. Comment faire face à une masse de droit considérable ? », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde Verwaltung*, Band, 1986, p. 337 et suiv., cité dans J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 80.

¹⁹⁶ J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 81.

et protègent des intérêts précis. Bergel donne l'exemple de l'adoption, qui vient remplacer une filiation d'origine par une autre.

La fonction historique est celle par laquelle la portée de règles préexistantes est étendue suite à la combinaison d'« une politique juridique novatrice et évolutive dans des domaines particuliers et [d']une politique conservatrice du système établi »¹⁹⁷ :

« Les fictions juridiques sont, dans ce cas, le véhicule de l'adaptation du droit à l'évolution de la vie sociale par la continuité de ses instruments : plutôt que de rompre les cadres d'un système juridique établi, on en étend les composantes au-delà de leurs limites antérieures et naturelles. »¹⁹⁸

Cela semble particulièrement bien correspondre à la réalité de l'écrit électronique et aux méthodes utilisées afin de « fondre » une réalité technologique ne concordant pas parfaitement au droit à l'intérieur même de ses institutions séculaires : l'écrit, la signature et l'original. Le droit évolue par l'assimilation d'une réalité nouvelle à un cadre préexistant.

Si l'on parle volontiers d'artifice, d'altération de la réalité voire de « légitimation du faux »¹⁹⁹, utilisé dans l'atteinte d'une conséquence juridique souhaitable, un point de vue autrement critique qualifie la fiction d'« altération ou émergence d'un concept juridique dont l'avènement est rendu nécessaire par la méconnaissance de la réalité des choses »²⁰⁰. Vincent Gautrais critique ainsi le principe de neutralité technologique, fiction traduite dans la loi par un décalage entre droit et la pratique relative aux technologies de l'information²⁰¹. Selon lui, d'autres méthodes auraient pu mieux accomplir la tâche. Il cite à son appui Gérard Cornu, selon qui :

« [i]l serait préférable d'éviter la dénaturation inhérente à la fiction, lorsqu'un procédé plus neutre – et tout aussi ingénieux – permet

¹⁹⁷ *Id.*, p. 82.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ P. FORIERS, « Présomptions et fictions », dans Chaim PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), *Présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, p. 7, cité dans J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 74.

²⁰⁰ Vincent GAUTRAIS, « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », (2004) 9-2 *Lex Electronica* 3, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais1.htm>> (accédé le 31 août 2009).

²⁰¹ *Id.*, 5 et 6.

d'obtenir un résultat équivalent. Ainsi, pour répondre au progrès de la technologie dans l'expression des signes, est-il vraiment nécessaire, comme le font ou envisagent de la faire certaines législations, d'énoncer que l'écrit consiste dans « toute expression lisible portée sur un support papier, optique ou magnétique »? Au lieu de déformer, dans sa définition, la notion millénaire d'écrit et de faire abstraction de la base tangible originelle qu'est l'original ne suffisait-il pas, substituant à la fiction le procédé lui aussi consacré et aussi imaginaire qu'est l'assimilation, de poser que ces procédés nouveaux – qui méritent en effet d'être valorisés – sont assimilés à l'écrit quant à leurs effets, dans la mesure où ils présentent, par leur caractère durable et fidèle (puisque ce sont les deux critères de valeur de la preuve écrite) des garanties équivalentes? Imagination pour imagination... »²⁰²

Nous croyons que c'est ce que permet de faire le principe d'équivalence fonctionnelle tel qu'implémenté dans la LCCJTI, où, avant d'être assimilé à un écrit, le document technologique doit voir son intégrité assurée. L'assimilation opérée par la LCCJTI n'est toutefois pas parfaite, dans le sens où l'exigence d'un écrit, requis pour la validité de l'acte qu'il constate, et non pas pour sa preuve, est rencontrée malgré l'absence d'éléments formels dans les conditions d'assimilation.

2) La présomption

La présomption est plus proche du domaine de la preuve que de la technique juridique. Nous la présentons nonobstant comme un outil du droit civil, car il s'agit d'une ressource à la disposition du législateur pour contrer certaines difficultés juridiques lorsque les circonstances l'exigent.

Selon la définition qu'en fait le *Code civil du Québec*, la présomption est « une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu »²⁰³. La présomption peut être légale ou de fait. Dans le cas de la présomption de fait, un faisceau d'indices vient alimenter un raisonnement principalement inductif au terme duquel est « engendr[é] une certitude intellectuelle plus ou moins grande au sujet d'un fait qui, à première vue, n'était pas apparent »²⁰⁴.

²⁰² Gérard CORNU, « L'imagination à bon droit ? », 2^e conférence Albert-Mayrand, Montréal, Thémis, 1998, p. 15, cité dans V. GAUTRAIS, préc. note 200, p. 6.

²⁰³ C.c.Q., art. 2846.

²⁰⁴ Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 639, p. 256.

La présomption légale peut être de deux ordres²⁰⁵. La présomption dite absolue est *irréfragable*, c'est-à-dire qu'elle rend toute preuve contraire interdite. Elle constitue alors « un moyen d'imposer une vérité »²⁰⁶, s'apparentant ainsi à la fiction²⁰⁷. La présomption dite simple n'est qu'une simple dispense de faire la preuve de l'élément présumé, mais peut être repoussée par une preuve contraire. Elle « a pour effet d'alléger le fardeau de la preuve de celui en faveur de qui elle existe »²⁰⁸ en le déplaçant vers l'autre partie.

Dans son économie, « [l]a présomption est un remède à une difficulté de preuve car le plus souvent le fait présumé est plus difficile à prouver que le fait retenu »²⁰⁹. Dans le cas de l'écrit électronique, une présomption est faite à l'article 2840 C.c.Q.. L'intégrité du support d'un écrit qualifié de « document technologique » est présumée ; le fait retenu étant l'absence de contestation de l'écrit quant à son contenu²¹⁰.

3) L'interprétation

« [L]e juge qui interprète le Code civil ne peut pas avoir pour unique fonction de reconstituer la pensée du législateur historique. Il agit aussi comme le dépositaire d'une longue tradition, tradition qui déborde amplement le texte ou la pensée des personnes qui ont collaboré à son adoption. Il a de ce fait une responsabilité plus grande qu'en droit statuaire dans l'adaptation du droit à une réalité sociale changeante. »²¹¹

Le rattachement et la juste qualification des faits à la loi est le cœur de l'interprétation. C'est, après sa rédaction, un nouveau contact de la loi avec la réalité qu'elle régit. Cependant, il arrive qu'entre la rédaction et l'interprétation s'écoulent de nombreuses

²⁰⁵ C.c.Q., art 2847

²⁰⁶ L. DUCHARME, préc., note 204, n° 557, p. 223.

²⁰⁷ J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 274.

²⁰⁸ L. DUCHARME, préc., note 204, n° 553, p. 222.

²⁰⁹ Isabelle DE LAMBERTERIE, « Préconstitution des preuves, présomptions et fictions », (2004) 9-2 *Lex Electronica*, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberterie1.htm>> (accédé le 31 août 2009).

²¹⁰ Nous sommes d'avis qu'elle correspond à une présomption équivalente implicite pour l'écrit. Nous reviendrons plus en détail sur cette disposition.

²¹¹ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999, p. 348

années, évolue la technologie et change la société. Certaines méthodes d'interprétation sont plus propices à la mise à jour de telles dispositions anciennes. Ainsi, le raisonnement par analogie et la méthode téléologique peuvent apporter des éléments de réponse quant à l'adaptation de la loi face aux technologies de l'information.

A) Le raisonnement par analogie

L'analogie naît d'« une certaine parenté de nature » entre deux institutions²¹². Elle peut être utilisée tant par le législateur que l'interprète. Dans le cas du législateur, un régime juridique réfère à un autre et s'en inspire fortement. Pour l'interprète, il s'agira plutôt d'un moyen « pour étendre la loi par imitation : du cas prévu par le texte la solution est étendue à un cas non prévu, mais qui est semblable »²¹³.

L'analogie est une méthode logique, aussi désignée « raisonnement *a pari* ». Elle est particulièrement utile en droit civil car elle permet l'extension de la portée d'une disposition, alors que le droit statutaire, d'interprétation stricte, privilégie d'autres types de raisonnement logique, comme le raisonnement *a contrario*²¹⁴. Pierre-André Côté rappelle que le *Code civil du Québec* invite, dans sa disposition préliminaire, l'interprète à utiliser le raisonnement par analogie : le code s'applique « en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun »²¹⁵.

Il est possible de tracer un lien de parenté entre l'analogie et le principe d'équivalence fonctionnelle. En effet, « [s]i [l'analogie] s'appuie sur une similitude de raison d'être (*ratio legis*) entre la règle existante et la solution à introduire, il est vrai de dire que les mêmes causes doivent produire les mêmes effets (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*). »²¹⁶ Le raisonnement par analogie a cependant certaines limites. L'écrit,

²¹² Jean CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 1 « Introduction. Les personnes. La famille, les enfants, le couple », Paris, Quadriga/PUF, 2004, p. 306.

²¹³ *Id.*, p. 306.

²¹⁴ P.-A. CÔTÉ, préc., note 211, p. 423 et 424.

²¹⁵ C.c.Q., disposition préliminaire ; P.-A. CÔTÉ, préc., note 211, p. 424

²¹⁶ J. CARBONNIER, préc. note 212, p.300. À l'inverse, le brocard veut aussi que « la loi cesse là où cessent ses motifs ».

au sens du Code civil, est ancré dans une conception « papier ». Plus que l'interprète, c'est le législateur qui pourra faire le pont et rendre un document électronique analogue à un écrit sur support papier. Si la nature de l'un et de l'autre sont similaires, leur arrimage n'est pas parfait.

B) La méthode téléologique

L'accomplissement de la loi n'étant pas une fin en soi, ce sont les rationalités qui la soutiennent – ses objectifs – qui détermineront dans quelle mesure sa portée pourra être élargie. « Lorsque le sens ordinaire des termes n'est pas à la mesure de tout l'objet poursuivi par le législateur, on peut donner un sens plus étendu aux termes qui se prêtent bien à cette extension »²¹⁷. La méthode téléologique, se concentrant sur les objectifs des dispositions étudiées, se rapproche donc en ce sens de la méthode historique, où « [l'interprète] doit rechercher ce que serait la pensée des auteurs de la loi s'ils avaient à légiférer aujourd'hui ».²¹⁸

La méthode téléologique se situe à l'« opposé » de la règle d'interprétation littérale, qui comme son nom l'indique pose son attention sur la lettre de la loi plutôt que sur ses objectifs. L'un et l'autre aura primé par le passé, mais la méthode moderne et globale d'interprétation applicable généralement considère les deux²¹⁹.

L'identification des objectifs de la loi permet de reconstituer « un principe de politique législative qui se suffit à lui-même »²²⁰. Cette tâche peut s'avérer ardue dans certains cas, par exemple lorsque deux finalités possibles sont similaires. La loi peut ainsi considérer une situation suffisamment grave pour exiger un écrit, sans pour autant préciser si elle

²¹⁷ *Canadian Fishing Co. c. Smith*, [1962] R.C.S. 294, 307 (traduction), cité dans P.-A. CÔTÉ, préc., note 211, p. 503.

²¹⁸ J. CARBONNIER, préc. note 212, p. 298.

²¹⁹ Voir à cet effet P.-A. CÔTÉ, préc., note 211, p. 483 à 493. Le « mouvement de balancier » semble toutefois s'être arrêté. « Aujourd'hui, il n'y a qu'un principe ou qu'une approche : les termes de la loi doivent être lus dans leur contexte global, selon leur sens grammatical et ordinaire en harmonie avec l'économie générale de la loi, avec son objet et avec l'intention du législateur » : Elmer A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 67 (traduction), cité dans P.-A. CÔTÉ, préc., note 211, p. 489.

²²⁰ J. CARBONNIER, préc. note 212, p. 298.

l'impose pour en faciliter la preuve entre les parties ou si l'écrit est requis pour conférer une solennité à l'acte.

S'agissant d'un rapport au texte, toute méthode d'interprétation est donc tributaire de la formulation de celui-ci. Partant, la méthode téléologique peut aussi être favorisée (et légitimée) par la façon dont sont rédigées les lois :

« [m]odern legislation tends to be drafted in general open-textured language. [...] Drafters no longer attempt to foresee and provide for every possible contingency, and detailed itemization is avoided unless there is a good reason for it. This current style of drafting lends itself to a purposive approach. »²²¹

Il devient alors possible d'intégrer dans la rédaction des lois des éléments propres à en faciliter une lecture téléologique. Cela devient particulièrement utile dans le domaine des technologies de l'information, où il est parfois préférable de préciser des objectifs législatifs plutôt que de prescrire les moyens de les atteindre. Selon ces termes, une rédaction technologiquement neutre de certaines dispositions pourrait être l'alliée d'une interprétation téléologique.

Diverses méthodes d'interprétation des lois peuvent ainsi venir aider à actualiser des textes plus anciens. Ils permettent de rattacher le nouveau à l'ancien. Le raisonnement par analogie et la méthode d'interprétation téléologique sont particulièrement pertinents lorsque vient le temps de faire évoluer le texte.

L'interprétation n'est qu'un outil d'adaptation du droit civil parmi d'autres. Nous avons constaté que la fiction ayant une fonction historique permet le rattachement, l'assimilation d'une nouvelle réalité à des dispositions déjà existantes. La présomption facilite la preuve de certains éléments. Dans tous les cas, ces outils peuvent être mis à profit pour étendre le texte à des situations inédites. Ils atteignent cependant les limites de leur légitimité et de leur justification lorsque le changement envisagé est trop important. Le recours à de nouveaux principes ou politiques juridiques est donc nécessaire.

²²¹ Ruth SULLIVAN, *Sullivan and Driedger on the construction of statutes*, 4^e éd., Markham (Ont.), Butterworths, 2002, p. 201.

Section 2 – De nouveaux principes

L'intégration par le droit de la nouvelle réalité technologique était rendue nécessaire par le bouleversement, la pression que celle-ci exerçait sur les notions plus anciennes. Pour ce faire, il a été nécessaire de recourir à de nouveaux principes, aux contours un peu flous : ceux de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle.

1) Le principe de neutralité technologique

Depuis un peu plus de dix ans, plusieurs textes relatifs aux technologies de l'information réfèrent au principe de neutralité technologique. L'expression s'est installée dans le vocabulaire – elle figure même au *Code civil du Québec*, chapeautant la section relative aux supports de l'écrit. Malgré une place importante dans le discours du droit des technologies de l'information, la signification et la portée du principe sont fréquemment négligées. Nous proposons donc d'identifier d'une part les sources du principe (A), et d'autre part à étudier ses possibles significations (B).

Cependant, il convient de clarifier d'emblée ce que le principe de neutralité technologique ne veut *pas* dire. Il serait en effet erroné de croire que la technologie est elle-même neutre, par nature : « it is important not to confuse the principle of technological neutrality with the mistaken idea that technologies are themselves neutral »²²².

Plusieurs auteurs ont ainsi traité de la nature de la technologie. Ainsi, pour Langdon Winner, il est évident que les « artefacts » véhiculent des valeurs²²³. De même, Ethan Katsh a étudié les effets des changements de média sur le droit lui-même, tant d'un point de vue rétrospectif (oralité, culture écrite, imprimé) que prospectif (médium électronique ; l'ouvrage a été publié en 1989)²²⁴. Enfin, Lawrence Lessig propose un schéma de

²²² Ian R. KERR, « Bots, Babes and the Californication of Commerce », (2003) 1 *R.D.T.U.O.* 285, 295 et 296.

²²³ Par exemple, le mouvement en faveur des droits des personnes handicapées, dans les années 1970 aux États-Unis, a souligné que de nombreux éléments d'urbanisme et design restreignaient leur mobilité et partant, leur participation à la vie publique. L'ajout de rampes d'accès, la modification des trottoirs et des autobus ont permis une plus grande inclusion. Langdon WINNER, *The whale and the reactor – A search for limits in an age of high technology*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1986, p. 25.

²²⁴ M. ETHAN KATSH, *The electronic media and the transformation of law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1989.

régulation où la loi, le marché, les normes sociales et « l'architecture » sont autant de contraintes régulant les comportements²²⁵. L'idée maîtresse de son livre *Code*²²⁶ est « *code is law* » : le code informatique et l'architecture qui le constituent, sont la forme principale de la régulation du cyberspace. Celui-ci n'était donc pas à l'origine, et par nature, un espace a-juridique : le cyberspace n'a *pas* de nature.

Donald A. Norman résume bien la question de la non-neutralité de la technologie. Paradoxalement, elle permet de mieux comprendre la signification et la portée du principe de neutralité technologique dans le domaine juridique, de même que l'importance des changements apportés par l'électronique :

« Technology is not neutral. Each technology has properties – affordances – that make it easier to do some activities, harder to do others. The easier ones get done, the harder ones neglected. Each has constraints, preconditions, and side effects that impose requirements and changes on the things with which it interacts, be they other technology, people, or human society at large. Finally, each technology imposes a mind-set, a way of thinking about it and the activities to which it is relevant, a mind-set that soon pervades those touched by it, often unwittingly, often unwillingly. The more successful and widespread the technology, the greater its impact upon the thought patterns of those who use it, and consequently, the greater its impact upon all of society. »²²⁷

A) La signification du principe

Bien qu'elle soit utilisée à de nombreuses reprises sans trop de précisions quant à sa signification²²⁸, l'expression « neutralité technologique » a fait l'objet de quelques études.

²²⁵ Lessig donne l'exemple de la cigarette : la loi en empêche la vente aux moins de 18 ans ; son accessibilité dépend de son coût ; il est préférable de demander la permission des autres passagers avant de fumer dans une voiture ; et enfin l'« architecture » de la cigarette, peut lui faire produire plus ou moins de fumée, la rendant utilisable dans plus ou moins de circonstances. Lawrence LESSIG, *Code version 2.0*, 2^e éd., New York (NY), Basic Books, 2006, p. 122 et 123, en ligne : <<http://pdf.codev2.cc/Lessig-Codev2.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

²²⁶ Lawrence LESSIG, *Code and others laws of cyberspace*, New York (NY), Basic Books, 1999. Sur cette idée, voir également Joel REIDENBERG, « Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology », (1998) 76 *Tex. L.R.* 553.

²²⁷ Donald A. NORMAN, *Things that make us smart : Defending Human attributes in the age of the machines*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1993, p. 243.

²²⁸ Bert-Jaap Koops conclut qu'il s'agit d'un « sweeping statement », d'une simple généralité : Bert-Jaap KOOPS, « Should ICT Regulation be Technology-Neutral? », dans Bert-Jaap KOOPS, Miriam LIPS, Corien PRINS et Maurice SCHELLEKENS, *Starting Points for ICT Regulation – Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, La Haye, T.M.C. Asser, 2006, p. 77, à la page 107.

Nous porterons ici notre attention sur deux composantes du « principe », non sans avoir au préalable élaboré sur le principe de « non-discrimination », auxquels réfèrent les instruments internationaux avant que l'expression « neutralité technologique » n'occupe cette place.

En effet, les premiers instruments internationaux relatifs aux technologies de l'information sont antérieurs à l'expression « neutralité technologique »²²⁹. La pierre angulaire de la *Loi type de la CNUDCI*, datant de 1996, est plutôt le principe de « non-discrimination ». Dans le Guide pour son incorporation, l'expression est utilisée pour expliquer l'article 5, qui pose que « [l]'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données »²³⁰.

Cinq ans plus tard, en 2001, la CNUDCI proposait la *Loi type sur les signatures électroniques*²³¹. Le Guide pour son incorporation mentionne pour la première fois la question de la neutralité, et opère une intéressante distinction :

« Les mots « une approche techniquement neutre », tels qu'ils sont utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, expriment le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme

²²⁹ Dans le cas de la *Recommandation n° R (81) 20* du Conseil de l'Europe, préc., note 138 et de la *Recommandation de 1985* de la CNUDCI, l'intention était plutôt d'assurer l'admissibilité en preuve des documents micrographiés (dans le premier cas), et des « enregistrements informatiques » (dans le second cas) sans prescrire l'assimilation de ces techniques à une catégorie formelle (écrit, signature et original). La *Recommandation de 1985* de la CNUDCI considère même que « qu'il n'est pas nécessaire d'unifier les règles de la preuve en ce qui concerne l'utilisation des enregistrements informatiques dans le commerce international » : COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques*, 1985, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommendation.html> (accédé le 31 août 2009 ; ci-après « *Recommandation de 1985* »).

²³⁰ COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998*, Nations Unies, New York, 1999, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html> (accédé le 31 août 2009 ; nos italiques ; ci après « *Loi type sur le commerce électronique* »). Les commentaires du *Guide pour son incorporation*, ¶ 46, p. 33 sont à l'effet que « L'article 5 énonce le principe fondamental selon lequel les messages de données ne devraient pas faire l'objet d'une discrimination, c'est-à-dire qu'il ne devrait pas y avoir de disparité de traitement entre les messages de données et les documents sur support papier » (nos italiques). Tout au plus mentionne-t-on une « approche neutre quant à la technique d'information » (¶ 6, p. 17 du *Guide pour son incorporation*).

²³¹ CNUDCI, *Loi type sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation*, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html> (accédé le 31 août 2009).

électronique. *La nouvelle Loi type reflète également le principe selon lequel aucune discrimination ne devrait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé « neutralité technologique ».* »²³²

La neutralité technologique aurait donc une portée plus grande que la non-discrimination. En plus d'une non-discrimination entre les supports papier et électronique, la neutralité technologique aurait un aspect plus « prospectif » en posant la non-discrimination entre les technologies entre elles²³³. La CNUDCI a voulu reconnaître de la sorte une plus grande autonomie des parties dans le choix de modes de communication qu'elles utilisent²³⁴. John D. Gregory souligne le même avantage dans un commentaire sur la neutralité technologique dans les lois uniformes canadiennes²³⁵ : « [t]echnology neutrality is flexible. It allows users of electronic communications to decide what is appropriate to them, in expense, in deployment, in security and in reliability. One size does not fit all. »²³⁶

L'expression « neutralité technologique » renvoie aussi à l'idée de rendre une disposition de la loi à l'épreuve du temps, soit afin de ne pas entraver le développement de nouvelles technologies, soit afin d'éviter de devoir procéder à des mises à jour trop fréquentes de la loi²³⁷. Chris Reed retrace sa première utilisation dans un commentaire relatif à l'*US Electronic Communication Privacy Act 1986*²³⁸. L'expression est alors utilisée pour

²³² *Id.*, *Guide pour son incorporation*, p. 14 (nos italiques).

²³³ « [L]a nouvelle Loi type ne doit pas être interprétée comme décourageant l'utilisation d'une quelconque méthode de signature électronique, que celle-ci existe déjà ou doive être mise en œuvre dans l'avenir ». *Id.*, *Guide pour son incorporation*, p. 24.

²³⁴ « [L]e nouvel instrument traduit en particulier le principe de la neutralité quant aux techniques employées; une approche ne désavantageant pas les équivalents fonctionnels des concepts et pratiques traditionnels fondés sur le papier et une large place donnée à l'autonomie des parties. » *Id.*, *Guide pour son incorporation*, p. 34 (référence omise).

²³⁵ CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur la preuve électronique*, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sub=1u2>> et CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sub=1u1>> (tous deux accédés le 31 août 2009).

²³⁶ John D. GREGORY, « Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts », 4^e Conférence Internet pour le droit, Montréal, 2-3-4 octobre 2002, en ligne : <<http://www.lexum.umontreal.ca/conf/conf2002/actes/gregory.html>>.

²³⁷ Chris REED, « Taking sides on technology neutrality », (2007) 4-3 *SCRIPT-ed* 263, 268, en ligne : <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-3/reed.asp>> (accédé le 31 août 2009).

²³⁸ 18 U.S.C. § 2510

signifier que « the rules should neither require nor assume a particular technology »²³⁹. Il cite, de plus, la déclaration de la Conférence de Bonn sur les réseaux d'information, en 1997, qui suggère que « the general legal frameworks should be applied on-line as they are off-line »²⁴⁰. Reed en déduit les deux composantes du principe de neutralité technologique que nous avons identifié plus haut : 1- les règles générales gouvernant une activité devraient être les mêmes, qu'elles se déroulent en ligne ou hors ligne et 2- les lois devraient définir des objectifs sans imposer ou discriminer les technologies utilisées pour les atteindre²⁴¹.

La première composante peut se diviser selon deux cas de figure. D'abord, une règle peut s'appliquer peu importe son environnement. Reed qualifie une telle règle de « technologiquement indifférente », puisqu'elle s'applique sans égard à la technologie qu'elle emprunte. Plutôt, elle cible et attache des conséquences juridiques à des comportements²⁴². Il cite à cet effet le droit d'auteur. Cependant, des différences fondamentales dans les technologies peuvent créer des difficultés d'application d'une loi. Par exemple, la présence d'intermédiaires, ne faisant qu'entreposer temporairement et transmettre des données sans même en prendre connaissance, soulève la question jusque-là inédite de savoir si la « copie » s'entend d'un acte purement factuel ou si elle implique un certain niveau d'intention²⁴³. De la même manière, il donne l'exemple de la responsabilité de l'éditeur en matière de diffamation²⁴⁴. Dans le monde hors ligne, sa responsabilité découle de la connaissance présumée qu'il a du contenu diffamatoire, son rôle d'éditeur impliquant un contrôle de sa publication. Or en ligne, l'hôte n'a

²³⁹ John P. KRESSE, « Privacy of conversations over cordless and cellular telephones : Federal protection under the Electronic Communication Privacy Act of 1986 », (1987) 9 *George Mason University Law Review* 335, cité dans C. REED, préc., note 237, 266.

²⁴⁰ Déclaration ministérielle de la Conférence de Bonn, 6-8 juillet 1997, cité dans REED, *id.*

²⁴¹ C. REED, préc., note 237, 266.

²⁴² *Id.*, 269.

²⁴³ *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, ¶ 90 à 92, où il est question de la responsabilité des intermédiaires (les fournisseurs de services Internet) dans la transmission d'informations protégées par le droit d'auteur.

²⁴⁴ C. REED, préc., note 237, 266 et 267.

généralement pas la connaissance du contenu qu'il héberge et sa capacité de contrôle est très différente²⁴⁵. Bref, cette approche a d'importantes limites²⁴⁶.

En conséquence, le second cas de figure propose que « the rules may be worded differently so as to achieve functionally equivalent *treatment* for each technology »²⁴⁷. C'est cette dernière solution qui doit être retenue car elle est plus à même de rencontrer l'objectif législatif d'un traitement similaire entre des technologies par ailleurs différentes : « [w]e need therefore to recognise that technologically neutral rules addressing the same issue may well differ in their wording and content, in order to achieve the same (or at least broadly equivalent) *effects* when applied to these technologies »²⁴⁸. La lecture que nous ferons plus loin de l'article 2840 C.c.Q. se place dans cette perspective : l'équivalence de l'écrit sur support papier et de l'écrit électronique ne peut se traduire par des règles de preuve identiques.

La seconde composante que Reed isole s'énonce comme suit : la loi ne devrait pas discriminer en faveur ou en défaveur d'une technologie précise. Cela sera possible lorsque l'intention du législateur sera de *contrôler un comportement* donné : il empêchera alors les technologies existantes d'être utilisées à l'encontre de la règle. Cette situation est différente du cas où l'objectif est d'*attribuer un effet juridique* à une activité donnée. Reed donne pour exemple la détermination qu'une signature a été validement faite, ou du moment de la réception d'une communication²⁴⁹. Nous pouvons aussi suggérer la

²⁴⁵ Sur la notion de contrôle, voir Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0* (à paraître).

²⁴⁶ Dans le domaine du droit d'auteur, « [e]ven rights deliberately written to be technologically neutral are quickly called into question by the rapidity of today's technology. There ensues a tremendous diversion of time and energy in debating the precise borders of each right » : Shira PERLMUTTER, « Convergence and the future of copyright », (2001) 24 *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 163, 173, cité dans REED, 270. Pour une discussion sur le principe de « neutralité du support » en droit d'auteur, voir la décision *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363.

Les difficultés semblent surgir dès lors que l'on approche de la distinction entre « évolution » et « révolution », selon le mot de Vincent Gautrais. « It should be clear that technology indifferent regulation avoids this trap, unless a technological advance is *so disruptive* that it effectively overturns the fundamental assumptions on which that regulation is based. » : C. REED, préc., note 237, 275 (nos italiques).

²⁴⁷ *Id.*, 267 (nos italiques)

²⁴⁸ *Id.* (en italiques dans le texte ; référence omise)

²⁴⁹ *Id.*, 268

détermination de la rencontre de l'exigence d'un écrit, ou celle du lieu et du moment de la conclusion d'un contrat.

Dans ce deuxième cas, où une qualification juridique dépend de la rencontre d'un critère quelconque, « the legislative solution must necessarily *concentrate on the characteristics which are required to achieve that legal consequence* »²⁵⁰. L'exemple de la détermination du lieu et du moment de la conclusion du contrat illustre bien la difficulté en la matière. Il est généralement aisé de déterminer le lieu et le moment de la conclusion d'un contrat entre présents. Le contrat conclu entre absents, que ce soit du fait de la distance ou de l'utilisation de moyens de communication asynchrones, a posé des questions inédites notamment quant à savoir si le contrat s'est conclu au lieu et au moment de l'offre ou de l'acceptation²⁵¹. De la même façon, « [l]a juste attribution des fonctions remplies respectivement par le papier, l'écrit, voire la signature, constitue l'un des points névralgiques de toute réflexion sur l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies »²⁵². Cette acception de la neutralité technologique s'accompagne nécessairement du corollaire de l'équivalence fonctionnelle.

B) La neutralité technologique comme élément de politique législative

La neutralité technologique s'apparente à un élément de politique législative, voire même à une méthode de légistique. Cela se remarque dans son rapport à la *forme* de la loi.

Dans son étude critique de la neutralité technologique, Koops évalue sa pertinence sous trois perspectives : 1- la loi devrait cibler les effets de la technologie et non pas celle-ci directement, afin de s'appliquer de façon équivalente en ligne et hors ligne ; 2- elle ne devrait pas cibler le développement de la technologie ; et 3- elle ne devrait pas faire

²⁵⁰ *Id.* (nos italiques). En ce sens, il y aura discrimination entre les technologies qui permettent l'atteinte du critère, celles qui ne le peuvent pas et celles entre les deux qui nécessiteront des modifications. Reed parlera alors d'une « neutralité potentielle » : *Id.*, 273-275.

²⁵¹ Nous pouvons aussi noter l'article 1391 C.c.Q., qui implique une vitesse différente dans la transmission de l'offre et de sa révocation : « [l]a révocation qui parvient au destinataire avant l'offre rend celle-ci caduque, lors même que l'offre est assortie d'un délai ».

²⁵² Didier GOBERT et Étienne MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », (2001) 120 *Journal des tribunaux* 114, 122.

référence trop explicitement aux technologies²⁵³. Koops juge les deux premières peu substantielles. Relativement à la première, il commente : « that regulation should, as a rule, target effects and not means is an overarching characteristic of the law, which does not need particular emphasis in ICT regulation »²⁵⁴ : le principe se résume alors à traiter similairement les activités en ligne et hors ligne. Dans la deuxième perspective, la neutralité technologique ne fait qu'affirmer que la loi ne devrait pas réguler le développement de la technologie. C'est finalement quant à la perspective législative que la neutralité technologique peut apporter le plus. La régulation des technologies de l'information nécessite qu'une attention particulière soit portée à la durabilité de la règle. Ceci étant, il doit être tenu compte d'autres principes législatifs : la loi devrait être suffisamment claire et précise et elle ne devrait pas être trop abstraite, risquant alors que l'incertitude n'entraîne de l'insécurité juridique²⁵⁵. Différentes méthodes peuvent être employées par un législateur voulant élaborer des règles technologiquement neutres, ou voulant à tout le moins optimiser le rapport entre durabilité de la règle, abstraction des technologies précises et sécurité juridique. Koops en propose six²⁵⁶.

Premièrement, le législateur peut jouer sur plus d'un niveau de normes. Il peut ainsi établir un principe plus abstrait dans des normes de haut niveau, puis préciser par voie de réglementation comment cette norme s'applique. La LCCJTI prévoit une solution similaire en constituant un comité multidisciplinaire visant l'harmonisation des procédés, des systèmes, des normes et des standards techniques²⁵⁷. Ce comité, qui n'a pas encore été mis sur pied, a pour mission d'élaborer des guides de pratique sur des moyens d'appliquer la loi.

Deuxièmement, des dispositions « technologiquement spécifiques » peuvent être tempérées par une formulation ouverte et non-limitative. Elles servent alors de guide à l'interprète

²⁵³ B.J. KOOPS, préc., note 228, à la page 107.

²⁵⁴ Id.

²⁵⁵ Id.

²⁵⁶ Id., aux pages 103-107.

²⁵⁷ LCCJTI, art. 63 à 68

Troisièmement, une approche mixte peut être retenue, où un cadre général technologiquement neutre est établi, puis complété par des dispositions plus spécifiques visant à assurer la sécurité juridique d'une méthode particulière. La LCCJTI élabore ainsi le cadre juridique des autorités de certification pour les signatures électroniques²⁵⁸, non sans avoir au préalable spécifié que « [l]a signature peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil »²⁵⁹.

La quatrième approche est quant à elle de faciliter l'interprétation téléologique et fonctionnelle des textes. Citant le ministre néerlandais de la justice, Koops souligne que « [i]t is a general principle of interpreting the law that, within the usual interpretation limits, a court may understand the text of the legislator better than the legislator managed to intend when it was drafted »²⁶⁰. Vincent Gautrais et Pierre Trudel sont aussi de cet avis :

« Un « non-critère » interprétatif est donc utilisable afin de laisser la latitude nécessaire aux juges pour interpréter les lois. Une latitude que l'on est également capable d'identifier derrière le concept de « rationalité » que l'on retrouve développé par certains auteurs. »²⁶¹

Cependant, en l'absence de repères jurisprudentiels, il y a incertitude quant à l'application de la norme²⁶². En conséquence, Koops suggère – et c'est la cinquième approche – d'établir un cadre dans lequel seront identifiés les principes sous-jacents à certains domaines afin de guider tant le législateur que l'interprète utilisant la méthode fonctionnelle ou téléologique. La *Loi uniforme sur la preuve électronique*²⁶³ et la *Loi*

²⁵⁸ LCCJTI, art. 40 à 62

²⁵⁹ LCCJTI, art. 39

²⁶⁰ B.J. KOOPS, préc., note 228, à la page 105.

²⁶¹ V. GAUTRAIS et P. TRUDEL, préc., note 245.

²⁶² Voir par exemple l'affaire *Dell*, où la Cour suprême et la Cour d'appel divergeaient d'opinion sur la question de la clause externe. Voir *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, préc. note 178 ; *Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs*, 2005 QCCA 570 (CanLII)

²⁶³ Préc., note 235.

*uniforme sur le commerce électronique*²⁶⁴, toutes deux de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, en seraient des exemples²⁶⁵.

Enfin, la sixième et dernière approche consiste en l'adoption de règles spécifiques, mais assorties d'une évaluation périodique ou d'une clause crépusculaire. Le mécanisme permet d'atteindre une meilleure sécurité juridique à court terme et de laisser le temps à la pratique de se développer.

Si la signification, la portée, voire même la nature du principe de neutralité technologique ont été limitées ou critiquées, il n'en reste pas moins qu'il sert d'assise à la législation en matière de technologies de l'information – notamment en matière d'écrit électronique. Sur cette question en particulier²⁶⁶, nous notons que l'attention du législateur doit se porter sur la détermination des fonctions de l'écrit afin d'en établir les critères d'équivalence entre les supports papier et électronique. De même, la neutralité technologique peut mener à la conclusion que des effets juridiques comparables peuvent n'être atteints qu'avec des règles adaptées. Dans ce cas, les caractéristiques précises de l'activité désignée doivent être prises en compte – qu'il s'agisse de la publication en ligne ou de la mise en preuve d'un écrit électronique.

Le principe de neutralité technologique permet ainsi de justifier tant le résultat que l'utilisation des outils « traditionnels » du droit civil que sont la fiction, la présomption et l'interprétation. La fiction sera de poser que pour les fins de telle règle de droit, les supports papier et électronique sont équivalents. L'assimilation en découlant sera conditionnelle à des critères déterminés suite à l'étude des fonctions de l'élément auquel est assimilée la nouvelle réalité. L'utilisation d'une présomption, par exemple la présomption d'intégrité du support d'un écrit électronique, permettra d'atteindre l'équivalence de traitement avec un support papier, implicitement présumé intègre dans la

²⁶⁴ Préc., note 235.

²⁶⁵ Koops cite à cet égard Michael GEIST, « Is there a there there? Toward greater certainty for internet jurisdiction », (2001) 16 *Berkeley Technology Law Journal*, en ligne : <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

²⁶⁶ Reed et Koops ont étudié les cas des signatures électronique, de la monnaie électronique et du caractère privé des communications, notamment.

loi²⁶⁷. En rendant l'assimilation conditionnelle à la rencontre d'un critère, on permet l'atteinte d'une conclusion en droit qui soit indépendante de la technologie utilisée. Il est donc donné effet au principe de non-discrimination.

2) L'équivalence fonctionnelle

« Tels sont les *Exercices de style* de Raymond Queneau, que pendant des années j'ai tenté de traduire, parce qu'ils étaient jugés intraduisibles en raison de leur dépendance du « génie » spécifique de la langue française. Et enfin, la décision : il ne s'agissait pas de traduire, tout au moins au sens courant du terme, mais de comprendre les règles du jeu que Queneau s'était données, puis de jouer la même partie dans une autre langue. »²⁶⁸

Le principe d'équivalence fonctionnelle met en application le principe de neutralité technologique. Il repose sur l'idée que « [l']équivalence des résultats, recherchée par la loi ou la jurisprudence, consiste [...] à faire prévaloir la finalité des règles juridiques sur les techniques qui l'expriment »²⁶⁹. Le principe, à la façon du principe de neutralité technologique sur lequel nous avons élaboré, peut alors prendre plus d'une forme. Le législateur pourra établir un critère d'équivalence fonctionnelle afin de conditionner l'assimilation du document électronique à un écrit, ou l'interprète pourra relire des dispositions inchangées de façon à tenter d'en reproduire la règle sur un autre support.

Alors que « la forme n'est jamais requise pour elle-même, elle est assujettie à la finalité qu'elle poursuit »²⁷⁰. Nous étudierons donc, d'une part, les finalités du formalisme, et d'autre part, les fonctions qui sont attribuées à l'écrit. Nous constaterons que si de forts liens existent entre elles, le médium électronique vient les relâcher quelques peu. Par

²⁶⁷ Voir *infra*, note 464 et texte l'accompagnant.

²⁶⁸ Quatrième de couverture des *Exercices de style* de Raymond Queneau, traduits en italien par Umberto Eco, cité dans Jacqueline HENRY, *La traduction des jeux de mots*, Presses Sorbonne Nouvelle, St-Étienne, 2003, p. 108-109.

²⁶⁹ Pierre-Yves GAUTHIER, « 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, 195, à la p. 196

²⁷⁰ Y. FLOUR et A. GHOZI, « Les conventions sur la forme », dans *Le formalisme, Journée en l'honneur de Jacques Flour*, Association Henri-Capitant, Defrénois 2000, art. 37211, n° 20, cité dans Solange BECQUÉ-ICKOWITZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, Paris, Panthéon Assas, 2004, p. 59.

exemple, un écrit requis à des fins probatoires sur papier, confère, bien que de façon secondaire, une certaine solennité à l'acte. En comparaison, l'inscription d'une commande dans une base de données, dont un champ mène à la version courante du contrat de vente, peut s'avérer une preuve très solide de l'acte, mais ne recrée pas de solennité.

A) Les finalités du formalisme

« [D]ans l'église, au pied de l'autel, au milieu d'une imposante cérémonie, on expliquait à de jeunes enfants les conventions qui avaient été faites, et, au moment où ils s'y attendaient le moins, on leur tirait fortement les oreilles ou on les souffletait, de manière qu'en gardant le souvenir de cette peine imméritée ils gardassent aussi le souvenir de l'occasion à laquelle elle leur avait été infligée et pussent en témoigner dans un âge très-avancé. »²⁷¹

S'il est indéniable que le formalisme en droit romain a des origines rituelles et religieuses²⁷², il s'est éventuellement « détaché de ce qui caractérisait le rite, à savoir l'élément abstrait, religieux ou magique et, par voie de conséquence, il doit être qualifié de formalisme rationalisé »²⁷³. Partant, il peut être étudié sous l'angle pragmatique que les juristes avaient en tête lors de l'élaboration de ces formes²⁷⁴ : « la règle de forme n'a jamais en elle-même une justification autonome, elle se rattache toujours à une autre institution dont elle est l'accessoire, qui lui donne sa raison d'être et de laquelle on ne peut l'isoler. »²⁷⁵

Le formalisme est une technique juridique, c'est-à-dire un « moyen [...] par [lequel] la politique juridique est traduite à l'état de règles pour atteindre [un] but recherché »²⁷⁶. Gérard Cornu définit la formalité comme une

²⁷¹ Marie Claude GUIGUE, *De l'origine de la signature et de son emploi au Moyen Âge*, Paris, Dumoulin, 1863, p. 37 et 38.

²⁷² Voir V. FORRAY, préc., note 93, p. 27 à 66.

²⁷³ *Id.*, p. 48 (références omises).

²⁷⁴ *Id.*, p. 47.

²⁷⁵ V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris 1, 1974, n° 29, cité dans S. BECQUÉ-ICKOWITZ, note 270, p. 59.

²⁷⁶ Voir J.-L. BERGEL, préc., note 102, p. 61 et 62 : « La technique [...] permet l'application et la réalisation du droit grâce à tout un ensemble de procédés et de moyens pratiques [...] comme le formalisme, la publicité, les fictions, les sanctions, le langage juridique. »

« [o]pération consistant en l’accomplissement d’actes divers que la loi exige dans la plupart des domaines mais à des fins et sous des sanctions très variables : soit à peine de nullité, soit à peine d’opposabilité aux tiers ou à des fins probatoires, soit comme condition de recevabilité ou comme condition préalable nécessaire à l’obtention d’un avantage [...] »²⁷⁷

La loi impose à l’occasion aux cocontractants de respecter certaines règles de forme, qui conditionnent la validité ou l’efficacité de l’acte passé. Diverses locutions viennent catégoriser les formalités selon leur fonction. Les formalités dites *ad validitatem*, (les termes *ad solemnitatem* et *ad luciditatem*²⁷⁸ en sont synonymes) cherchent à s’assurer de la prise de conscience des parties à l’acte, et conditionnent la validité de l’acte à l’accomplissement d’une formalité. Celle-ci se rajoute à la volonté pour donner naissance à l’acte : « là où la seule volonté est impuissante à atteindre pleinement le but qu’elle poursuit, là est le propre du formalisme »²⁷⁹. Parallèlement à l’existence de ce formalisme classique – *direct*, un formalisme *indirect*²⁸⁰ (ou « souple »²⁸¹ ou « atténué »²⁸²) s’est développé. Il affecte autrement l’efficacité de l’acte. Il remplit différentes fonctions, tenant notamment à la « protection d’une volonté éclairée » et « efficace », tant entre les parties qu’à l’égard des tiers²⁸³. Ainsi, les formalités *ad probationem* sont imposées aux parties afin qu’elles se ménagent une preuve écrite de cet acte ; dans le cas où elles ne le feraient pas, la convention reste valide, mais sa preuve s’en verra plus compliquée. Quant à elles, les formalités *ad opposabilitatem* « se manifeste[nt] par une publicité dans le but de protection des tiers à peine d’opposabilité de l’acte »²⁸⁴.

²⁷⁷ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, p. 360 (exemples omis). Sur la distinction plus subtile entre la forme et la formalité, voir S. BECQUÉ-ICKOWITZ, préc., note 270, p. 57 à 77.

²⁷⁸ S. BECQUÉ-ICKOWITZ, préc., note 270, p. 58.

²⁷⁹ J. FLOUR, préc., note 92, à la page 103.

²⁸⁰ V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 92 et 93 .

²⁸¹ J. FLOUR, préc., note 92, à la page 97.

²⁸² S. BECQUÉ-ICKOWITZ, note 270, p. 58 et 59.

²⁸³ *Id.*, p. 57 à 72.

²⁸⁴ *Id.*, p. 59.

Lon F. Fuller attribue trois fonctions au formalisme : les fonctions probatoire, solennelle (*cautionary*) et d'efficacité (*channeling*)²⁸⁵. La première cherche à fournir la preuve de l'existence et du contenu d'un contrat en cas de litige²⁸⁶. Elle peut être remplie par divers moyens, notamment par l'exigence d'un écrit ou d'un enregistrement. Un mécanisme proche de la stipulation romaine peut aussi accomplir cette fonction dans la mesure où l'expression verbale de la promesse est faite « in a manner sufficiently ceremonious to impress its terms on participants and possible bystanders »²⁸⁷.

La fonction solennelle vise quant à elle à protéger les cocontractants d'une action inconsidérée en attirant leur attention sur le contenu de leur engagement²⁸⁸. L'apposition d'un sceau de cire, symbole juridique fort, « was an excellent device for inducing the circumspective frame of mind appropriate in one pledging his future »²⁸⁹. Nous notons avec une certaine surprise que Fuller affirme que l'exigence d'un écrit remplit aussi cette fonction, mais seulement « [t]o a less extent »²⁹⁰. Alors que la fonction solennelle est, de nos jours, généralement associé à l'écrit, il semble en être autrement à l'époque de la rédaction de l'article de Fuller, en 1941. Le formalisme du sceau, probablement délaissé du fait de sa lourdeur, devait en effet mieux servir la solennité que l'écrit sur lequel il était apposé.

Enfin, Fuller présente la fonction d'efficacité comme l'une des plus importantes – et aussi la moins considérée. Cette fonction est celle où une formalité confère « a legal framework into which the party may fit his actions, or, to change the figure, it offers *channels for the legally effective expression of intention* »²⁹¹. Une telle disposition d'esprit découle

²⁸⁵ Lon L. FULLER, « Consideration and Form » (1941) 41(5) *Columbia Law Review* 799, 800-803. Les traductions de *cautionary* et de *channeling* sont de V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 118-119.

²⁸⁶ L. L. FULLER, préc., note 285, 800, citant John AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, 4^e éd., vol. 2, London, John Murray, 1879, p. 939-944, v^o « Fragments on contracts », en ligne : <<http://books.google.ca/books?id=W-S7AAAAIAAJ>> (accédé le 31 août 2009).

²⁸⁷ L. L. FULLER, préc., note 285, 800.

²⁸⁸ Vincent Forray dira qu' « [u]n trait capital du formalisme [est] sa vocation à éveiller la conscience juridique, à attirer l'attention des parties sur ce qu'elles s'approprient à faire » : V. FORRAY, préc., note 93, n^o 38, p. 33.

²⁸⁹ L. L. FULLER, préc., note 285, 800.

²⁹⁰ *Id.*

²⁹¹ *Id.*, 801 (nos italiques).

généralement d'une entente préalable entre cocontractant, dans le cadre d'une relation continue²⁹². Les parties créent ainsi un canal et un mode de communication – bref, un formalisme particulier. Citant Rudolf von Jhering, Fuller mentionne que cela « facilite le diagnostic judiciaire »²⁹³ en marquant la division entre le légal et le non-légal²⁹⁴.

Les différentes fonctions des formalités n'opèrent pas en vase clos. Fuller affirme qu'il y a entre celles-ci des liens très étroits : l'accomplissement de l'une entraînera généralement l'accomplissement des deux autres²⁹⁵. « He who is compelled to do something which will furnish a satisfactory memorial of his intention will be induced to deliberate. Conversely, devices which induce deliberation will usually have an evidentiary value. »²⁹⁶ Quant à la fonction d'efficacité, elle peut être remplie tant par l'acte de formuler précisément sa volonté à des fins probatoires que par la sanction d'invalidité (donc d'inefficacité) d'un acte ne respectant pas les formalités qui visaient à susciter une prise de conscience chez le contractant et qui étaient requises pour sa formation.

Pour Flour, « [l']opposition connue entre la règle de forme et la règle de preuve, entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui qui est exigé *ad probationem*, est, dans une large mesure, artificielle »²⁹⁷. Son raisonnement est fondé tant sur le chevauchement des fonctions des formalités que sur les effets de leur non-respect. Alors que la sanction du défaut d'une formalité requise *ad validitatem* est la nullité de l'acte, celle d'une formalité requise *ad probationem* est l'impossibilité d'en faire la preuve par le moyen prescrit – généralement l'écrit. Flour dira que l'analyse la plus poussée de la question ne peut que rejoindre la sagesse de l'adage *idem est non esse aut non probari* – il revient au même de ne pas être que de ne pas être prouvé²⁹⁸. En effet, du fait des dispositions relatives à la preuve par écrit, la difficulté, voire l'impossibilité de prouver autrement que par écrit un

²⁹² V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 118.

²⁹³ L. L. FULLER, préc., note 285, 801 (notre traduction). V. aussi Karl LLEWELLYN, *What Price Contract?*, (1931) 40 *Yale L.J.* 704, 738 : « In all legal systems the effort is to find definite marks which shall at once include the promises which ought to be enforceable, exclude those which ought not to be, and signalize those which will be », cité dans L. L. FULLER, préc., note 285, 801.

²⁹⁴ L. L. FULLER, préc., note 285, 803.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ J. FLOUR, préc., note 92, à la page 98.

²⁹⁸ *Id.*

acte qui aurait dû y être consigné revient pratiquement à sa nullité : « [e]n réalité, l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve que celle-ci en reste la première condition d'efficacité »²⁹⁹. Flour conclut que

« le rapprochement entre les deux groupes de règles ne se manifeste-t-il pas seulement par une ressemblance dans leurs résultats pratiques, mais par une analogie dans leur raison d'être. *Comme certaines des solennités proprement dites, la nécessité de préconstituer la preuve attire l'attention des parties et les oblige à préciser la portée de leur engagement.* »³⁰⁰

Par sa matérialité, l'écrit participe du formalisme. Il est ainsi un élément implicite de nombreuses formalités. Ainsi, « [u]n écrit est généralement exigé, moins pour lui-même que comme support de mentions obligatoires »³⁰¹. Il s'agit du formalisme informatif³⁰², qui a connu un important développement sous l'impulsion du droit de la consommation³⁰³. Il fait ressortir l'« *office communicationnel* »³⁰⁴ du formalisme. L'écrit est aussi le support de la formalité du « bon pour », par lequel le débiteur écrit de sa main le montant de sa dette. Cette formalité a ceci d'intéressant qu'elle aurait été créée pour contrecarrer les possibles falsifications au document papier après la conclusion de l'acte³⁰⁵. Elle sert en

²⁹⁹ F. GÉNY, préc., note 102, p. 110, cité dans J. FLOUR, préc., note 92, à la page 98.

³⁰⁰ J. FLOUR, préc., note 92, à la page 99 (nos italiques).

³⁰¹ Gérard COUTURIER, « L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 95, à la page 96.

³⁰² Voir Céline CASTETS-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », dans *Defrénois*, 30 octobre 2006, AD2006DEF1529N1, n° 20, p. 1529, en ligne : <<http://www.lextenso.com>> et Dominique FENOUILLET, « Formalisme informatif », dans *Revue des contrats*, 1 avril 2005, RDCO2005-2-019, n° 2, p. 323, en ligne : <<http://www.lextenso.com>> (tous deux accédés le 31 août 2009). La sanction du manquement à un tel formalisme n'est pas une question aisée. D'une part, certains sont d'avis qu'un défaut de forme entraîne nécessairement la nullité, alors que d'autres, dont Fenouillet, croient que la nullité ne sera justifiée que si le manquement a causé un vice du consentement. Le formalisme informatif n'est peut-être autre chose qu'une obligation précontractuelle d'information.

³⁰³ V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 91. L'auteur cite sur ce point Magdi S. ZAKI, « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », (1986) 4 *Rev. int. dr. comp.* 1043, 1059 : « le législateur a fini par réagir en développant le formalisme informatif en matière de consommation. L'écrit portant des mentions obligatoires devrait renseigner le profane et l'amener à prendre une décision éclairée. »

³⁰⁴ Le mot est de Vincent Gautrais : V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 91.

³⁰⁵ « Lorsqu'un acte concernant des obligations de quantités, et notamment de sommes d'argent, n'est pas écrit en entier de la main du débiteur, il faut au moins qu'on y trouve, écrite de cette main, la mention de la quantité ou de la somme à la fois en toutes lettres et en chiffres (en cas de discordance, les lettres l'emporteront sur les chiffres). *Le système a pour but de prévenir ce que l'ancien a. 407 C.P. nommait l'abus de blanc-seing, la fraude de l'aigrefin qui, dans l'espace blanc précédent la signature d'autrui, inscrit à son profit une promesse de payer.* Plus généralement, l'utilité du bon pour est d'attirer l'attention

outre la double fin de faire prendre conscience à celui qui la remplit de la portée de son engagement. Enfin, la publicité de certains actes implique la fixation de ceux-ci sur un écrit³⁰⁶.

Lorsque la loi exige expressément un écrit, bien souvent elle le fait sans préciser à quel titre. Cela illustre la fusion théorique et pratique des formalismes *ad validitatem* et *ad probationem*. En effet, « la différence entre [forme] et preuve n'est que de degré, non de nature »³⁰⁷ : l'écrit permet généralement la rencontre de l'un et l'autre objectif du formalisme. La question se pose alors de savoir si la distinction – ténue, voire artificielle selon Flour – ne serait pas justement due à la polyvalence de la technique utilisée : l'écrit papier.

L'écrit est le moyen de rencontrer plusieurs exigences formelles. Le formalisme direct peut exiger un écrit dans l'intention de créer un cadre solennel au contrat, dont en découlera la validité. Le formalisme indirect peut quant à lui exiger un écrit pour faire preuve de l'acte, ou, indirectement, comme support d'un formalisme informatif ou de publicité. Par ailleurs, les différentes fonctions du formalisme se confondent à plusieurs égards. Alors que propre du formalisme est d'imposer une forme visant l'atteinte d'une finalité, d'un *desirata*³⁰⁸, la réciproque n'est pas vraie : « une même forme peut convenir à plusieurs finalités »³⁰⁹. Il devient donc important, lors de la détermination d'un critère d'équivalence fonctionnelle pour une disposition exigeant un écrit, implicitement ou

du débiteur sur l'importance de son engagement pécuniaire. » : J. CARBONNIER, préc., note 101, n° 1012, p. 2083 (nos italiques).

³⁰⁶ « Pour être convaincant, le raisonnement selon lequel la solennité est parfois exigée dans l'intérêt des tiers, devrait être poussé plus loin. Il faudrait dire que, non seulement l'accomplissement de la publicité suppose la rédaction d'un écrit, mais d'un écrit offrant des garanties sérieuses. Que la publicité postule la solennité comme condition préalable est une idée plus que soutenable sur le plan rationnel, mais qui est restée longtemps étrangère au droit positif. » : J. FLOUR, préc., note 92, à la page 97 (références omises).

³⁰⁷ J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 98, p. 233.

³⁰⁸ L. L. FULLER, préc., note 285, 805.

³⁰⁹ Pierre CATALA, « Validité – Forme », dans Pierre CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Paris, La Documentation Française, 22 septembre 2005, p. 30, à la page 31, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>> (accédé le 31 août 2009).

explicitement, d'identifier correctement la – ou, le plus souvent, les – finalités recherchées.

B) Les fonctions de l'écrit

L'approche fonctionnelle implique la détermination des fonctions accomplies par une exigence formelle afin de la reproduire du support papier vers le support électronique. Or « les qualités que l'on imputait en 1566 au papier (ou plus précisément, alors, au parchemin) ne sont pas si facilement transposables à l'écrit électronique »³¹⁰. Nous verrons donc, dans un premier temps, que l'écrit est un amalgame de fonctions, puis, dans un second temps, que son établissement sur support électronique le fractionne. En conséquence, ses fonctions deviennent moins interreliées, de sorte que le document électronique et son environnement peut les remplir pratiquement indépendamment les unes les autres. L'équivalence fonctionnelle sera d'autant plus difficile à atteindre.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'écrit sur support papier permet concurremment l'atteinte de plus d'une finalité. La confusion des finalités du formalisme porte sérieusement à croire que plus d'une dimension de l'écrit est sollicitée lors même qu'une seule soit véritablement poursuivie³¹¹. Par exemple, si l'objectif principal de la préconstitution d'un écrit (fin probatoire) entraîne aussi une prise de conscience des parties quant à l'acte qu'elles s'appêtent à passer (fin solennelle), c'est parce que celles-ci ont un contrôle matériel sur le procédé – et l'écrit papier, par nature, leur offre cette possibilité. Une hypothétique boîte noire pourrait parfaitement rendre compte de l'événement, mais l'absence de participation des parties à un processus d'extériorisation et de fixation de leur volonté ne serait pas propre à assurer leur prise de conscience. Les fonctions probatoire et solennelle ne sont donc pas *naturellement* liées, mais la confection d'un écrit pour l'atteinte de l'une permet l'atteinte de l'autre : la nature et les caractéristiques de l'écrit permettent cette association. Nous posons l'hypothèse que le support *papier* de l'écrit n'est pas étranger à cela.

³¹⁰ S. LACOUR et M. VIDEAU, préc., note 164, à la page 200.

³¹¹ « D'une part, les formes proprement dites assurent, elles aussi, la preuve du contrat. D'autre part, la rédaction d'un écrit à titre de mode de preuve fait prendre conscience des obligations que l'on assume : comme la solennité, elle est protectrice de la volonté contre un engagement irréfléchi ou frauduleusement capté. [...] » : J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 98, p. 233.

Il existe, par conséquent, de nombreuses fonctions de l'écrit qui bien sûr se recourent. Lors des travaux ayant mené à l'élaboration de la *Loi-type sur le commerce électronique* de la CNUDCI, en 1996, pas moins de onze fonctions de l'écrit ont été identifiées :

- « 1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles;
- 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat;
- 3) fournir un document lisible par tous;
- 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération;
- 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte;
- 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature;
- 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux;
- 8) consigner l'intention de l'auteur de l'"écrit" et conserver la trace de cette intention;
- 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible;
- 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et
- 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" était requis aux fins de validité. »³¹²

Certaines fonctions se recourent. Par exemple, les fonctions 1) et 8) sur la trace et la preuve de l'intention des parties ou les fonctions 4) et 9) sur la conservation de l'information. L'écrit est également un moyen ou sert de base à l'atteinte d'un objectif ultérieur : la prise de conscience des parties (2)), l'accessibilité des parties au document par voie de reproduction (5)) ou l'utilisation d'une signature venant l'authentifier (6)). Enfin, les fonctions 1), 2), 5) et 9) font directement référence à la tangibilité.

La décomposition de l'écrit en ses fonctions facilite son adaptation à des réalités nouvelles. L'évolution de la notion d'original illustre bien la nature d'un tel processus. Face à la réalité de documents originaux sur support électronique et à la nécessité de leur donner une existence juridique, « une acception nouvelle de l'originalité »³¹³ doit être

³¹² *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 230, Guide pour son incorporation, ¶ 48, p. 37.

³¹³ A. PRÜM, préc., note 133, à la page 266.

établie. André Prüm pose que, classiquement, l'original d'un acte est celui porté sur son support initial, alors que la copie est le résultat d'un transfert³¹⁴. Ainsi, à partir de la « vision classique » d'une définition ancrée dans la matérialité du papier (un « acte [...] conservé sur son support initial »³¹⁵), un changement de conception est venu redéfinir l'original selon la finalité réelle que l'on lui prête : « l'assurance que le contenu de l'acte signé n'a subi aucune altération depuis son origine »³¹⁶. Il devient donc évident que l'original n'est pas requis pour le support originel, mais bien parce que celui-ci constitue la passerelle privilégiée³¹⁷ vers la conclusion juridique que le contenu du document n'a pas été altéré. Partant, la non-altération peut être établie par d'autres moyens que la conservation et la présentation du support originel d'un acte³¹⁸. L'intégrité fera l'objet d'une preuve distincte et ne sera plus présumée de la présentation du document sur son support d'origine. Cette fonction d'intégrité, devenue intrinsèque à l'écrit papier, s'en dissocie avec le passage à l'électronique :

« Le constat de la disparition ou de l'éclatement des diverses fonctions probatoires réunies dans l'original conduit à s'interroger d'abord sur l'existence de substituts techniques. [...] [I]l n'y a pas d'obstacle majeur [...] à imaginer des parades techniques à chacune des infirmités du document électronique. »³¹⁹

Nous posons que, de la même façon, il est possible de remédier aux faiblesses du document électronique quant à la fonction solennelle de l'écrit. Cela implique d'établir des mesures fonctionnellement équivalentes qui permettront de rencontrer l'exigence d'un écrit requis *ad validitatem*, soit de faire naître chez le cocontractant un état d'esprit propre

³¹⁴ *Id.*

³¹⁵ *Id.*

³¹⁶ *Id.*

³¹⁷ « Privilégiée » et non pas « unique », car la copie peut sous certaines conditions faire foi au même titre qu'un document original.

³¹⁸ Voir nos propos au sujet de la reproduction par micrographie, selon lesquels l'original est « reconstitué » par la copie microfilmée et la documentation du transfert.

³¹⁹ Philippe GAUDRAT, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (rapport-cadre », dans Françoise GALLOUÉDEC-GENUYS (dir.), *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 169, aux pages 174-175.

à lui faire prendre conscience du sérieux du contrat qu'il s'apprête à signer³²⁰. Il pourra s'agir d'un processus de conclusion du contrat par étapes, ou par exemple, d'un environnement visuel dépouillé de distraction où le cocontractant manifesterait sans ambiguïté son consentement. Ce sont des « parades techniques » qui corrigeront les faiblesses du document électronique, tant pour la preuve que pour la solennité ; heureusement, l'environnement électronique est très malléable. Cela illustre la dynamique sous-jacente de l'évolution juridique dans ce domaine : « [l]e formalisme unique du papier, basé sur le seul support papier, se voit substitué par un « faisceau de formalisme », ancré à la fois sur les données du contrat, sur la façon dont elles sont intégrées, gérées, archivées, etc., et enfin sur le support électronique en tant que tel »³²¹. Ce constat souligne que tant le formalisme que les fonctions de l'écrit – bref, la notion elle-même – se trouvent fragmentés.

En effet, dans leur étude sur la légistique de l'écrit électronique, Stéphanie Lacour et Marion Videau posent que l'écrit est pluridimensionnel, dont la « définition [...] semble osciller entre une matérialité objective, le support d'inscriptions, et l'immatérialité des formes des inscriptions qui constituent alors un texte ».³²² Plus qu'un simple objet matériel, l'écrit est un objet communicationnel, le plaçant ainsi au centre d'actes d'expression et de perception : l'écriture et la lecture. Les auteures identifient alors deux dimensions à l'écrit : de représentation et de transmission³²³.

La dimension de représentation implique l'interaction entre une personne et une forme matérielle. Il y a projection de sens avec l'écriture, et « incorporation » de sens par la lecture. Schématiquement, l'écrit se conçoit alors comme un objet matériel, l'interaction sensorielle (perception et expression) entre l'objet et une personne et des mécanismes que

³²⁰ Gautrais considère que l'encadrement juridique du contrat électronique doit reposer sur une évolution du formalisme. Voir V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 185 et suiv.

³²¹ Vincent GAUTRAIS, *Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois*, Juriscom.net, mars 1999, en ligne : <<http://www.juriscom.net/uni/doc/19990322.htm>> (accédé le 31 août 2009).

³²² S. LACOUR et M. VIDEAU, préc., note 164, à la page 186.

³²³ *Id.*

l'on pourrait dire d'appropriation (mécanismes de reconnaissance, linguistiques, de compréhension et représentation mentale)³²⁴.

La dimension de transmission est « liée au caractère d'enregistrement extrinsèque à une personne que constitue la forme matérielle créée par l'écriture »³²⁵. La transmission s'opère dans l'espace et dans le temps, « entre l'écriture et les lectures »³²⁶. Conséquemment, un message nécessite un support pour chacun de ces quatre aspects : pour l'écriture, pour la transmission dans l'espace, pour la lecture et pour la transmission dans le temps³²⁷.

Ces constats feront dire aux auteures que « les propriétés qui étaient réunies en un seul concept par l'écrit lorsqu'il ne pouvait avoir d'existence que sous forme papier sont portées, dès lors qu'on lui assimile l'écrit électronique par des réalités distinctes »³²⁸. Les fonctions attribuées à l'écrit seront donc différemment affectées par ces mutations, notamment parce qu'elles font appel à différents supports d'un même document. En fait, toute référence au support nécessitera de se demander duquel il est question. Car en effet, « [u]ne des caractéristique de l'écrit « traditionnel papier » tel que nous le connaissons, réside en fait dans l'unicité des quatre supports décrits ci-dessus. »³²⁹

De nombreuses fonctions sont attribuées à l'écrit, dans son acception papier. Celui-ci devient un instrument polyvalent. Il peut garantir la conservation de l'acte, faire preuve, créer la solennité, etc. Les fonctions de l'écrit, par nature ou par usage, sont devenues associées, si bien que la rencontre d'une formalité probatoire permet la rencontre, incidente mais essentielle, de la formalité solennelle, et inversement. L'électronique fait

³²⁴ *Id.*, à la page 187.

³²⁵ *Id.*

³²⁶ *Id.*

³²⁷ *Id.*, à la page 189. Les auteures soulignent que la forme orale a longtemps été utilisée pour la transmission dans l'espace, même en présence d'écrits. En effet, au XII^e siècle, l'écrit n'était que la représentation de la parole : l'acte de lire sollicitait tant l'œil, la bouche, que l'oreille, « qui distinguait les mots » : *Id.* p. 188. « Non seulement les activités orales prédominaient dans l'acte de lire, mais elles déterminaient aussi le travail des yeux. » : Ivan ILLICH, *Du lisible au visible : La naissance du texte*, Paris, Du Cerf, 1991, p. 71.

³²⁸ S. LACOUR et M. VIDEAU, préc., note 164, à la page 185.

³²⁹ *Id.*, à la page 190.

plutôt éclater l'amalgame des fonctions de l'écrit : les moyens utilisés pour assurer la conservation de l'écrit à des fins probatoires n'ont rien à voir avec les moyens qui recréeraient de la solennité dans un environnement électronique. La dissociation des fonctions probatoires et solennelles de l'écrit, par le support électronique, a nécessairement pour effet de rendre critiquable tout critère unique d'équivalence fonctionnelle pour l'assimilation d'un document électronique à un écrit. La fiction d'une équivalence entre les supports papier et électronique perd donc en légitimité.

Le principe d'équivalence fonctionnelle permet l'application du principe de neutralité technologique. Il repose sur l'identification des finalités d'une ou de plusieurs dispositions législatives. Dans le cas qui nous intéresse, l'écrit peut être requis pour la rencontre de divers objectifs, notamment la preuve et la formalité, et ceux-ci se superposent fréquemment. La raison en est que l'écrit – sur support papier –, combine plusieurs fonctions. Le problème de l'équivalence fonctionnelle viendra de ce que le médium électronique dissocie ces fonctions, de sorte que la rencontre d'une finalité législative puisse se faire sans égard à une autre – chose impossible avec un document papier.

Les nouveaux principes que sont l'équivalence fonctionnelle et la neutralité technologique ont permis de concevoir de nouveau l'écrit selon ses fonctions et d'ainsi rationaliser et légitimer l'assimilation de l'écrit sur support électronique à la notion traditionnelle de l'écrit sur support papier. Outre des notions telles l'écrit, l'original ou la signature, ces nouveaux principes ont aussi vocation à s'appliquer à l'égard de régimes juridiques, par exemple la responsabilité sur Internet ou, comme nous le verrons plus loin, le régime de preuve.

Cette assimilation est en fait une fiction par laquelle il est établi qu'un document électronique est un écrit s'il rencontre un critère d'équivalence fonctionnelle déterminé. L'utilisation de cette fiction est légitimée par la nature documentaire similaire de l'un et de l'autre, mais surtout par le principe de politique législative qu'est la neutralité technologique, qui impose (entre autres) de ne pas discriminer entre les documents papier et les documents électroniques remplissant les mêmes fonctions. En outre, dans l'adaptation du droit aux technologies nouvelles, les méthodes traditionnelles d'interprétation et les méthodes de rédaction des lois peuvent se compléter.

Les outils traditionnels du droit civil sont donc utilisés de pair avec de nouveaux concepts, qui viennent légitimer leur action et étendre leur portée. Ainsi, malgré des différences évidentes entre les supports papier et électronique, une politique législative insistant sur un traitement équivalent légitimera une fiction juridique à cet égard. L'utilisation de tels outils procède de la nécessité d'encadrer et de conférer une certaine sécurité juridique à l'utilisation des technologies de l'information. Celle-ci, toujours grandissante, remettait en question des notions séculaires qui n'ont été redécouvertes que tout récemment.

SECONDE PARTIE – L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE EN PRATIQUE

Les développements de la précédente partie aideront à mieux saisir les propos de celle-ci. Après avoir étudié l'écrit sous un angle théorique, il est en effet indiqué de porter notre attention sur les aspects plus pratiques de l'écrit électronique. Plus précisément, le premier chapitre décrira le traitement qui est fait de l'écrit électronique, aux plans probatoire et formel, dans les instruments internationaux, en France et au Québec. Le second chapitre portera spécifiquement sur l'écrit électronique en droit québécois. Nous élaborerons d'abord sur le critère d'intégrité, assurant selon la LCCJTI l'équivalence fonctionnelle des écrits sur supports papier et électronique, puis sur les dispositions législatives applicables lors de la mise en preuve d'un écrit électronique.

CHAPITRE 1 – L'historique et l'état des lieux législatif

Ce chapitre se veut la description des différents textes relatifs à la reconnaissance de l'écrit électronique. Il est divisé selon les aspects probatoires (1) et les aspects formels (2) de l'écrit, eux-mêmes subdivisés selon qu'il s'agit de textes internationaux, français ou québécois.

Section 1 – Au plan probatoire

Cette section décrit l'état des lieux législatif de l'écrit électronique au plan *probatoire*. Relativement aux instruments internationaux (1), nous pourrions de plus opérer un retour dans le temps et constater une progression dans la méthode utilisée pour la reconnaissance de l'écrit probatoire. Nous pourrions de plus comparer les méthodes utilisées dans les juridictions française (2) et québécoise (3) à cet égard.

1) Dans les instruments internationaux

Les questions de preuve par écrit ont été les premières à être soulevées relativement à l'utilisation des technologies de l'information. Tous les instruments que nous étudierons en font leur préoccupation centrale. Il est toutefois impossible de ne pas accessoirement

traiter de l'aspect formel de l'écrit, ne serait-ce que par la non-reconnaissance que les instruments internationaux en font dans leur détermination de ce qui constitue un écrit.

Nous examinerons selon leur ordre chronologique la *Recommandation n° R (81) 20* du Conseil de l'Europe, de 1981 (A) ; la *Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques*, de 1985 (B) ; la *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI, de 1996 (C) ; les *eTerms 2004* de la Chambre de commerce internationale (D) puis la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international*, de 2005 (E).

A) La *Recommandation n° R (81) 20* du Conseil de l'Europe

La *Recommandation n° R (81) 20*³³⁰ du Conseil de l'Europe est l'un des premiers instruments internationaux en matière de technologies de l'information. Comme son intitulé complet l'indique, elle a pour objectif l'harmonisation des législations tant en ce qui concerne l'exigence de l'écrit qu'en matière d'admissibilité en preuve des documents informatiques³³¹.

Malgré l'absence de mention expresse en ce sens, on peut présumer que la recommandation visait surtout le droit commercial. Nous notons ainsi l'absence de référence au citoyen (en sa qualité de consommateur, par exemple) et les références aux entreprises dans son préambule et dans l'exposé des motifs. En outre, l'utilisation des techniques visées était à l'époque *de facto* limitée aux entreprises.

L'article premier de la recommandation est relatif à l'exigence de la preuve par écrit pour les actes d'un montant supérieur à un montant donné. La recommandation suggère « d'examiner la possibilité de supprimer cette exigence »³³² ; advenant son maintien, le

³³⁰ *Recommandation n° R (81) 20 relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques*, préc., note 138.

³³¹ Le régime de l'admissibilité des documents microfilmés et des documents informatiques, mentionné précédemment (*supra*, note 138 et texte l'accompagnant), figure en annexe de la recommandation et y est incorporé par l'article III.

³³² *Recommandation n° R (81) 20*, préc., note 138, al. I.1a. Selon l'exposé des motifs de la Recommandation, « [l]a grande majorité » des États n'avaient cependant pas une telle exigence : *Recommandation n° R (81) 20*, préc., note 138, Exposé des motifs, ¶ 7.

seuil de cette exigence devrait être harmonisé (al. I.1.b). On ne cherche donc qu'à limiter l'exigence de l'écrit à des fins probatoires.

Il est d'ailleurs précisé au paragraphe suivant que la recommandation ne s'applique pas aux cas où l'écrit est exigé pour la validité de l'acte (para. I.2). Cela est explicité dans l'exposé des motifs :

« La Recommandation propose ces solutions seulement lorsque l'écrit est exigé par le droit national à des fins probatoires. Cependant, lorsque la forme écrite est requise non seulement comme preuve mais également pour la validité de l'acte, les États sont libres de continuer à l'exiger. »³³³

Seul l'écrit à des fins probatoires est visé : d'une part quant à la limite au-delà de laquelle l'écrit est nécessaire à des fins de preuve (si telle limite est maintenue), et d'autre part quant à l'ouverture de la preuve aux micrographies et aux documents informatisés. Nous avons précédemment eu l'occasion d'élaborer sur la micrographie. Le régime des documents informatisés tient en un seul article :

« Article 5.

1. Les règles suivantes s'appliquent aux programmes informatiques:

a. la documentation de programmes, les descriptions de fichiers et les instructions de programme doivent être directement lisibles et tenues soigneusement à jour sous la responsabilité de la personne visée à l'article 1;

b. les documents définis à l'alinéa *a* ci-dessus doivent être conservés sous une forme communicable aussi longtemps que les enregistrements auxquels ils se réfèrent.

2. Si, pour une raison quelconque, les données enregistrées sont transférées d'un support informatique à un autre, la personne visée à l'article 1 doit démontrer leur concordance.

3. Les règles suivantes s'appliquent aux systèmes informatiques dans leur ensemble:

a. les systèmes doivent comporter les sécurités nécessaires pour éviter une altération des enregistrements;

b. les systèmes doivent permettre de restituer à tout instant les informations enregistrées sous une forme directement lisible. »

Nous pouvons identifier de ces dispositions des éléments sur lesquels nous reviendrons plus loin : les descriptions de fichiers et la documentation et les instructions de

³³³ *Recommandation n° R (81) 20*, préc., note 138, « Exposé des motifs », ¶ 10.

programme, qui sont « des informations sur les informations », la conservation, l'encadrement des changements de supports, la protection contre les altérations des données et la possibilité de restituer les données sous une forme intelligible.

B) *La Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques*

La *Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques*³³⁴, de 1985, ne vise elle aussi que l'utilisation de l'informatique dans les transactions commerciales ou dans l'administration. En effet, l'instrument émane d'une instance internationale dédiée au commerce international, le libellé même du préambule le mentionne expressément³³⁵ et des références explicites à cet égard figurent au texte. Bref, la portée applicative des deux recommandations susmentionnées est la même.

Le paragraphe a) de la recommandation touche au droit de la preuve. Il cherche à assurer que celui-ci permette l'utilisation des enregistrements informatiques sans « obstacles superflus à leur recevabilité » et que les tribunaux aient les moyens de juger de la fiabilité de ceux-ci.

Le paragraphe b) vise quant à lui tant l'écrit requis à des fins probatoires que celui requis pour la formation des contrats. L'effet recherché est de permettre de faire par voie informatique ce qui peut et doit être fait sur papier. Il invite les législateurs à

« réexaminer les règles juridiques en vertu desquelles certaines transactions commerciales ou certains documents ayant trait au commerce doivent être sous forme écrite, *que cette forme écrite soit ou non une condition requise pour que la transaction ou le document soit valide ou s'impose aux parties*, afin de faire en sorte que, le cas échéant, la transaction ou le document puisse être enregistré et transmis sur support informatique; »³³⁶

Ainsi, afin de favoriser toujours plus l'utilisation des technologies de l'information dans le commerce international, on vise à réduire d'une part les obstacles juridiques à la

³³⁴ *Recommandation de 1985*, préc., note 229.

³³⁵ « Notant que l'utilisation du traitement automatique de l'information (TAI) est sur le point de devenir bien établie dans le monde dans de nombreux aspects du commerce national et international, ainsi que dans les services administratifs » : *Id.*, premier considérant.

³³⁶ *Id.*, art. 1b) (nos italiques).

recevabilité en preuve des documents utilisés, et d'autre part la portée de l'exigence de l'écrit – que celui-ci soit requis aux fins de preuve ou de validité d'un acte. Il s'agit d'un premier questionnement relatif au formalisme direct en matière de contrats passés par voie électronique. En ce sens, la Recommandation de la CNUDCI va plus loin que la *Recommandation n° R (81) 20* du Conseil de l'Europe.

Selon un rapport de la CNUDCI préalable à sa Recommandation, élaboré à partir des réponses à un questionnaire soumis aux États, lorsque l'écrit est requis afin de faire prendre conscience des conséquences de l'acte aux cocontractants, il les force à être plus précis quant à la transaction envisagée. En conséquence, « [t]he form which a document should take to fulfill this function would seem to be of little importance as long as the actions required of the parties create an awareness that legal consequences will arise out of those actions. »³³⁷ Selon ce rapport, un message envoyé d'un ordinateur à un autre, même en l'absence d'une copie papier, pourrait très bien remplir cette fonction, au même titre qu'une lettre ou qu'une télécopie ; la saisie d'un mot de passe assure aussi que l'auteur d'un transfert de fonds électronique est conscient de la portée du geste³³⁸.

Le rapport réfère aussi au formalisme indirect lorsqu'il traite de l'écrit requis pour l'utilisation par des tiers, tels les documents négociables, dont le connaissance maritime est l'exemple par excellence, ou les documents pour usage douanier³³⁹. Dans de nombreux cas, il sera possible, par la pratique, d'élaborer de nouvelles manières de faire : les transferts de fonds électroniques ont ainsi pu remplacer le chèque et l'utilisation de connaissances a été remplacée, dans certains cas, par des lettres de transport maritime ou d'autres documents d'expédition transmis par voie électronique³⁴⁰. Pour les autres cas, la Recommandation propose d'envisager des modifications législatives.

³³⁷ COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Valeur juridique des enregistrements informatiques : Rapport du Secrétaire général*, 18^e Session, Doc. n° A/CN.9/265, 1985, ¶ 63, en ligne : <<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/18th.html>> (accédé le 31 août 2009).

³³⁸ *Id.*

³³⁹ *Id.*, ¶ 64.

³⁴⁰ *Id.*

C) La *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI

En 1996, la CNUDCI adoptait sa *Loi type sur le commerce électronique*³⁴¹. Celle-ci se place dans la suite directe de la Recommandation de 1985³⁴². La *Loi type* cherche à favoriser le commerce électronique et à uniformiser le traitement juridique des moyens de communication autre que le papier³⁴³. Elle est un instrument beaucoup plus complexe que les deux recommandations. Un article 5 *bis* sur l'incorporation par référence a été adopté en 1998.

Son champ d'application est modulable – il est toutefois suggéré qu'il soit « aussi large que possible »³⁴⁴. Elle a ainsi vocation à s'appliquer « à toute information [...] prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales »³⁴⁵. Il est possible aux États d'en restreindre l'application au seul commerce international, mais le *Guide pour son incorporation* déconseille la coexistence de deux régimes distincts pour les commerces interne et international³⁴⁶. Il est aussi proposé aux États d'étendre la portée de leur loi, par exemple aux relations entre un citoyen et son gouvernement. Une telle loi serait donc de portée générale, sujette à certaines exceptions³⁴⁷. De même, un État jugeant que la *Loi type* ne protège pas suffisamment les consommateurs pourra choisir de faire primer le droit de la consommation sur ses dispositions³⁴⁸. En outre, les articles sur l'écrit, la signature, l'original, la formation et la validité des contrats³⁴⁹ comprennent chacun un paragraphe final proposant que l'article en question puisse ne pas être applicable dans des situations que le législateur national voudra bien énumérer.

Relativement à la preuve d'un écrit électronique, le mécanisme de la *Loi type* opère en deux étapes. La première étape est de qualifier d'écrit un message de données pour tous les cas où la loi exige une telle forme :

³⁴¹ *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 230.

³⁴² *Id.*, Résolution 51/162 de l'Assemblée générale du 16 décembre 1996, p. 1.

³⁴³ *Id.*

³⁴⁴ *Id.*, Guide pour son incorporation, ¶ 29.

³⁴⁵ *Id.*, art. premier.

³⁴⁶ *Id.*, Guide pour son incorporation, ¶ 29.

³⁴⁷ *Id.*, art. premier.

³⁴⁸ *Id.*

³⁴⁹ Respectivement les art. 6, 7, 8 et 11 de la *Loi type sur le commerce électronique*.

« Article 6 – Écrit

1. Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

2. Le paragraphe 1 est applicable que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas sous forme écrite.

[...] »

L'expression « message de données » est très vaste et réfère à toute information qui n'est pas sur support papier³⁵⁰. Elle couvre non seulement l'information communiquée (ce qui est généralement entendu par « message »), mais aussi l'« information that is simply generated and stored, and no communication is required »³⁵¹. Sa définition à l'article 2 de la *Loi type* est très inclusive et non limitative³⁵².

La seconde étape consiste à assurer de façon générale l'admissibilité et la force probante d'un message de données – notamment s'il est qualifié d'écrit selon l'article 6 :

« Article 9 – Admissibilité et force probante d'un message de données

1. Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve :

a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données; ou

b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale.

2. L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de

³⁵⁰ Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, « Definitions », dans Amelia H. BOSS et Wolfgang KILIAN (dir.), *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 98, à la page 100. Sur la question du « message de données », les textes et la logique de la *Loi type* et de la *Convention de 2005* sont pratiquement identiques, comme le note d'emblée Ricardo Sandoval López.

³⁵¹ *Id.*

³⁵² « Article 2. Définitions

Aux fins de la présente loi :

a) Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie; [...] » (nos italiques).

communication du message, de la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente. »

Ainsi, un message de données peut se voir qualifier d'écrit s'il rencontre les conditions de l'article 6, et cet écrit, en tant que message de données, se voit conférer le régime d'admissibilité de l'article 9, posant que sa seule qualité de message de données ne saurait le rendre inadmissible en preuve.

Le choix du critère d'équivalence fonctionnelle de l'écrit à l'article 6(1) – la fonction d'accessibilité pour consultation ultérieure – est le résultat du raisonnement de la CNUDCI selon lequel l'écrit constitue la base, la « strate inférieure des conditions de forme »³⁵³. La fonction primordiale de l'écrit, la trace, se reflète dans « la notion fondamentale d'une information pouvant être reproduite et lue »³⁵⁴. Ce critère est moins exigeant que la durabilité ou l'inaltérabilité³⁵⁵.

La *Loi type* est muette au sujet de l'écrit requis à des fins de validité. Le principe est qu'une offre et une acceptation « peuvent être exprimées par un message de données ». Toutes les fois où un écrit est requis, celui-ci peut être sous forme de message de données selon l'article 6, puis l'article 11 établit qu'un tel écrit pourra valablement former un contrat :

« Article 11 – Formation et validité des contrats

1. Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire entre les parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées par un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire de celui-ci ne sont pas déniées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]. »³⁵⁶

Dans ce cas, l'utilisation d'un message de données ne pourra servir de seule base à la contestation de la validité de l'acte ainsi passé. Il y a donc implicitement une fiction selon

³⁵³ *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 230, « Guide pour son incorporation », ¶ 49, p. 37.

³⁵⁴ *Id.*, ¶ 50, p. 38.

³⁵⁵ *Id.*

³⁵⁶ *Id.*, art. 11 (1).

laquelle la fonction solennelle de l'écrit, si elle était requise, se trouve rencontrée par un message de données qualifié d'écrit. Selon le paragraphe 2, il reviendra au législateur national de déterminer les cas où un tel régime ne s'applique pas (par exemple pour rajouter des critères ou pour prescrire un mode particulier de contracter. Selon la formulation du paragraphe 2, il s'agirait d'exceptions ; leur interprétation serait par nature restrictive.

D) Les *eTerms 2004* de la Chambre de commerce internationale

La Chambre de commerce internationale (CCI)³⁵⁷ est une organisation représentant le monde des affaires qui a pour mission de favoriser le commerce et l'investissement internationaux. Parmi ses nombreuses activités figure l'élaboration de contrats types, les plus connus étant les Incoterms. Afin d'assurer la validité de l'utilisation des technologies de l'information par des cocontractants, la CCI a développé les *eTerms 2004* et un guide d'accompagnement³⁵⁸. Ils ne constituent pas une entente commerciale, mais plutôt un cadre à l'intérieur duquel les cocontractants établissent leur volonté d'utiliser les

³⁵⁷ En ligne : <<http://www.iccwbo.org>> (accédé le 31 août 2009).

³⁵⁸ International Chamber of Commerce, *ICC eTerms 2004*, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/policy/law/id3668/index.html>> et *ICC Guide to electronic contracting*, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/policy/law/id3670/index.html>> (tous deux accédés le 31 août 2009). Les *eTerms* sont une entente-cadre de commerce électronique, dont l'intégralité se lit comme suit :

« Article 1 – E-commerce agreement

The parties agree:

- 1.1 that the use of electronic messages shall create valid and enforceable rights and obligations between them; and
- 1.2 that to the extent permitted under the applicable law, electronic messages shall be admissible as evidence, provided that such electronic messages are sent to addresses and in formats, if any, designated either expressly or implicitly by the addressee; and
- 1.3 not to challenge the validity of any communication or agreement between them solely on the ground of the use of electronic means, whether or not such use was reviewed by any natural person.

Article 2 – Dispatch and Receipt

2.1 An electronic message is deemed to be:

- (a) dispatched or sent when it enters an information system outside the control of the sender; and
- (b) received at the time when it enters an information system designated by the addressee.

2.2 When an electronic message is sent to an information system other than that designated by the addressee, the electronic message is deemed to be received at the time when the addressee becomes aware of the message.

2.3 For the purpose of this contract, an electronic message is deemed to be dispatched or sent at the place where the sender has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. »

communications électroniques dans leurs relations contractuelle, d'une façon similaire aux ententes cadres EDI.

La CCI adopte une position limitative du formalisme direct. Ainsi, on relativise l'ampleur de la difficulté posée par un droit national requérant un écrit papier pour fin de validité d'un acte : « most jurisdictions either actively endorse or at least passively permit contracting through electronic means »³⁵⁹. Dans le cas où la loi exige la signature d'un écrit sur support papier, la CCI suggère de se munir d'un avis juridique déterminant si le droit applicable permet de contracter par voie électronique ; advenant une réponse négative, il est suggéré de considérer l'application d'un droit plus favorable aux contrats électroniques³⁶⁰.

Il est cependant à remarquer que la CCI propose une évaluation de quelques risques du commerce électronique, notamment 1) l'autorité de ceux qui, au sein d'une entreprise, peuvent contracter par voie électronique, 2) la conclusion d'un contrat par deux agents électroniques et 3) la conclusion d'un contrat par inadvertance. Au sujet de ce dernier risque, la CCI souligne clairement l'importance de recourir à ce qu'il convient d'appeler un « nouveau formalisme électronique » :

« [...] A dose of caution is always a useful antidote to the risk of being too trigger-happy on the keyboard or click-happy with the mouse.

The importance of careful web site design cannot be over-estimated in this regard. Web sites that are ambiguous or unclear are traps for the unwary, and companies wishing to make use of the benefits of e-contracting need to design their web sites such that the terms they contain are clear to the user when he or she is about to enter into a contract. Using unambiguous language with a "legal" ring to it (such as "offer" and "acceptance") helps to alert users that they are entering a "commitment" zone and that they should therefore consider carefully whether they truly intend to bind themselves by contract. Consider, for example, building into your website a final step alerting your counterparty that he is about to commit himself, such as requiring that he click a button marked "I agree" before concluding the contract. [...] »³⁶¹

³⁵⁹ *ICC Guide to electronic contracting*, préc., note, 358, p. 6.

³⁶⁰ *Id.*

³⁶¹ *Id.*

Cette approche en est une de gestion des risques. Ceux-ci échoient nécessairement sur les cocontractants. La CCI considère que les parties sont les mieux placées pour y faire face et prendre les mesures appropriées.

Bien que les *eTerms 2004* et la CCI traitent du formalisme direct, nous avons placé ces remarques dans la section sur l'aspect probatoire. La raison en est que l'objectif déclaré des *eTerms* est de créer une entente cadre dans laquelle les parties élaborent les règles de preuve qui présideront à leurs communications électroniques, à l'abri de toute règle de formalisme direct (autres que celles qu'elles établiront librement elles-mêmes, bien sûr).

E) *La Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international*

L'instrument le plus récent en matière de commerce électronique est la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans le commerce international*, de 2005³⁶². La *Convention* s'applique aux contrats de commerce international dont le droit applicable est celui d'un État partie (art. premier). Elle comporte trois exclusions importantes : les contrats sur des marchés financiers, les instruments négociables et les « [c]ontrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques » (art. 2)³⁶³ – ce qui couvre les contrats de consommation, selon les définitions qu'en fait le droit québécois³⁶⁴.

En ce qui concerne l'exigence de l'écrit, l'article 9 de la *Convention* pose que

³⁶² *Texte et note explicative - Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, signée à New York le 23 novembre 2005, New York, 2007, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf> (accédé le 31 août 2009 ; ci-après « *Convention de 2005* »). En date du 31 août 2009, 18 États avaient signé la *Convention* et aucun ne l'avait ratifié. Trois instruments de ratification sont nécessaires à son entrée en vigueur. Deux rapports ont été soumis au Ministère des affaires étrangères et du commerce international relativement à une éventuelle adhésion du Canada : Vincent GAUTRAIS, *Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Québec, août 2008, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/poam2/FINALG~1.pdf>> et Michael DETURBIDE, *Pre-Implementation Report on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Québec, août 2008, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/en/poam2/FINAL%20deturbide%20ELECTRONIC%20COMMERCE%20en%20%283%29.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

³⁶³ Ce qui reprend les mots de la définition du contrat de consommation à l'article 1384 C.c.Q..

³⁶⁴ C.c.Q., art. 1384 et L.p.c., art. 1 et 2.

« Article 9 – Conditions de forme

1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous une forme particulière.

2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

[...] »

La qualification d'« écrit » s'opère donc selon le même processus que dans la *Loi type*. Une « communication électronique » est, à la base, une communication faite au moyen d'un « message de données »³⁶⁵ et cette communication électronique revêt la qualité d'écrit « si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement ». Il s'agit du même critère que dans la *Loi type*, justifié de la même façon :

« La prescription de la forme écrite est souvent associée à d'autres concepts distincts de l'écrit, comme la signature et l'original. Ainsi, *l'exigence d'un "écrit" devrait être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents papier*. L'exigence selon laquelle les données doivent être présentées par écrit (que l'on peut désigner comme une "exigence minimale") ne doit donc pas être confondue avec des exigences plus strictes comme la production d'un "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte juridique authentifié". »³⁶⁶

Quant au formalisme direct, le paragraphe premier de l'article 8 affirme que

« [I]a validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique. »

Ainsi, toute communication électronique satisfaisant le critère d'accessibilité pour une consultation ultérieure du paragraphe 9(2) remplira du même coup l'exigence d'un écrit requis pour la validité de l'acte. Ce seuil trop minimaliste fera dire à Vincent Gautrais que le critère de la consultation ultérieure « ne permet aucunement de satisfaire l'exigence

³⁶⁵ *Convention de 2005*, préc., note 362, art. 4.

³⁶⁶ *Id.*, Note explicative, ¶ 145, p. 54 et 55.

d'une formalité *ad validitatem* qui avait pourtant été identifiée dans les travaux préparatoires de la CNUDCI sous l'appellation de « prise de conscience »³⁶⁷. Il y a effectivement une friction entre, d'une part, l'impossibilité d'invoquer le caractère électronique d'une communication relativement à la validité d'un contrat et, d'autre part, une différence certaine entre les supports papier et électronique quant à leurs caractéristiques communicationnelles, qui sont le fondement même du formalisme de l'écrit. Encore ici, s'il est question de formalisme dans une section sur la preuve, c'est que la Convention ne cible que l'aspect probatoire et omet la dimension formelle de l'écrit.

Les instruments internationaux ont cherché dès le début à garantir l'aspect probatoire des documents issus des technologies de l'information. Cependant, la *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI, innove en ce qu'elle opère l'assimilation des communications électroniques aux notions préexistantes d'écrit, d'original et de signature. Le même mécanisme sera repris dans la *Convention de 2005*. Quant à l'aspect formel de l'écrit, son existence n'est jamais garantie. Alors que la *Recommandation n° R (81) 20* pose qu'elle n'entend pas affecter l'écrit requis pour des fins de validité, la *Recommandation de 1985* de la CNUDCI invite le législateur à reconsidérer les exigences de forme. La *Loi type sur le commerce électronique* et la *Convention de 2005*, par le mécanisme et le critère qu'elles utilisent pour l'assimilation d'une communication électronique à un écrit, ignorent l'aspect formel. Enfin, les *eTerms 2004* de la CCI n'en traitent pas, si ce n'est qu'à titre de suggestion et dans un contexte de gestion des risques.

2) En France

La reconnaissance de l'écrit électronique en France s'est opérée en deux temps. Le droit de la preuve a d'abord fait l'objet de modifications en 2000, et le droit des contrats, en 2004. Suite aux modifications de 2000, il devenait alors possible de prouver devant les tribunaux qu'un contrat avait été conclu par voie électronique.

³⁶⁷ V. GAUTRAIS, préc., note 362, ¶ 58, p. 20.

C'est par la transposition de la *Directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*³⁶⁸ que le législateur français a reconnu l'aspect probatoire de l'écrit électronique. La directive répond à l'impératif « de veiller à ce que les signatures électroniques puissent avoir force probante en justice dans tous les États membres »³⁶⁹. Elle impose ainsi aux États membres – dont la France – de s'assurer de la reconnaissance des signatures électroniques. L'article premier de la directive exclut expressément du champ d'application « les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire »³⁷⁰. Les États membres ne sont donc pas tenus de reconnaître les écrits électroniques lorsque l'écrit est requis *ad validitatem*. Cette première étape de la reconnaissance de l'écrit électronique ne vise que la fonction probatoire : seuls les actes librement constatés par écrit ou ceux pour lesquels l'écrit n'est exigé qu'à des fins probatoires peuvent valablement être conclus sur support électronique.

L'article 5(1) de la directive impose aux États membres de reconnaître l'utilisation des signatures électroniques avancées. Ils doivent ainsi

« [veiller] à ce que les signatures électroniques avancées [...]

a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier

et

b) soient recevables comme preuves en justice. »

Les signatures électroniques qui ne sont pas « avancées », c'est-à-dire celles qui « ne repose[nt] pas sur un certificat qualifié » ou qui ne sont « pas créée[s] par un dispositif sécurisé de création de signature », se voient tout de même garantir leur efficacité juridique et leur recevabilité comme moyen de preuve³⁷¹.

³⁶⁸ *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, J.O. L.13 du 19.1.2000, p. 12 à 20 (ci-après « *Directive 1999/93/CE* »).

³⁶⁹ *Id.*, considérant n° 21.

³⁷⁰ *Id.*, art. 1(2).

³⁷¹ *Id.*, art. 5(2). La distinction entre les deux types de signature figure aux définitions qu'en fait l'article 2 :

« 1) "signature électronique", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification;

Or, reconnaître la valeur juridique des signatures électroniques revient à reconnaître les écrits auxquels ils sont apposés. En effet, l'écrit tire sa force probatoire de ce qu'il permet d'opposer un acte à une partie du fait de sa signature³⁷², d'où le principe de l'effet relatif des contrats, selon lequel ceux-ci n'ont d'effet qu'entre les parties³⁷³. En conséquence, c'est dans la section portant sur la preuve littérale que figurent les articles du Code civil français résultant de la transposition de la *Directive 1999/93/CE*, soit les articles 1316 C.c.Fr. et suivants.

L'approche du législateur français a consisté à redéfinir l'écrit de façon à englober l'écrit sur support électronique. Ainsi, la *Loi du 13 mars 2000*³⁷⁴, transposant la *Directive 1999/93/CE*, insère des dispositions de portée générale dans la section du Code civil traitant de la preuve littérale. Le nouvel article 1316 C.c.Fr. redéfinit l'écrit comme « une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». L'article 1316-1 C.c.Fr.³⁷⁵ pose les conditions d'admissibilité en preuve d'un écrit électronique : la personne dont il émane doit être identifiable et son intégrité, garantie. L'article 1316-2³⁷⁶ prévoit le règlement des conflits de preuves littérales.

2) "signature électronique avancée" une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

a) être liée uniquement au signataire;

b) permettre d'identifier le signataire;

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif

et d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ».

³⁷² L'article 1322 C.c.Fr. pose ainsi que « L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique. »

³⁷³ C.c.Fr., art. 1165 et C.c.Q., art. 1440. À titre d'exemple du principe, l'article 1328 C.c.Fr. et l'article 2830 C.c.Q., tous deux figurant aux sections traitant de la preuve, posent que l'acte sous seing privé n'a pas de date contre les tiers ; elle n'est opposable qu'aux parties.

³⁷⁴ *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, J.O. 14 mars 2000, p. 3968 (ci-après « *Loi du 13 mars 2000* »).

³⁷⁵ « 1316-1. L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

³⁷⁶ « 1316-2. Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

L'article 1316-3³⁷⁷ pose l'équivalence probatoire des écrits électronique et papier, et enfin l'article 1316-4³⁷⁸ définit ce qu'est une signature et lui attache les fonctions d'identification et de manifestation du consentement.

Ces dispositions consacrent donc l'existence de l'écrit électronique en droit français. Il est dès lors possible de conclure valablement un contrat par voie électronique. Toutefois, le fait que la *preuve* d'un tel contrat soit possible n'emporte pas qu'un écrit requis *ad validitatem* puisse être constaté sur support électronique. Dans son rapport sur le projet de loi qui allait devenir la *Loi du 13 mars 2000*, la Commission des Lois est claire à cet effet : « [elle] souhaite réserver la reconnaissance de l'écrit électronique aux écrits *ad probationem* »³⁷⁹. Elle préférerait ainsi que « l'adaptation [des prescriptions quant aux écrits *ad validitatem*] aux technologies de l'information ne résulte pas d'une disposition générale dont les implications n'auraient pas été mesurées, mais qu'elle donne lieu à un débat et un examen approfondis. »³⁸⁰

C'est d'abord quant à son aspect probatoire que l'écrit électronique a été reconnu par le législateur français. Celui-ci transposait alors la *Directive 1999/93/CE*, établissant la validité des signatures électroniques – donc de la preuve des contrats électroniques. La *Loi du 13 mars 2000* a procédé à une redéfinition de l'écrit lui permettant de se décliner tant sur support papier que sur support électronique. Cette approche contraste avec celle utilisée par le législateur québécois.

³⁷⁷ « 1316-3. L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

³⁷⁸ « 1316-4. La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. »

³⁷⁹ COMMISSION DES LOIS, *Rapport au Sénat n° 203*, session ordinaire de 1999-2000, annexe au procès verbal de la séance du 2 février 2000, p. 28, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/199-203/199-203.html>> (accédé le 31 août 2009).

³⁸⁰ *Id.*, p. 29.

3) Au Québec

Tout comme en France, la reconnaissance de l'écrit électronique au Québec s'est déroulée en deux étapes. D'abord, en 2001 est entrée en vigueur la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³⁸¹, venue établir le régime probatoire de l'écrit électronique. Ensuite, en 2006, des modifications ont été apportés à la *Loi sur la protection du consommateur*³⁸² afin d'adapter certaines de ses dispositions au commerce électronique. En matière probatoire, la méthode utilisée pour intégrer l'écrit électronique au droit de la preuve diffère de celle utilisée en France.

La LCCJTI est une loi de portée générale mais qui établit aussi des régimes juridiques spécifiques. Elle établit ainsi les régimes de responsabilités prestataires de services prenant part au cycle de vie des documents technologiques de même que l'encadrement des activités de certification. En outre, elle a apporté d'importantes modifications au droit civil avec ses dispositions relatives à la signature et à l'écrit. Celles-ci remplacent d'ailleurs les dispositions relatives aux inscriptions informatisées dans le livre de la preuve du Code civil.

La notion de *document technologique* est au cœur de la LCCJTI. Cette approche « documentaire » de la loi est directement inspirée des sciences de l'information³⁸³. Dans une étude pluridisciplinaire sur les documents numériques, un collectif d'auteurs a identifié trois acceptions au document³⁸⁴, différentes disciplines ayant développé la notion différemment, mettant plus d'accent sur une conception plutôt que sur une autre. Ainsi, le document pourra être un « signe », porteur de sens et intimement lié à son contexte ; un « médium », trace d'une communication libérée de ses contraintes spatio-temporelles ou enfin une « forme », objet manipulable³⁸⁵.

³⁸¹ Préc., note 19.

³⁸² L.R.Q., c. P-40.1 (ci-après « L.p.c. »).

³⁸³ BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, août 2000, p. 15, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2000/200008-normalisationtic.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

³⁸⁴ Roger T. PÉDAUQUE, préc., note 43, p. 27-78. Roger T. Pédaque est le nom d'un collectif, affilié au Réseau thématique pluridisciplinaire « Documents et contenu : création, indexation navigation » du Centre national de la recherche scientifique (CNRS).

³⁸⁵ *Id.*, p. 32.

Conçu comme *forme*, le document est « un objet de communication régit (*sic*) par des règles de mise en forme [...] qui matérialisent un contrat de lecture entre un producteur et un lecteur. Le document est principalement étudié sous l'angle de ce protocole implicite de communication »³⁸⁶. L'informatique s'intéresse naturellement à cette « structure interne des documents »³⁸⁷. Dans la conception du document comme *forme*, « l'accent est mis sur un support manipulable (au sens premier) sur lequel est fixé une trace interprétable [...] Cette trace représente le contenu, matérialisé par une inscription »³⁸⁸. Cela peut se traduire par l'équation suivante : « document traditionnel = support + inscription »³⁸⁹.

Sous l'effet des technologies de l'information, « la notion de support se complexifie et devient ambiguë. Est-ce le fichier, l'outil matériel qui l'héberge ou encore la surface de l'écran sur lequel il s'affiche ? »³⁹⁰. Il en est de même pour la notion d'inscription. Le document devient programme informatique (programme = logiciel + données), où le logiciel structure le contenu. L'équation finale devient ainsi « document numérique = structure + données »³⁹¹. En d'autres mots,

« Un document numérique est un ensemble de données organisées selon une structure stable associée à des règles de mise en forme permettant une lisibilité partagée entre concepteur et ses lecteurs. »³⁹²

Cette définition marginalise le support et souligne « le rôle fondamental pris à l'inverse par l'articulation entre la structure logique et les styles pour redéfinir le contrat de lecture, compris ici comme le contrat de lisibilité »³⁹³.

La définition que donne la LCCJTI du document technologique fait écho à celle citée ci-dessus :

³⁸⁶ *Id.*, p. 34.

³⁸⁷ *Id.*, p. 35.

³⁸⁸ *Id.*, p. 36.

³⁸⁹ *Id.*

³⁹⁰ *Id.*, p. 38.

³⁹¹ *Id.*, p. 39. L'étude se poursuit et suggère une possible évolution « document XML = données structurées + mise en forme » : *Id.*, p. 45.

³⁹² *Id.*, p. 45.

³⁹³ *Id.*

« 3. Un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible 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° de l'article 1 sont qualifiés dans la présente loi de documents technologiques. »³⁹⁴

Le nouvel article 2837 C.c.Q., tel que remplacé par la LCCJTI, pose que l'écrit peut être un document technologique. Le premier alinéa établit l'indifférence du support : l'écrit n'est plus lié de façon indissociable au papier. Le second alinéa opère un renvoi à la LCCJTI : les écrits dont le support fait appel aux technologies de l'information sont qualifiés de documents technologiques, et les conditions de leur admissibilité en preuve se trouvent à cette loi :

« 2837. L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique.

Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies (*sic*) de l'information. »

L'article suivant établit les conditions auxquelles un tel document peut faire preuve à titre d'écrit. Il s'agit, autrement dit, du critère d'équivalence fonctionnelle qui permet à un document technologique d'être qualifié d'écrit selon l'article 2837 C.c.Q. :

« 2838. Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée. »

Malgré l'absence, dans l'énumération des différents types d'écrits, des écrits non signés (c'est-à-dire les « autres écrits » des articles 2831 à 2836 C.c.Q.), qui semblent pourtant visés à l'article 2837, ceux-ci doivent tout de même voir leur intégrité assurée afin de faire

³⁹⁴ LCCJTI, art. 3, al. 1 et 4.

preuve. Ce sera cependant aux deux premiers alinéas de l'article 5 LCCJTI, de portée plus générale, qu'il faudra se référer³⁹⁵ :

« 5. La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.

Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit. »

L'« autre écrit », qualifié de document à l'article 2837 C.c.Q., doit, selon l'article 5 al. 2 LCCJTI, voir son intégrité assurée pour avoir « la même valeur juridique » qu'un même écrit sur support papier. Tel est le détour rendu nécessaire par l'absence de mention des « autres écrits » à l'article 2838 C.c.Q.. L'effet reste certes le même, mais le raisonnement n'en est pas moins inélégant³⁹⁶.

Ainsi, contrairement à la *Loi du 13 mars 2000*, la LCCJTI ne redéfinit pas directement l'écrit, mais permet plutôt à des documents technologiques satisfaisant au critère d'intégrité de s'y assimiler. Cette méthode n'est pas sans rappeler la « qualification en deux temps » utilisée par la *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI et par la *Convention de 2005*, dans lesquelles un « message de données » ou une « communication électronique » satisfont à l'exigence de l'écrit si elles rencontrent le critère de la « consultation ultérieure »³⁹⁷. Elle diffère toutefois nettement de l'approche française où l'écrit fait l'objet d'une redéfinition, par ailleurs particulièrement englobante.

Claude Fabien qualifiera l'approche de la LCCJTI de « caméléon » :

« [L]e document technologique reçoit la qualification correspondant au moyen de preuve dont il accomplit la fonction et auquel il est alors assimilé. On pourra dire du document technologique qu'il est un support

³⁹⁵ Voir aussi Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, 586 et suiv.

³⁹⁶ *Id.*, 586 ; voir aussi Marie-Eve BÉLANGER, « Documents technologiques, copies et documents résultant d'un transfert », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Preuve et procédure*, fasc. 5, Montréal, Lexis Nexis Canada, 2008, feuilles mobiles, n° 35-38, p. 15 et 16.

³⁹⁷ *Loi type sur le commerce électronique*, précitée, note 230, art. 6 ; *Convention de 2005*, préc., note 362, art. 9(2).

« caméléon ». Il prend la couleur et la forme du moyen de preuve auquel il ressemble. »³⁹⁸

Un document technologique peut en effet être un écrit (2837 C.c.Q.), un élément matériel (2855 C.c.Q.)³⁹⁹, voire un témoignage extrajudiciaire (2869 à 2874 C.c.Q.)⁴⁰⁰.

Notons finalement que l'une des modifications corrélatives de la LCCJTI⁴⁰¹ a abrogé la définition d'écrit figurant à la *Loi d'interprétation*⁴⁰², tandis qu'une autre a légèrement modifié la définition de signature de l'article 2827 C.c.Q. : de « l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle [...] », la signature est devenue une apposition faite « à un acte »⁴⁰³.

Tant la LCCJTI que les modifications qu'elle a emportées ne semblent viser que l'aspect probatoire de l'écrit⁴⁰⁴. En effet, les modifications au Code civil sont limitées au livre de la preuve. L'écrit requis à des fins de validité n'est pas considéré en regard des spécificités du médium électronique⁴⁰⁵. Il n'y a pour ainsi dire aucune distinction faite entre l'écrit requis *ad probationem* et celui requis *ad validitatem*. L'article 2 LCCJTI, dans les dispositions générales, le pose expressément :

« 2. À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil.
Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, (*sic*) l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. »⁴⁰⁶

Cette lacune sera, dans une certaine mesure, comblée par la mise en place, dans la L.p.c., d'un nouveau régime applicable aux contrats à distance.

³⁹⁸ C. FABIEN, préc., note 395, 551.

³⁹⁹ Nicolas W. VERMEYS, *Virus informatiques : responsables et responsabilité*, Montréal, Thémis, 2006, p. 106 et 107.

⁴⁰⁰ Voir sur ce point C. FABIEN, préc., note 395, 551 à 559.

⁴⁰¹ L.Q. 2001, c. 32, art 100.

⁴⁰² *Précitée*, note 17 et texte accompagnant cette note.

⁴⁰³ L.Q. 2001, c. 32, art. 77.

⁴⁰⁴ V. GAUTRAIS, préc., note 362, ¶ 61 p. 21.

⁴⁰⁵ En fait preuve l'absence de modification au livre des obligations.

⁴⁰⁶ Nos italiques.

L'approche québécoise en matière d'écrit électronique s'inscrit dans le cadre plus vaste de reconnaissance des effets juridiques de divers types de documents technologiques. Il s'agit d'une approche « caméléon » au centre de laquelle se trouve la notion de document. Le Code civil prévoit que les écrits qualifiés de documents technologiques pourront faire preuve au même titre que s'ils reposaient sur un support papier, pour peu que leur intégrité soit assurée. Nous verrons plus en détail au second chapitre de cette partie le régime de preuve de l'écrit électronique.

Notre analyse historique de l'aspect probatoire de l'écrit électronique a identifié d'une part une évolution dans la méthode envisagée pour intégrer les technologies de l'information, et d'autre part une variation entre les méthodes utilisées par les législateurs nationaux. Ainsi, au niveau international, les deux recommandations cherchaient principalement à assurer l'admissibilité de documents microfilmés ou informatisés – la création de régimes d'exception aurait pu atteindre ces objectifs. Les *eTerms 2004* ont pour partie un effet similaire. À l'opposé, la *Loi type sur le commerce électronique* et la *Convention de 2005* procèdent à l'assimilation, conditionnellement à la rencontre d'un critère d'équivalence fonctionnelle, au régime général de l'écrit. C'est, dans une certaine mesure, l'approche utilisée par le législateur québécois, qui a centré sa réforme autour de la notion de document technologique et qui en permet aussi l'assimilation à un écrit. En France, c'est à l'étape de la définition de l'écrit que nous retrouvons les critères qui permettent l'intégration de l'écrit électronique. Dans tous les cas, la rencontre du critère d'équivalence fonctionnelle, quel qu'il soit, entraîne l'admissibilité en preuve de l'écrit : l'aspect formel est, sciemment ou non, ignoré.

Section 2 – Au plan formel

Pour faire suite à la précédente section sur les aspects probatoires de l'écrit électronique, nous exposerons ici les aspects *formels* des textes portant reconnaissance de l'écrit électronique. La division reste la même entre les instruments internationaux (1) et les situations française (2) et québécoise (3).

1) Dans les instruments internationaux

Puisqu'il aurait été artificiel, dans le cas des instruments internationaux, de traiter séparément les aspects probatoire et formel, nous référons donc à la section précédente pour cette question. En effet, bien que certains en fassent mention, les instruments internationaux ne font pas de traitement de l'écrit requis *ad validitatem*. La présence accordée aux questions de preuve dans les instruments internationaux ne devrait pas trop surprendre, compte-tenu que ces règles sont d'abord conçues pour s'appliquer dans le cadre du commerce international. Cependant, lors de la transposition de ces règles en droit interne, les législateurs ne peuvent créer deux définitions différentes de l'écrit. Ils devront donc tenir compte des aspects formels de l'écrit d'une façon distincte.

2) En France

C'est dans la *Loi sur la confiance dans l'économie numérique*⁴⁰⁷ de 2004, que l'écrit électronique *ad validitatem* a été reconnu en droit français. Cette loi constitue la transposition de la *Directive 2000/31/CE*⁴⁰⁸. Elle consacre l'égalité des formes probatoires et solennelles, et établit un cadre formel distinct pour les contrats électroniques, qui sera complété par une ordonnance en 2005.

La *Directive 2000/31/CE* est particulièrement substantielle et comprend de nombreuses mesures visant le développement du commerce électronique. Outre la mise en place d'un cadre juridique et de régimes de responsabilité pour les prestataires de services en ligne, elle comporte une section relative aux contrats par voie électronique. Les articles 9 à 11 imposent entre autres l'obligation pour les États membres d'« ajuster [leur] législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptible de gêner le recours à des contrats par voie électronique » en vue d'en faciliter la conclusion⁴⁰⁹.

Le paragraphe 9(1) de la directive pose ainsi que :

⁴⁰⁷ *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O. 22 juin 2004, p. 11168 (ci-après « *LCEN* »).

⁴⁰⁸ *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, J.O. L.178 17.7.2000, p. 1 à 16 (ci-après « *Directive 2000/31/CE* »).

⁴⁰⁹ *Directive 2000/31/CE*, considérant n° 34.

« Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques *ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique.* » (nos italiques)

Le législateur pourra « maintenir ou [...] établir pour les contrats des exigences juridiques générales ou spécifiques qui peuvent être satisfaites par des moyens électroniques »⁴¹⁰.

Ainsi, à la reconnaissance de l'écrit électronique à des fins probatoires (*Directive 1999/93/CE*) s'ajoute l'obligation pour les États de s'assurer que les exigences de forme conditionnant la validité des contrats puissent être remplies dans le cas d'un contrat électronique. Or plusieurs éléments formels du droit des contrats (pensons aux mentions manuscrites, par exemple) pouvaient constituer de tels obstacles à la conclusion de ces contrats par voie électronique.

Les articles 10 et 11 de la directive viennent détailler des obligations d'information à la phase pré-contractuelle et consacrer la formation des contrats par double-clic – c'est à dire un contrat-processus par lequel le visiteur d'un site marchand passe d'abord commande et où la confirmation de la commande, après vérification par le visiteur, vaut acceptation de l'offre⁴¹¹. Ce n'est qu'à ce moment que le contrat est formé. Ces articles sont supplétifs sauf si l'une des parties est un consommateur. Notons que ces deux articles permettent une réserve commerciale les rendant supplétifs pour tout contrat qui n'est pas de consommation.

Relativement au formalisme direct, la LCEN a procédé à deux modifications du Code civil. D'abord, dans les dispositions générales du chapitre « Des conditions essentielles pour la validité des contrats », ont été ajoutés les articles 1108-1 et 1108-2 C.c.Fr.. C'est au premier de ces articles que s'opère la reconnaissance de l'écrit électronique *ad validitatem* et l'adaptation de la mention manuscrite au monde électronique :

« 1108-1. Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions

⁴¹⁰ *Id.*

⁴¹¹ C.c.Fr., art 1369-5.

prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. »

Par son renvoi, le premier alinéa de l'article 1108-1 pose que l'exigence de l'écrit requis pour la validité de l'acte est satisfaite lorsque l'écrit est conforme seules aux exigences probatoires des articles 1316-1 et 1316-4 C.c.Fr.. « Il en résulte une identité de la forme solennelle et de la forme probante : une même forme peut convenir à plusieurs finalités. »⁴¹²

La seconde modification de la LCEN consiste en la création d'un nouveau chapitre au Code civil, traitant des contrats sous forme électronique. Dans un premier temps, les trois articles le composant (les art. 1369-1 à 1369-3 C.c.Fr.) reprenaient sans trop les modifier les articles 10 et 11 de la *Directive 2000/31/CE*, vu ci-haut. La LCEN prévoyait toutefois la possibilité pour le gouvernement de modifier ces dispositions⁴¹³. C'est ainsi qu'une ordonnance⁴¹⁴ est venue ajouter de nouvelles dispositions à ces trois articles (désormais renumérotées 1369-4 à 1369-6).

Les articles 1369-10 et 1369-11 C.c.Fr. viennent adapter les exigences formelles du monde papier à l'écrit électronique :

« 1369-10. Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes.

L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie.

⁴¹² P. CATALA, préc., note 309, à la page 31. Voir aussi Luc GRYNBAUM, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », dans *Revue des contrats*, 1 avril 2005, RDCO2005-2-067, en ligne : <<http://www.lextenso.com>> (accédé le 31 août 2009).

⁴¹³ LCEN, art. 26 : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique. [...] » Il est probable qu'un tel mécanisme ait été choisi vue l'urgence de transposer la *Directive 2000/31/CE*, dont la transposition devait être complétée avant le 17 janvier 2002 (art. 22).

⁴¹⁴ *Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électroniques*, J.O. 17 juin 2005, p. 10342.

Art. 1369-11. L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire. »

De la même façon, l'exigence des originaux multiples est adaptée et précisée pour les contrats électroniques :

« 1325. L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès. »

En conclusion, afin de respecter les exigences d'une seconde directive européenne, le législateur français a procédé à la reconnaissance de l'écrit électronique requis *ad validitatem*. La LCEN et une ordonnance ont donc élargi le champ de l'écrit électronique à l'écrit requis pour la validité de l'acte. D'abord a été posée l'équivalence des formes, posant que l'exigence d'un écrit requis à des fins de validité est remplie si cet écrit respecte les critères de nature probatoire des articles 1316 C.c.Fr. et suivants. De plus, des formalités reliées au monde papier (mention manuscrite, originaux multiples) ont alors été relues à la lumière du médium électronique et le nouveau formalisme de la contractualisation par double-clic a été entériné.

3) Au Québec

Les changements apportés par la LCCJTI au C.c.Q. sont relatifs au droit de la preuve – le droit des contrats n'a pas fait l'objet de modifications. Ainsi, des contrats dont la validité est soumise à la forme écrite peuvent être formés par voie électronique, malgré la non-équivalence de ce support quant à leur aspect solennel. Le formalisme direct pour les seuls contrats de consommation conclus par voie électronique sera établi par des modifications à la L.p.c. survenues en 2006⁴¹⁵, qui ne couvrent que les contrats de consommation.

L'article 25 L.p.c. avait été modifiée en 2001 par l'article 101 LCCJTI, lui adjoignant les mots en italiques : « Le contrat doit être clairement et lisiblement rédigé au moins en

⁴¹⁵ Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.Q. 2006, ch. 56.

double *et sur support papier*. » Cet article est applicable par renvoi (art. 23 L.p.c.) à différents contrats de consommation particulièrement sensibles : contrat conclu par un marchand itinérant (art. 58 L.p.c.), contrat de crédit (art. 80 L.p.c.), louage de biens à long terme (art. 150.4 L.p.c.), vente ou louage à long terme de véhicule d'occasion (art. 158 L.p.c.) et certains contrats de service à exécution successive (art. 190, 199 et 208 L.p.c.)⁴¹⁶. Par la modification de l'article 25 L.p.c., la LCCJTI laissait clairement signifier que tous les autres contrats de consommation – ceux qui n'étaient pas visés à l'article 23 L.p.c. – pouvaient être conclus par voie électronique, donc sans formalité particulière. *A contrario*, il s'agit de la reconnaissance de qualités formelles spécifiques au papier : les contrats de consommation les plus graves nécessitent un écrit *papier* : « [l']écrit traditionnel comporte en effet une dimension matérielle et symbolique qui justifie son utilisation exclusive. »⁴¹⁷ La *Loi sur le courtage immobilier*⁴¹⁸ et la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*⁴¹⁹ ont aussi chacune été l'objet d'une modification faisant du papier l'unique support du document en cause.

Le nouvel article 54.4 L.p.c., dans la section relative aux contrats à distance, impose d'abord, en fait de formalisme pré-contractuel, une importante obligation d'information.

⁴¹⁶ Ces contrats sont de plus soumis à des exigences de forme particulièrement précises et très liées au papier, selon les articles 26 et suivants du *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q. c. P-40.1, r.1 :

« 26. [...] Ce contrat doit être rédigé sur du papier Bond numéro 7 d'une pesanté de 11,8 kg aux mille feuilles de 432 mm × 559 mm ou sur du papier d'une qualité supérieure. [...]

27. Si le contrat visé par l'article 26 est dactylographié, il doit être rédigé en caractères d'au moins 10 points.

28. Si le contrat visé par l'article 26 est imprimé:

a) à moins qu'il n'en soit autrement prévu dans le présent règlement, toute mention exigée doit être imprimée en caractère typographique équivalent à l'HELVÉTICA MAIGRE d'au moins 10 points sur corps 12; [...]

L'exigence de la police de caractère Helvética se révèle intéressante, puisque celle-ci, créée en 1957, était alors protégée par le droit d'auteur, exigeant de ce fait l'obtention d'une licence pour son utilisation...

⁴¹⁷ Vincent GAUTRAIS, « La formation des contrats en ligne », dans D. POULIN, É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE, préc., note 123, p. 91.

⁴¹⁸ L.R.Q., c. C-73.1, art. 34, al. 1, modifié par l'art. 99 de la LCCJTI. Cet article se lit « 34. Le courtier doit remettre, sur support papier, un double du contrat à la personne physique qui l'a signé. »

⁴¹⁹ L.R.Q., c. R-2.2, art. 34, al. 1(1°), modifié par l'art. 103 de la LCCJTI. L'article 15 de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, préc., note 415, a réécrit ce paragraphe, en maintenant toutefois l'exigence du papier. Le texte se lit aujourd'hui : « 34. Un titulaire de permis ou son représentant ne peut:

1° communiquer oralement avec un débiteur avant l'expiration d'un délai de cinq jours suivant l'envoi, sur support papier, d'un avis de réclamation conforme au modèle prescrit par règlement; [...]

Le commerçant doit ainsi fournir ses coordonnées, une description détaillée des caractéristiques du bien ou du service, de son prix et des frais y rattachés, et, plus généralement, toutes les autres conditions applicables (dates et délais, mode de livraison, conditions d'échange ou de remboursement, etc.). Le second alinéa précise de plus que :

« Le commerçant doit présenter ces renseignements *de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur*; lorsqu'il s'agit d'une offre écrite, il doit présenter ces renseignements de façon à ce que le consommateur puisse aisément les conserver et les imprimer sur support papier. »⁴²⁰

Le caractère « processuel » du contrat électronique⁴²¹ est reconnu à l'article 54.5 L.p.c. : « Avant la conclusion du contrat, le commerçant doit donner expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la proposition et d'en corriger les erreurs. » L'article 54.6 L.p.c. pose que le document final du contrat devra contenir le nom et adresse du consommateur, la date du contrat ainsi que les informations figurant à l'article 54.4 L.p.c.. Ce document final devra être transmis au consommateur dans les 15 jours de sa conclusion (art. 54.7 L.p.c.). La sanction d'un défaut du commerçant dans la divulgation des informations de l'article 54.4 L.p.c. est un droit de résolution dans les sept jours de la remise du contrat, ou, advenant la non-remise du contrat, dans les 30 jours de l'exécution par le commerçant de son obligation principale (art. 54.8 L.p.c.).

Ces dispositions s'apparentent à celles que nous avons étudiées précédemment dans le cadre français. Elles ont cependant ceci de très différent qu'elles ont une portée limitée aux seuls contrats visés par la L.p.c.. Tout autre contrat sous forme électronique n'est soumis à aucun formalisme propre à ce médium, alors que pourtant les fondements d'une telle intervention en droit de la consommation pourraient et devraient recevoir application dans d'autres domaines, par exemple les contrats d'adhésion. Par ailleurs, des exigences formelles relatives aux clauses externes et à la lisibilité et à l'intelligibilité des termes du

⁴²⁰ L.p.c., art. 54.4, al. 2 (nos italiques).

⁴²¹ Ethan Katsh souligne ainsi la différence : « paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process » : Ethan KATSH, *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129, cité dans V. GAUTRAIS, préc., note 45, p. 98 ; P-Y GAUTHIER, préc., note 269, à la page 198.

contrat (art. 1435 et 1436 C.c.Q.) auraient pu faire l'objet d'une clarification, comme l'a été la mention manuscrite au Code civil français.

Alors que la LCCJTI ne traite pas des exigences formelles – en fait, elle crée une équivalence des formes par laquelle un écrit peut reposer sur tout support⁴²² et précise que certains contrats qui jusque-là devaient être « écrit » devront maintenant être fait par un écrit *sur support papier* – ce sont des modifications apportées à la L.p.c en 2006 qui ont établi un cadre formel pour la conclusion des contrats électroniques. Ce cadre implique notamment des obligations d'information ainsi que la formation du contrat par étapes successives.

Notre tour d'horizon révèle que la reconnaissance de l'écrit électronique ne s'accompagne généralement pas de considérations d'ordre formel. Ce n'est que dans un second temps que celles-ci seront prises en compte, principalement en droit de la consommation – voir les exemples de la France et du Québec. De par leur vocation commerciale, les instruments internationaux n'en font pas mention, si ce n'est pour signifier que l'imposition d'un tel formalisme constituerait un frein au commerce.

En général, nous notons que la reconnaissance de l'écrit électronique se fait par étapes, comme s'il s'agissait d'appivoiser la méthode. Ainsi, les premiers questionnements se sont faits relativement à la preuve des documents sous forme électronique. La position était alors d'inviter les législateurs à ne pas empêcher leur présentation en preuve pour cette seule raison, voire même de créer un régime spécifique. Ensuite, des instruments plus complets sont venus opérer une assimilation entre les notions déjà existantes d'écrit, d'original et de signature et des documents électroniques. Au plan formel, les premiers instruments étant relatifs au commerce international, les qualités solennelles de l'écrit ont été marginalisées. Ce n'est qu'en droit interne, tant en France qu'au Québec, que des exigences de forme ont été adaptées à l'électronique ou qu'un mode de contracter par voie électronique a été prescrit.

⁴²² LCCJTI, art. 2.

CHAPITRE 2 – L’écrit électronique en droit québécois

Après avoir présenté l’historique et l’état des lieux législatifs en matière d’écrit électronique, il convient d’examiner plus précisément le droit québécois en la matière, dans une perspective plus pratique. Pour ce faire, nous croyons important de préciser ce que signifie le critère d’intégrité, qui assure, selon la LCCJTI, l’équivalence fonctionnelle entre un écrit sur support papier et un écrit sur support électronique (1). Nous analyserons ensuite les dispositions particulières relatives au régime de preuve des écrits électroniques (2).

Section 1 – L’intégrité comme critère d’équivalence fonctionnelle

Le critère d’intégrité constitue la clef de voûte de la reconnaissance de l’écrit électronique. Il s’agit du critère d’équivalence fonctionnelle qui a été choisi dans la LCCJTI pour conditionner l’assimilation d’un écrit à un document technologique. Il devient alors crucial d’en déterminer la signification, à un moment où de plus en plus de documents potentiellement appelés à être mis en preuve se dématérialisent. Nous étudierons d’abord la signification du critère d’intégrité dans le cadre de sa conservation (1) puis nous nous intéresserons aux dispositions pertinentes de la LCCJTI qui établissent des responsabilités relativement au maintien de l’intégrité des documents tout au long de son cycle de vie (2).

1) Le critère d’intégrité et la conservation des documents électroniques

« Digital information lasts forever – or five years, whichever comes first. »⁴²³

La notion d’intégrité est bien entendue dans les domaines des sciences de l’information et de l’informatique, et l’empreinte sur la LCCJTI y est manifeste. Pour ces disciplines, l’intégrité signifie l’absence d’altération – accidentelle ou intentionnelle – d’un objet. Elle se conçoit dans un rapport au temps : la conservation d’un écrit de façon à garantir son intégrité

⁴²³ Jeff ROTHENBERG, « Digital Information Lasts Forever – Or Five Years, Whichever Comes First », 2 octobre 2001, en ligne : <<http://www.amipaperless.com/dps/rothenberg-arma.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

« permet d'appréhender l'écrit de la création de l'enregistrement informatique jusqu'à l'expiration de son délai de conservation et parfois sa destruction. Dès lors, la fonction intrinsèque d'intégrité de l'acte sous forme électronique est assurée pendant tout son cycle de vie. »⁴²⁴

Eric Caprioli pose que la « finalité essentielle de la conservation »⁴²⁵ est la restitution. La conservation doit conséquemment garantir, d'une part, la restitution lisible et intelligible du document⁴²⁶, et, d'autre part, son accessibilité pour une consultation ultérieure. Cette dernière notion est le critère d'équivalence fonctionnelle de l'écrit principalement retenu dans les juridictions de common law, et renvoie à la durabilité de l'écrit⁴²⁷. Le critère de la consultation ultérieure se trouverait alors subsumé dans celui de l'intégrité, du fait de l'implication temporelle de l'exigence de conservation de l'intégrité :

« la notion de conservation ainsi exigée [par l'article 1316-1 C.c.Fr.] renvoie à celle d'accessibilité ultérieure du document étant donnée que l'intégrité demeure une fonction intrinsèque de l'écrit électronique pour qu'il vaille preuve. »⁴²⁸

Il est pertinent d'apporter quelques précisions sur la conservation. Ainsi, sur la relation entre *conservation* et *archivage*, Caprioli explique que

« lorsqu'on emploie le verbe conserver ou le mot conservation, *l'idée sous-jacente est de conférer une dimension juridique au simple fait d'archiver*. Il s'agit en simplifiant de l'action de maintenir intacts les documents et de les préserver de toute altération, modification ou destruction, mais en termes juridiques, cette opération matérielle doit également respecter des règles de façon à assurer la sauvegarde d'un droit. »⁴²⁹

⁴²⁴ Eric A. CAPRIOLI, « Traçabilité et droit de la preuve électronique », (mai 2001) 93 *Droit & Patrimoine* 68, p. 2, en ligne : <http://caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/tracabilite/edocs_tracabilite_dtpreuve.pdf> (accédé le 31 août 2009). Voir aussi Philippe PEDROT (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003.

⁴²⁵ E.A. CAPRIOLI, préc., note 424, p. 2.

⁴²⁶ Voir la FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation - Conservation électronique des documents*, décembre 2005, en ligne : <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-archivage-20051201.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

⁴²⁷ E.A. CAPRIOLI, préc., note 424, p. 7.

⁴²⁸ *Id.*

⁴²⁹ Éric A. CAPRIOLI, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les incertitudes du droit*, Montréal, Thémis, 1999, p. 25, à la page 29 (nos italiques).

Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une distinction. Si l'archivage a une perspective plus historique, il n'en est pas pour autant dépouillé de dimension juridique⁴³⁰. La finalité de la conservation est identifiée comme la sauvegarde d'un droit. La restitution de la trace probante, qui est la vocation de l'écrit probatoire, met donc en relation deux qualités qui étaient auparavant réunies dans le cadre d'un document papier : l'intégrité et la pérennité. À l'opposé, les technologies de l'information et leurs rapides développements font de la conservation une opération continue tout au long du cycle de vie des documents. En conséquence, il faut être en mesure de suivre l'acte « à la trace »⁴³¹.

Les défis de la conservation de l'intégrité des documents électroniques s'apprécie lorsque l'on considère la profondeur des différences entre le papier et le support électronique. Ainsi, avant d'être directement intelligible par l'humain,

« l'affichage d'une information numérique est le résultat d'une suite complexe de traitements intervenant dans différentes couches de l'ordinateur (couches physiques, de structure, sémantiques...). C'est par le biais d'une superposition de matériels, de logiciels, de systèmes d'exploitation, de périphériques, que, à un moment donné, pourra être affiché de par leur interaction harmonieuse, l'écrit. »⁴³²

L'écrit électronique est donc issu d'une combinaison précise de ces divers éléments. Compte tenu d'une vitesse d'évolution différente pour chacun de ces éléments, la conservation du document ne s'opère pas en figeant l'information, mais plutôt en « conservant la capacité à la représenter dans l'environnement matériel et logiciel qui sera alors utilisé »⁴³³. Ainsi, le maintien de l'intégrité implique beaucoup plus que de « conserver tel quel » un document. Il s'agit d'une opération dynamique, et conséquemment beaucoup plus complexe. L'intégrité à préserver n'est donc pas celle des données binaires constituant le document, qui immanquablement changeront avec toute

⁴³⁰ *Id.*, à la page 30.

⁴³¹ E.A. CAPRIOLI, préc., note 424, p. 8.

⁴³² Françoise BANAT-BERGER et Anne CANTEAUT, « Intégrité, signature et processus d'archivage », dans Stéphanie LACOUR (dir.), préc., note 164, p. 213, à la page 221.

⁴³³ *Id.* Voir aussi DEMOULIN GOBERT (crid 23 ?) p 103 : « [L]e document numérique présente, par rapport au document papier, l'inconvénient majeur de ne pouvoir être directement lisible par l'homme, et de nécessiter l'entremise de moyens informatiques en perpétuelle (r)évolution. »

migration⁴³⁴, mais bien celle du contenu informationnel que représentent ces données binaires – bref, le contenu humainement intelligible (mise en forme, texte...).

Dans sa recommandation sur la conservation électronique des documents, de 2005, le Forum des droits sur l'Internet pose trois conditions cumulatives pour garantir l'intégrité :

- « - la lisibilité du document
- la stabilité du contenu informationnel
- la traçabilité des opérations sur le document »⁴³⁵

La lisibilité d'un document se définit par la capacité à avoir accès à toutes les informations qu'il contient au moment de sa restitution⁴³⁶. Pour maintenir la lisibilité du document, celui-ci doit lui-même être documenté quant à la façon de lire et d'interpréter les données qui le composent. Ces informations sont les métadonnées⁴³⁷. Elles permettent de « redonner un sens à ce que l'on est censé pérenniser »⁴³⁸. Ces métadonnées sont de divers ordres, et permettent notamment de déterminer la structure de la base de données dans laquelle les données sont conservées, afin de pouvoir reconstituer leur sens – et le document. Ces métadonnées sont dites « descriptives » ou « de contenu ». Les métadonnées peuvent aussi être « contextuelles » (origine et historique des versions du document), « de gestion » (date du versement à la base de données, responsables) ou « techniques ». Dans ce dernier cas, les informations permettent d'identifier le formatage

⁴³⁴ F. BANAT-BERGER et A. CANTEAUT, préc., note 432, à la page 222. La migration est une des méthodes de préservation de l'information numérique. Elle s'entend de l'« [o]pération qui consiste à passer d'un environnement à un autre, ou encore de la version d'un logiciel de base à une autre version, en effectuant les adaptations nécessaires pour que l'ensemble du système continue de fonctionner adéquatement. » : OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 140, v° « Migration ».

⁴³⁵ FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, préc., note 426, p. 20.

⁴³⁶ *Id.*

⁴³⁷ Le *Grand dictionnaire terminologique* définit une métadonnée comme une « [d]onnée qui renseigne sur la nature de certaines autres données et qui permet ainsi leur utilisation pertinente. » Il note de plus que « Dans la perspective des entrepôts de données, les métadonnées sont un élément primordial et sont destinées à diverses catégories d'utilisateurs. Elles permettent notamment de connaître l'origine et la nature des données stockées dans l'entrepôt, de comprendre comment elles sont structurées, de savoir comment y avoir accès et comment les interpréter, de connaître les différents modèles de données en présence et les règles de gestion de ces données. » : OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 140, v° « Métadonnée ». La notion était présente, comme nous l'avons vu, à la *Recommandation n° 81 (20)*.

⁴³⁸ F. BANAT-BERGER et A. CANTEAUT, préc., note 432, à la page 222.

des données afin de pouvoir reprogrammer l'interpréteur, et en ce sens servent directement à la pérennisation⁴³⁹. L'évolution technologique continue est un véritable défi en ce qui concerne la lisibilité. Celle-ci est « menacée par la double obsolescence du matériel informatique (*hardware*) et des logiciels (*software*) [...] On mesure en effet toute l'inutilité d'une information numérique qui demeurerait à l'état de potentialité parce que son langage de description ne pourrait plus être interprété par aucun système informatique »⁴⁴⁰.

La stabilité du contenu informationnel est la garantie que les informations portées par le document restent les mêmes. « Le contenu informationnel s'entend de l'ensemble des informations, quelle que soit leur nature ou leur origine, issues du document et, le cas échéant, de sa mise en forme. »⁴⁴¹ Certaines mises en forme évoluées peuvent poser des difficultés particulières et complexifier la mise en œuvre de la garantie de stabilité⁴⁴². Puisque ce qui importe est de conserver l'intégrité de l'information, l'écrit peut dès lors se détacher de la notion de support – et parallèlement, l'original, de son unicité.

À cet égard, « [l]a traçabilité désigne la faculté de présenter et de vérifier l'ensemble des traitements, opérés sur le document lors du processus de conservation »⁴⁴³. Les informations de traçabilité doivent permettre la tenue d'un audit du système afin d'évaluer la sécurité. Elles comprennent les modalités de la convention de services d'archivage, les responsables et responsabilités, la documentation relative aux migrations (« tests, résultats des tests, quel opérateur s'en est occupé, réversibilité des migrations, conservation ou non des documents et données dans le format originel... »⁴⁴⁴). Ces exigences de natures organisationnelles, fonctionnelles, juridiques et techniques,

⁴³⁹ *Id.*, aux pages 222 et 223, pour tout ce paragraphe.

⁴⁴⁰ Marie DEMOULIN et Didier GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : Comment raviver la mémoire ? », dans Marie DEMOULIN, Didier GOBERT et Étienne MONTERO, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 101, aux pages 104 et 105.

⁴⁴¹ FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, préc., note 426, p. 20.

⁴⁴² Par exemple, les formules mathématiques : F. BANAT-BERGER et A. CANTEAUT, préc., note 432, à la page 226.

⁴⁴³ FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, préc., note 426, p. 20.

⁴⁴⁴ F. BANAT-BERGER et A. CANTEAUT, préc., note 432, aux pages 226 et 227.

permettent de conserver la valeur probante des données⁴⁴⁵. Elles ont fait l'objet en France d'une étude conjointe dirigée par la Direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI)⁴⁴⁶.

Éric Caprioli place la traçabilité très près de la notion de cycle de vie de l'information : l'écrit est une « trace probante ». Il est central au droit de la preuve en ce sens que celui-ci, dans un système civiliste, exige qu'il soit possible d'établir à qui un acte juridique est imputable et qu'il soit « l'exacte restitution du contenu de l'acte à la date à laquelle il a été passé »⁴⁴⁷. Ainsi,

« [L]es conditions d'une traçabilité probatoire résident [...] dans la garantie de l'intégrité de l'écrit de son établissement à sa restitution. Sous cet angle, la traçabilité doit permettre l'identification des personnes dont l'acte émane, quand et à quel contenu les parties ont consenti. »⁴⁴⁸

L'intégrité doit donc être conçue dans un rapport au temps. Un retour sur la notion d'original le démontre clairement. Caprioli note qu'« [a]vec le support papier, la notion de trace intègre était caractérisée par « l'original » »⁴⁴⁹. Or les technologies de l'information ne peuvent rendre compte à l'exact de cette notion, l'original sur support papier étant fortement associé à l'idée d'unicité. Cependant, ce qui caractérise l'original est avant tout le caractère intact de l'information qu'il contient, depuis sa confection : il est contemporain de l'acte juridique qu'il porte. Cette caractéristique se transpose à l'écrit électronique par les notions d'intégrité et de fidélité⁴⁵⁰. Il cite à cet égard la *Loi type sur le commerce électronique*⁴⁵¹ de la CNUDCI et les modifications qui venaient alors d'être apportées au Code civil luxembourgeois, qui attribuent à l'original la fonction d'intégrité.

⁴⁴⁵ *Id.*, à la page 227.

⁴⁴⁶ DIRECTION CENTRALE DE LA SÉCURITÉ DES SYSTÈMES D'INFORMATION, ARCHIVES DE FRANCE et DIRECTION GÉNÉRALE DE LA MODERNISATION DE L'ÉTAT, *Archivage électronique sécurisé - Outils méthodologiques pour la sécurité des systèmes d'information*, 2006, en ligne : <<http://www.ssi.gouv.fr/fr/confiance/archivage.html>> (accédé le 31 août 2009), cité dans F. BANAT-BERGER et A. CANTEAUT, préc., note 432, à la page 227.

⁴⁴⁷ E.A. CAPRIOLI, préc., note 424, p. 2.

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 5.

⁴⁵⁰ *Id.* L'auteur note que « ce sont les écrits qui doivent être intègres voire fidèles, les moyens utilisés devant être *fiabls*. » Nos italiques ; référence omise. Notons que la « fidélité » était une exigence des reproductions par micrographie.

⁴⁵¹ Précitée, note 230.

L'original est le témoin privilégié du maintien de l'intégrité d'un document depuis sa création, et le droit de la preuve y accorde en conséquence une place centrale⁴⁵².

L'intégrité a toujours eu ce rapport au temps, comme le démontre la notion d'original. Ce rapport est plus saillant du fait des défis et des implications de la conservation des documents électroniques. Contrairement au document papier, qui porte sur lui la preuve de son intégrité, celle du document électronique sera assurée par des éléments de preuve qui lui sont externes. La conservation de l'écrit doit donc, en plus de maintenir la lisibilité et assurer la stabilité de son contenu, démontrer, par la traçabilité (documentation) des opérations sur le document, qu'aucun événement n'a pu altérer le contenu du document.

2) L'intégrité et la notion du cycle de vie du document dans la LCCJTI

Les notions d'intégrité et de cycle de vie de l'information sont intimement liées dans la LCCJTI. D'une part, l'intégrité est édictée comme le critère d'équivalence fonctionnelle que doit rencontrer un document pour avoir la même « valeur juridique »⁴⁵³ qu'un écrit sur support papier. D'autre part, exiger l'intégrité implique, comme nous l'avons vu à la sous-section précédente, de pouvoir s'assurer que l'information originelle n'a pas été altérée depuis sa création. La notion de cycle de vie, issue des sciences de l'information et de la gestion documentaire⁴⁵⁴, établit le cadre dans lequel interagissent temps et intégrité.

L'article 6 LCCJTI définit ainsi l'intégrité en référant à la notion de cycle de vie du document :

« 6. L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.

L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa

⁴⁵² Voir à cet effet l'article 2860 C.c.Q. :

⁴⁵³ L'article 5 al. 2 LCCJTI pose que « [l]e document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit. »

⁴⁵⁴ Stéphane CAÏDI, "La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information", (2004) 9-1 *Lex Electronica*, p. 74 et suiv., en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/caidi.htm>> (accédé le 31 août 2009). Cette publication correspond au mémoire de maîtrise de l'auteur.

transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction.

Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie. »

La section de la LCCJTI intitulée « Maintien de l'intégrité du document au cours de son cycle de vie » comporte quatre sous-sections relatives à autant d'événements du cycle de vie d'un document, à savoir le transfert, la conservation, la consultation et la transmission. Le maintien de l'intégrité de l'information obéit à certaines particularités à chacune de ces étapes. Nous étudierons plus précisément la conservation et le transfert, vu leur aspect central⁴⁵⁵.

Selon l'article 19 LCCJTI, une personne tenue de conserver un document « [...] doit [en] assurer le maintien de son intégrité et veiller à la disponibilité du matériel qui permet de le rendre accessible et intelligible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné ». La durée de la conservation sera donc relative à sa durée de vie utile et dépendra généralement des délais de prescriptions applicables⁴⁵⁶.

Pour maintenir l'intégrité des documents dans le temps, il peut être nécessaire de mettre à jour l'environnement technologique des documents électroniques. Il s'agit d'un aspect actif du maintien de l'intégrité, qui pourrait être comparé, par exemple, à la protection continue des livres rares nécessitant des conditions de conservation précises. Les documents, au risque de voir leur intégrité compromise, doivent alors subir une *migration*. La LCCJTI encadre cet événement du cycle de vie d'un document en précisant de quelle façon la conservation de l'intégrité lors du transfert devra se démontrer :

⁴⁵⁵ Nous pouvons toutefois brièvement noter, quant à la consultation, que l'article 23 LCCJTI pose que « Tout document auquel une personne a droit d'accès doit être intelligible, soit directement, soit en faisant appel aux technologies de l'information ». Voir aussi l'art. 26 al. 2 LCCJTI, qui établit les obligations d'un prestataire de services ayant la garde d'un document.

Quant à la transmission, elle doit aussi être à même de préserver l'intégrité du document. Encore ici, la documentation de l'opération sera nécessaire afin de démontrer le maintien de l'intégrité à cette étape. La LCCJTI prescrit à l'article 30 al. 1 que, « [p]our que le document technologique reçu ait la même valeur que le document transmis, le mode de transmission choisi doit permettre de préserver l'intégrité des deux documents. La documentation établissant la capacité d'un mode de transmission d'en préserver l'intégrité doit être disponible pour production en preuve, le cas échéant.

[...] »

⁴⁵⁶ M. DEMOULIN et D. GOBERT, préc., note 440, aux pages 122 et 123.

17. L'information d'un document qui doit être conservé pour constituer une preuve, qu'il s'agisse d'un original ou d'une copie, peut faire l'objet d'un transfert vers un support faisant appel à une technologie différente.

Toutefois, sous réserve de l'article 20, pour que le document source puisse être détruit et remplacé par le document qui résulte du transfert tout en conservant sa valeur juridique, le 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.

La documentation comporte au moins la mention du format d'origine du document dont l'information fait l'objet du transfert, du procédé de transfert utilisé ainsi que des garanties qu'il est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité, tant du document devant être transféré, s'il n'est pas détruit, que du document résultant du transfert.

La documentation, y compris celle relative à tout transfert antérieur, est conservée durant tout le cycle de vie du document résultant du transfert. La documentation peut être jointe, directement ou par référence, soit au document résultant du transfert, soit à ses éléments structurants ou à son support.

Le premier alinéa illustre le principe de l'interchangeabilité des supports : un document peut faire l'objet d'un changement de support sans que, en principe, soit portée atteinte à sa capacité de faire preuve. Les informations comprises dans la documentation dont il est fait état aux 2^e, 3^e et 4^e alinéas sont des métadonnées, au sens que nous avons établi à la sous-section précédente. Elles assurent d'une part, l'« auditabilité » de l'environnement technologique du document et d'autre part, la traçabilité du document. Il devient donc possible de suivre pas à pas les événements du cycle de vie d'un document, afin de démontrer, au moment de la restitution, que le document a conservé son intégrité depuis sa création. L'article 18 LCCJTI vient pour sa part assurer qu'un document résultant d'un transfert effectué selon l'article 17 de la même loi (transfert suite auquel le document *source*⁴⁵⁷ a été détruit⁴⁵⁸) ne puisse être contesté sur la seule base qu'il n'est pas le

⁴⁵⁷ Notons que le mot « original » n'est pas utilisé. La fonction « être un document source » n'est qu'une des trois fonctions attribuées à l'original par l'article 12 LCCJTI :

« 12. Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original. À cette fin, son intégrité doit être assurée et, lorsque l'une de ces fonctions est d'établir que le document :

1° est la source première d'une reproduction, les composantes du document source doivent être conservées de sorte qu'elles puissent servir de référence ultérieurement ;

document « dans sa forme originale »⁴⁵⁹. Rien n'interdit qu'un document fasse l'objet de plusieurs transferts consécutifs, auquel cas la documentation de tous les transferts devra être conservée.

La LCCJTI est silencieuse au sujet de la technique de l'*émulation*⁴⁶⁰. Un peu à l'inverse de la migration, l'émulation recrée « virtuellement l'environnement, même obsolète, dans lequel les données ont été créées »⁴⁶¹. La LCCJTI ne semble pas traiter de cette méthode, qui ne semble pas véritablement être qualifiée de transfert. Quoiqu'il en soit, l'utilisation de la méthode devrait être accompagnée d'une garantie de fiabilité quant à sa capacité à restituer un document qui respecte les trois conditions de l'intégrité examinées ci-dessus. Dans le cas de documents qui avaient perdus leur lisibilité, par exemple par obsolescence, on pourra presque parler d'une intégrité reconstituée et il faudra, de même, démontrer que la technique utilisée pour « remémorer » l'information est propre à garantir une restitution fiable⁴⁶².

2° présente un caractère unique, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet d'affirmer le caractère unique du document, notamment par l'inclusion d'une composante exclusive ou distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction du document ;

3° est la forme première d'un document relié à une personne, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet à la fois d'affirmer le caractère unique du document, d'identifier la personne auquel le document est relié et de maintenir ce lien au cours de tout le cycle de vie du document.

Pour l'application des paragraphes 2° et 3° du premier alinéa, les procédés de traitement doivent s'appuyer sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68. »

⁴⁵⁸ Conformément à l'article 20 LCCJTI et sous réserve des exceptions qu'il formule.

⁴⁵⁹ Art. 18 LCCJTI. Il pourra toutefois être contesté pour tout défaut de documentation (comme l'ont par exemple été des documents microfilmés dans la cause *Banque Nationale du Canada c. Simard*, préc., note 147).

⁴⁶⁰ Pour un survol de la question, voir John ROTHENBERG, *Using Emulation to Preserve Digital Documents*, La Haye, Koninklijke Bibliotheek, 2000, 69 pages, en ligne : <<http://www.kb.nl/pr/publ/usingemulation.pdf>> (accédé le 31 août 2009).

⁴⁶¹ M. DEMOULIN et D. GOBERT, préc., note 440, à la page 106.

⁴⁶² C'est par exemple ce que laisse croire la décision *Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau*, 2009 QCCS 404 (CanLII), où les données d'un agenda électronique datant de 1995 étaient demeurées inaccessibles jusqu'à l'audience, malgré le recours à des techniciens. Le défendeur avait alors « eu l'idée de procéder d'une nouvelle façon afin de pouvoir en retirer des informations » (§ 75). Une preuve dont il n'est pas fait mention au jugement permet au juge de conclure « que les copies de relevés d'agendas électroniques [...] sont complètes et reflètent fidèlement le contenu desdits agendas sur support électronique. Leur transfert sur papier reflète de façon adéquate les informations qui y ont été insérées. » Le manque de détail sur la preuve technique ayant permis de retrouver ces informations rend la décision critiquable, en ce sens qu'un raccourci semble avoir été pris dans le raisonnement.

À toute étape de son cycle de vie, l'intégrité d'un document doit être maintenue. Plus particulièrement, l'environnement technologique du document devra être en mesure de fournir des garanties d'intégrité durant sa conservation, et la preuve de cela se trouvera dans sa documentation. La personne tenue de conserver un document est responsable du maintien de son intégrité pendant toute la période où elle en a la garde – et donc de documenter celle-ci. De la même façon, lorsque l'environnement de conservation devra faire l'objet d'une mise à niveau, la LCCJTI impose au responsable de documenter le transfert afin de pouvoir établir le maintien de l'intégrité. Il s'agit en fait de créer une chaîne de titre de l'intégrité⁴⁶³.

Plus que le simple constat de non-altération de l'information, l'intégrité se conçoit dans un rapport au temps. Si, en effet, le document doit rester lisible et l'information rester la même, le maintien de ces qualités – et la preuve de ce maintien – exige la traçabilité des opérations dont il a fait l'objet. Ainsi, plus qu'au support originel, c'est à l'intégrité de l'information que le droit attache des effets. La LCCJTI, en établissant le régime de responsabilité afférent au cycle de vie des documents, impose à la personne tenue de conserver un document d'en assurer le maintien de l'intégrité. Afin de restituer la trace probante du document et démontrer que son intégrité a été maintenue, ce responsable devra documenter toute opération sur le document, notamment les transferts. Cette documentation secondaire sera la preuve que l'intégrité d'un document a été assurée à toute étape de son cycle de vie.

Section 2 – La preuve d'un écrit électronique

Le chapitre précédent a expliqué le processus de qualification par lequel un écrit est assimilé à un « document technologique ». La section précédente a, quant à elle, approfondi la signification du critère d'intégrité, condition *sine qua non* de cette

⁴⁶³ Notons cependant la présomption relative à la fiabilité de l'impression sur papier d'un document électronique, créée à la *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 152, art. 31.2(2) : « Malgré le paragraphe (1), sauf preuve contraire, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si la sortie imprimée a de toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire. »

assimilation. Il s'ensuit en principe une unicité de régime pour l'écrit, qu'il soit sur support papier ou électronique. Cependant, la fragmentation de la notion d'écrit électronique complexifie aussi sa mise en preuve. Comme nous l'avons vu, la neutralité technologique peut signifier que, pour atteindre des objectifs similaires entre les environnements papier et électronique, des règles différentes, adaptées à leurs particularités, peuvent être nécessaires. Dans le cadre général de la preuve par écrit, seront ainsi étudiés (1) la portée de la présomption d'intégrité de l'article 2840 C.c.Q. et (2) le régime de contestation de l'écrit électronique.

1) La portée de la présomption de l'article 2840 C.c.Q

Afin d'établir un régime probatoire pour l'écrit électronique qui soit fonctionnellement équivalent à celui de l'écrit papier, le législateur a eu recours au procédé de la présomption. L'article 2840 C.c.Q. figure à la section « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ». Il établit une présomption d'intégrité et établit la façon de la contester.

« 2840. Il 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'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. »⁴⁶⁴

Tant la doctrine que la jurisprudence ont de la difficulté à interpréter cet article, qui, nous en convenons, n'est pas d'un abord aisé. Tout comme l'article lui-même, cette partie de l'exposé plan se divise selon la portée de la présomption créée et sa contestation.

Selon Claude Fabien, la présomption créée à l'article 2840 C.c.Q. est critiquable car elle aurait pour effet de placer le document technologique au même rang que l'acte authentique⁴⁶⁵. Rappelant que la recevabilité de tout élément de preuve est sujette à l'établissement de sa fiabilité, et que celle-ci se démontre par la preuve de l'authenticité

⁴⁶⁴ Cet article reprend l'article 7 LCCJTI, à la différence près que ce dernier parle de l'*admission* d'un document plutôt que de son *admissibilité*. Hormis cette divergence, soulignons que l'article 2840 C.c.Q. s'applique à la preuve par écrit, alors que l'article 7 LCCJTI a une application plus large, s'appliquant à tout document technologique mis en preuve, peu importe le moyen de preuve qu'il emprunte.

⁴⁶⁵ C. FABIEN, préc., note 395, 573.

dudit élément, il conclut que l'article 2840 C.c.Q. « [permettrait] à une partie d'opposer à un cocontractant ou même à un tiers étranger, un document technologique, sans preuve d'authenticité ou d'intégrité, alors qu'il demeure chargé d'une telle preuve lorsqu'il présente un écrit papier »⁴⁶⁶. Une telle interprétation serait effectivement exorbitante du droit commun. Elle tient cependant à une confusion quant à l'objet de la présomption. Fabien la résume en ces termes : « [o]n ne sait plus si l'intégrité est synonyme d'authenticité, si elle est distincte ou si elle est incluse dans la notion d'authenticité »⁴⁶⁷. Nous sommes d'avis que la présomption de l'article 2840 C.c.Q. n'emporte pas dispense de faire la preuve de l'authenticité de l'écrit – bref, pour reprendre le mot de Fabien, que l'intégrité est « incluse » dans la notion plus vaste de l'authenticité⁴⁶⁸. L'intégrité du document technologique est une condition nécessaire mais non suffisante à sa recevabilité. Les notions d'authenticité et d'intégrité ne sont pas équivalentes. La conception classique⁴⁶⁹ de l'authenticité d'un écrit est à l'effet que 1- « la source apparente est la source réelle »⁴⁷⁰ (qu'il émane véritablement de la personne qui y est identifiée) et 2- son contenu n'a pas subi de modification depuis sa confection (son intégrité a été conservée). Ces deux preuves sont faites par un témoin venant reconnaître l'écrit comme tel ou par un aveu de la partie adverse⁴⁷¹.

Comme nous l'avons vu à la section précédente, le critère d'intégrité s'attache au seul aspect informationnel du document. L'article 2839 al. 1 C.c.Q., décrivant l'intégrité, est

⁴⁶⁶ *Id.*

⁴⁶⁷ *Id.*, 583.

⁴⁶⁸ Vincent GAUTRAIS, « Les contrats électroniques au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p.5, à la page 23, parle d'un cumul des conditions d'intégrité et d'authenticité pour les seuls documents technologiques.

⁴⁶⁹ Voir par exemple L. DUCHARME, préc., note 204, n° 477, p. 192 et 193 : « Dans le cas d'un document papier qui constate un écrit sous seing privé, pour que ce document puisse faire preuve de son contenu, il faut au préalable que son authenticité soit établie. Cette preuve, qui est à la charge de celui qui l'invoque en vertu de l'article 2828 C.c.Q., implique la démonstration des deux faits suivants : que l'écrit émane bien des personnes qui paraissent l'avoir signé et que le document n'a pas été altéré depuis qu'il a été rédigé. »

⁴⁷⁰ C. FABIEN, préc., note 395, 571.

⁴⁷¹ *Id.*, 572.

clair à cet effet⁴⁷². L'authenticité serait ainsi une fonction attribuée à la signature⁴⁷³. L'intégrité n'est conséquemment rien de plus que le critère d'équivalence fonctionnelle retenu par la LCCJTI pour qualifier un document technologique d'écrit. Une fois cette assimilation opérée, « l'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document », selon les termes de l'article 2837 al. 1 C.c.Q.. Indifféremment du support de cet écrit, sa mise en preuve se fait en vertu du même régime, et sa recevabilité reste sujette à une preuve distincte d'authenticité.

L'argument selon lequel le Code civil français intègre les deux composantes de l'authenticité dans sa définition de l'écrit à l'article 1316-1 C.c.Fr. (identification de la source dont l'écrit émane et intégrité de l'écrit), alors que la LCCJTI ne se contenterait que du critère d'intégrité⁴⁷⁴ se voit ainsi expliqué : c'est au stade de la recevabilité et non de la qualification que se prouve l'origine de l'écrit. Ceci tient à la différence des méthodes utilisées par les législateurs français et québécois pour intégrer l'écrit électronique : le premier a utilisé la définition alors que le second a utilisé une méthode d'assimilation et a attribué la fonction d'identification de la source à la signature.

La question de la portée de la présomption d'intégrité n'est pas épuisée pour autant. Si, des deux volets de l'authenticité, la présomption ne dispense pas de la preuve de la concordance entre la source apparente de l'écrit et sa source véritable⁴⁷⁵, est-ce à dire qu'elle dispense de faire la preuve que l'information n'a pas été altérée ? Encore ici, notre réponse pointe vers une portée restreinte de la présomption de l'article 2840 C.c.Q..

⁴⁷² « 2839. L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue (*sic*). »

⁴⁷³ V. GAUTRAIS, préc., note 468, aux pages 24 et 25. Le *Code civil du Québec* attribue à la signature les fonctions d'identification et de manifestation du consentement : « 2827. La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

⁴⁷⁴ C. FABIEN, préc., note 395, 583.

⁴⁷⁵ L. DUCHARME, préc., note 204, n° 477-479, p. 192 et 193 : « À notre avis, cette présomption vise uniquement à dispenser celui qui l'invoque d'avoir à démontrer, *une fois qu'il a été établi que le document émane bien de celui qui paraît l'avoir signé*, d'avoir à démontrer qu'il n'a pas été altéré. » (nos italiques). Nous sommes toutefois en désaccord quant à ce qui est ainsi présumé intègre.

Il faut d'abord souligner les termes utilisés par l'article 2840 C.c.Q. *in limine* : « Il 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 [...] ». Ce ne sont donc que les *supports, procédés, systèmes* et *technologies* qui sont visés, soit ce qu'il convient d'appeler l'« environnement technologique » du document. La distinction entre l'information d'un document et son support constitue l'énoncé premier de l'article 3 LCCJTI, selon lequel « [u]n document est constitué d'information portée par un support. ») et est reprise à l'article 2839 al. 1 C.c.Q. sur l'intégrité :

« L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue (*sic*). »

Selon cet article, l'intégrité d'un document est tributaire de deux conditions : 1- l'information n'est pas altérée et 2- son support est à même de la lui garantir en lui procurant stabilité et pérennité. Ce n'est qu'à cette deuxième condition que se rattache la présomption de l'article 2840 C.c.Q.. C'est aussi l'avis de Jean-Claude Royer, pour qui « l'article 89(4) C.p.c., comme les articles 2840 C.c.Q. et 7 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, ne concerne que l'intégrité du support du document et non l'intégrité du contenu »⁴⁷⁶.

La comparaison de ces dispositions du *C.c.Q.* avec celles de la *Loi sur la preuve au Canada*⁴⁷⁷ nous conforte dans cette interprétation. En 2000, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁴⁷⁸ a modifié la *Loi sur la preuve au Canada* pour notamment y ajouter les articles 31.1 à 31.8 *L.P.*, relatifs aux

⁴⁷⁶ Jean-Pierre ROYER, *La preuve civile*, 4^e éd. par Jean-Pierre ROYER et Sophie LAVALLÉE, Cowansville, Yvon Blais, 2008, n° 407, p. 281.

⁴⁷⁷ Préc., note 152 (ci-après « L.P. »). Les dispositions pertinentes de cette loi sont applicables « à toutes les procédures pénales et civiles ainsi qu'à toutes les autres matières de compétence fédérale » (art. 2), ce qui peut constituer un vaste champ d'application, comprenant notamment les droits fiscal, de la propriété intellectuelle et de la faillite et insolvabilité.

⁴⁷⁸ L.C. 2000, c. 5

documents électroniques⁴⁷⁹. Les articles 31.1 à 31.3 *L.P.* ont pour effet de créer une présomption similaire à celle que l'on retrouve à l'article 2840 C.c.Q..

Dans un premier temps, l'article 31.1 *L.P.* pose l'exigence de démontrer l'authenticité d'un document électronique que l'on entend mettre en preuve⁴⁸⁰. Dans un deuxième temps, l'article 31.2 *L.P.* pose l'exigence de fiabilité de l'environnement du document électronique comme condition du respect de la règle de la meilleure preuve (qui se trouve donc modifiée, mais toujours applicable). Ce « détour » par la règle de la meilleure preuve est une fiction permettant de respecter cette règle tout en l'adaptant à l'ère des documents électroniques. Dans ses effets, l'opération nous paraît l'équivalent de l'expression « valeur juridique » que l'on retrouve à la LCCJTI. L'article 31.2 *L.P.* pose ainsi que

(1) Tout document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve dans les cas suivants :

a) la fiabilité du système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel le document est enregistré ou mis en mémoire est démontrée; [...] »

Enfin, dans un troisième et dernier temps, la loi crée une présomption réfragable⁴⁸¹ de fiabilité du système d'archivage électronique - de *l'environnement* – du document, s'il est établi :

« 31.3 Pour l'application du paragraphe 31.2(1), *le système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel un document électronique est enregistré ou mis en mémoire est réputé fiable, sauf preuve contraire, si*, selon le cas :

a) la preuve permet de conclure qu'à l'époque en cause, *le système informatique ou autre dispositif semblable fonctionnait bien*, ou, dans le cas contraire, son mauvais fonctionnement n'a pas compromis l'intégrité des documents électroniques, et qu'il n'existe aucun autre motif

⁴⁷⁹ À ce jour, aucune décision n'a interprété ces dispositions.

⁴⁸⁰ « 31.1 Il incombe à la personne qui cherche à faire admettre en preuve un document électronique d'établir son authenticité au moyen d'éléments de preuve permettant de conclure que le document est bien ce qu'il paraît être. »

⁴⁸¹ Si le texte français utilise l'expression « *réputé fiable, sauf preuve contraire* », la formulation anglaise de l'article laisse mieux comprendre la présomption opérée :

« 31.3 For the purposes of subsection 31.2(1), in the absence of evidence to the contrary, *the integrity of an electronic documents system by or in which an electronic document is recorded or stored is proven*

(a) *by evidence capable of supporting a finding that at all material times the computer system or other similar device used by the electronic documents system was operating properly [...]* » [nos italiques].

raisonnable de mettre en doute la fiabilité du système d'archivage électronique; [...] »⁴⁸²

Bien que ce dernier alinéa soit potentiellement nébuleux⁴⁸³ et que la présomption de l'article 31.3 L.P. nécessite une preuve minimale pour s'appliquer alors que l'article 2840 C.c.Q. n'en demande pas, c'est surtout l'illustration de la mécanique de ces articles qui est pertinente. L'article 31.1 L.P. établit clairement que celui qui entend produire un document électronique doit en prouver l'*authenticité*, c'est-à-dire que le document est bien ce qu'il prétend être. La présomption de l'article 31.3 L.P. n'a pour effet que de faire de la preuve du bon fonctionnement du système informatique, la preuve de la fiabilité du système d'archivage électronique (en anglais, « the *integrity* of an electronic documents system »). La preuve de l'authenticité du document en lui-même reste à faire, de même que la preuve de l'intégrité des données.

Nous sommes d'avis que la présomption créée par l'article 2840 C.c.Q. a une portée similaire. Elle n'affecte pas la nécessité, pour celui qui entend le mettre en preuve, d'établir l'authenticité de l'origine du document ; elle ne vise donc que l'aspect

⁴⁸² Il apparaît plus clairement du texte anglais que la condition supplémentaire « qu'il n'existe aucun autre motif raisonnable de mettre en doute la fiabilité du système d'archivage électronique » ne s'applique qu'à la seconde condition alternative traitant du cas où malgré le mauvais fonctionnement du système, l'intégrité des documents n'a pas été compromise. Le texte anglais se lit ainsi : « [...] the electronic documents system was operating properly or, if it was not, the fact of its not operating properly did not affect the integrity of the electronic document and there are no other reasonable grounds to doubt the integrity of the electronic documents system. »).

Les deux autres alinéas de l'article 31.3 se lisent :

« b) il est établi que le document électronique présenté en preuve par une partie a été enregistré ou mis en mémoire par une partie adverse;

c) il est établi que le document électronique a été enregistré ou mis en mémoire dans le cours ordinaire des affaires par une personne qui n'est pas partie à l'instance et qui ne l'a pas enregistré ni ne l'a mis en mémoire sous l'autorité de la partie qui cherche à le présenter en preuve. »

⁴⁸³ Il est possible d'argumenter qu'un mauvais fonctionnement du système informatique est *en soit* un motif raisonnable suffisant de mettre en doute la fiabilité du système d'archivage électronique, au paragraphe 31.3a) L.P. *in fine*. Ces deux expressions sont définies à l'art. 31.8 L.P. :

« « système d'archivage électronique » Sont assimilés au système d'archivage électronique le système informatique et tout dispositif semblable qui enregistre ou met en mémoire des données ainsi que les procédés relatifs à l'enregistrement ou à la mise en mémoire de documents électroniques.

« système informatique » Dispositif ou ensemble de dispositifs connectés ou reliés les uns aux autres, dont l'un ou plusieurs :

a) contiennent des programmes d'ordinateur ou d'autres données;

b) conformément à des programmes d'ordinateur, exécutent des fonctions logiques et de commande et peuvent exécuter toute autre fonction. »

informationnel du document. Plus encore, la présomption ne dispense pas de prouver que le contenu informationnel n'a pas fait l'objet d'altération. Rappelant la définition que la LCCJTI fait du mot « document » en son article 3 (de l'« information portée par un support »), l'article 2840 C.c.Q. ne vise que le support du document, son environnement technologique.

Le traitement du document électronique devient donc le même que celui d'un document sur support papier. Il n'y a effectivement pas lieu, pour celui qui entend mettre en preuve un écrit sur support papier, de prouver que le papier est à même de conférer la stabilité et la pérennité voulues (pour reprendre les mots de l'article 2839 C.c.Q.) ou que le support d'un contrat sur papier n'a pas fait l'objet d'altération. Cette présomption d'intégrité du « support papier » est un sous-entendu fondamental de nos lois⁴⁸⁴, mais il est nécessaire de garder à l'esprit que cette confiance dans le papier s'est *construite*⁴⁸⁵.

Cette preuve d'intégrité du support ne sera nécessaire que si le contenu de l'écrit est contesté. Une expertise en écriture pourrait alors être sollicitée pour déterminer s'il s'agit ou non d'un faux. Pour un écrit sur papier, une telle preuve, relative au support, n'est faite que dans le cadre d'une contestation préalable du contenu informationnel dudit document. Après tout, « le simple fait qu'une information se retrouve sur un support non sécurisé ne saurait en soi porter atteinte à son intégrité »⁴⁸⁶.

Dans une revue de la jurisprudence relative à l'article 89 C.p.c., Léo Ducharme cite une décision où un défendeur a fait une motion à l'effet que l'écrit mis en preuve avait été « altéré en raturant le mot « par » précédant sa signature et en coupant l'écrit de façon à supprimer le nom de l'entreprise inscrit en dessous »⁴⁸⁷. La contestation du *contenu* du contrat (« L'acte a été signé par le défendeur *ès qualité* et non pas en son nom personnel ») précède la preuve technique relative au *support* (« Il y a eu grattage d'un

⁴⁸⁴ Nous nous permettons de citer à nouveau Jeffrey B. Ritter et Judith Y. Gliniecki : « Because paper was the exclusive medium at the time of promulgation of many of these laws, it is not surprising that regulations assume its use. » : J. B. RITTER et J. Y. GLINIECKI, préc., note 1.

⁴⁸⁵ Sur cette question, voir généralement la section « Affirmation de l'écrit ».

⁴⁸⁶ Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans *Développement récents en droit criminel 2008*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 1, à la page 12.

⁴⁸⁷ Léo DUCHARME, « Du régime de preuve applicable au cas d'altération d'un écrit », (1975) 35(3) R. du B. 375, 377 et 378, au sujet de la décision *Gaudet v. Grimard*, [1967] B.R. 182.

mot : des fibres du papier sont relevées » ; « La coupure au bas de la page n'est pas rectiligne, ce qui laisse croire que des ciseaux ont été utilisés » ; « Une tranche a rendu la bordure inférieure de la page biseautée » ; « La coupure a laissé des traces de déchirement que l'on ne retrouve pas sur les autres bordures de la feuille de papier » ou, plus simplement, « Le format de la feuille est désormais 8½ x 10½ pouces »). Suite à pareille allégation contestant le contenu de l'écrit et s'appuyant sur une preuve technique relative au support de celui-ci, la partie invoquant l'écrit tentera de faire une preuve contraire à l'effet que le support n'a pas subi d'altération depuis la confection de l'écrit. Le débat sur l'intégrité du support n'aura été ouvert que dans le cadre d'une contestation de l'intégrité du contenu.

2) La contestation d'un écrit électronique

L'article 2840 C.c.Q. précise que la présomption d'intégrité est réfragable. Elle peut être renversée :

« Il 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'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. »

La partie invoquant un écrit perdra le bénéfice de la présomption – et devra prouver l'intégrité du support du document – si la partie le contestant réussit à démontrer qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.

Indépendamment de la portée accordée à la présomption établie dans la première partie de la disposition, la seconde partie semble, à sa face même, illogique⁴⁸⁸. S'il est démontré qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document, la « contre-preuve »⁴⁸⁹ de l'intégrité du support est rendue futile :

« [i]l n'est donc pas possible [...] que la démonstration par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité d'un document

⁴⁸⁸ J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 486, à la page 14 ; C. FABIEN, préc., note 395, 575 ; M.-E BÉLANGER, préc., note 396, à la page 27 ; L. DUCHARME, préc., note 204, n° 483, p. 194-195.

⁴⁸⁹ Pour reprendre le mot de C. FABIEN, préc., note 395, 575.

technologique ne termine pas le débat. [...] C'est comme si une fois qu'un navire a coulé, on pouvait encore prouver qu'il était insubmersible. »⁴⁹⁰

Si la partie contestant l'intégrité du document parvient à s'acquitter de son fardeau de preuve et que le tribunal statue en sa faveur, il est trop tard pour tenter de faire la preuve inverse⁴⁹¹. Jean-François De Rico et Dominic Jaar sont aussi d'avis que « les mots "n'établit, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document" [...] semblent impliquer la tenue d'un débat contradictoire au terme duquel le tribunal aura conclu à une atteinte à l'intégrité »⁴⁹².

Afin de sortir de l'écueil et de donner un minimum de sens à ce qui, autrement, n'en aurait pas, Fabien suggère que la mention « par prépondérance de preuve » ne soit qu'une « maladresse de langage »⁴⁹³. Le législateur aurait voulu préciser que « le degré de preuve requis pour renverser la présomption légale [n'est pas] une preuve absolue ou hors de tout doute raisonnable [...], mais bien une preuve qui rende l'hypothèse de l'altération plus probable que celle de son intégrité »⁴⁹⁴. Fabien admet que si telle est la signification de l'article 2840 C.c.Q. *in fine*, son omission aurait eu le même effet : l'article 2804 C.c.Q. aurait trouvé application⁴⁹⁵. Il y aurait donc redondance inutile. En outre, conférer cette signification à l'article 2840 C.c.Q. *in fine* rendrait l'article logiquement et syntaxiquement incorrect : la structure et les mots « Il n'y a pas lieu » et « à moins que » n'auraient plus de raison d'être. Le texte *in fine* établit le « fait retenu », alors que le texte *in limine* définit le « fait présumé »⁴⁹⁶ : le texte *in fine* a donc une portée substantive. De l'absence de contestation naît la présomption que le support est intègre.

⁴⁹⁰ L. DUCHARME, préc., note 204, n° 483, p. 195.

⁴⁹¹ C. FABIEN, préc., note 395, 575.

⁴⁹² J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 486, à la page 14. De même, Fabien fait remarquer que « [l']expression prépondérance de preuve est normalement réservée au cas où la preuve a été produite de manière contradictoire par les deux parties et appréciée de façon finale par le tribunal. » : C. FABIEN, préc., note 395, 573.

⁴⁹³ C. FABIEN, préc., note 395, 575.

⁴⁹⁴ *Id.*

⁴⁹⁵ « 2804. La preuve qui rend l'existence d'un fait plus probable que son inexistence est suffisante, à moins que la loi n'exige une preuve plus convaincante. »

⁴⁹⁶ Voir la rubrique sur la présomption, au chapitre 2 de la première partie.

Nous nous permettons donc une modeste proposition afin de donner un sens à l'article dans son ensemble. Elle repose d'abord sur la portée que nous accordons à l'article 2840 C.c.Q. *in limine*, c'est-à-dire que la présomption ne dispense, pour celui qui invoque un document, que de la preuve de l'intégrité du *support*. Elle implique ensuite que la rédaction de la seconde partie de l'article soit encore plus défectueuse que ce que Fabien envisageait...

Selon notre première prémisse, la partie invoquant un document doit établir son authenticité : 1- que la source apparente est la source réelle et 2- que le document n'a fait l'objet d'aucune altération. Ce n'est que pour ce dernier volet que la présomption de 2840 C.c.Q. joue : il n'est pas nécessaire de mettre en preuve des éléments tendant à démontrer que l'environnement technologique du document permet d'en assurer l'intégrité, si, déjà, l'intégrité de l'information est prouvée ou a fait l'objet d'un aveu.

La seconde hypothèse est, nous l'admettons, plus délicate. Elle suppose une réécriture de cette portion de l'article pour diminuer le seuil nécessaire au renversement de la présomption d'intégrité du support et, partant, du fardeau de la preuve de non intégrité. Notre proposition ferait de l'article 2840 C.c.Q. *in fine* le moyen de renverser la présomption établie *in limine*. Il s'agit de reprendre la structure et la formule de l'article 2828 C.c.Q.⁴⁹⁷ afin que l'article 2840 C.c.Q. *in fine* se lise : « à moins que l'intégrité du document ne soit contestée de la manière prévue au Code de procédure civile ».

Nous faisons bien sûr référence à l'article 89 C.p.c.. Les paragraphes pertinents de cet article se lisent ainsi :

« 89. Doivent être expressément alléguées et appuyées d'un affidavit:

1° la contestation de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous seing privé, ou celle de l'accomplissement des formalités requises pour la validité d'un écrit;

[...]

4° la contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte à son intégrité. Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise les

⁴⁹⁷ « 2828. Celui qui invoque un acte sous seing privé doit en faire la preuve.

Toutefois, l'acte opposé à celui qui paraît l'avoir signé ou à ses héritiers est tenu pour reconnu s'il n'est pas contesté de la manière prévue au Code de procédure civile. »

faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document.

A défaut de cet affidavit, les écrits sont tenus pour reconnus ou les formalités pour accomplies, selon le cas. »

Cet article a pour effet de formaliser les plaidoyers d'altération ou de dénégation d'un écrit ou d'une partie de celui-ci. Une contestation en vertu de l'article 89 C.p.c. renverse le fardeau de la preuve⁴⁹⁸ : l'écrit ainsi contesté devra voir son intégrité prouvée par la partie qui l'invoque. L'exigence d'un affidavit permet d'ouvrir ce débat. Ainsi alertée, la partie voulant mettre en preuve l'écrit connaîtra la nature de la contestation et sera en mesure d'y répondre, notamment en interrogeant l'affiant⁴⁹⁹.

Perdant le bénéfice de la présomption, cette partie devra mettre en preuve des éléments tendant à démontrer l'intégrité de l'élément contesté. Il pourra notamment s'agir d'autres documents, de projets d'entente ou de témoignages, mais aussi d'une preuve relative au document en tant que tel et à l'intégrité de son support. Dans le cas d'un écrit électronique, la preuve prépondérante des mesures de sécurité de l'environnement électronique du document (support) pourra permettre d'établir que le document n'a pas été altéré et que l'information qu'il contient est restée intègre tout au long de son cycle de vie. Cette preuve ferait appel à la traçabilité de l'écrit électronique, que nous avons vu plus haut.

Notre suggestion trouve écho chez De Rico et Jaar, qui prennent appui sur les mots de l'alinéa 89(4) C.p.c. pour conclure qu'« il aurait été plus approprié de faire référence [à l'article 2840 C.c.Q.], à la nécessité, pour la partie qui conteste l'admissibilité d'un document technologique, d'en faire une preuve *prima facie* [de l'atteinte à l'intégrité] ». Ils citent à cet effet le paragraphe 4 de l'article 89 C.p.c., reproduit plus haut, en insistant sur les mots qu'ils ont mis en italiques : « Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise *les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document.* »

⁴⁹⁸ *Jaksi c. Banque Nationale du Canada*, (1987) R.D.J. 355 (C.A.)

⁴⁹⁹ Le renversement du fardeau de preuve étant une conséquence juridique sérieuse, l'équité procédurale exige que la partie le subissant soit être en mesure d'y répondre. Ainsi, dans le cas d'une dénégation de signature, « [l]a règle est donc qu'un écrit privé signé par une personne lui est opposable, sauf si celle-ci désavoue expressément sa signature au moyen d'allégations accompagnées d'un serment. La preuve à l'appui de la négation de signature doit être sérieuse, cohérente et vraisemblable. Il ne suffit pas pour une personne de tout simplement nier que ce soit sa signature sur l'écrit; il lui faut dire pourquoi. » Voir *Toronto Dominion Bank c. Kahn*, (1997) R.R.A. 50 (C.A.) ; 1997 CanLII 10803 (QC C.A.)

Nous ne pouvons qu'être en accord. Cette interprétation permet d'établir une meilleure correspondance entre les articles 2840 C.c.Q. et 89(4) C.p.c., de même qu'un parallélisme intéressant avec les articles 2828 C.c.Q. et 89(1) C.p.c.⁵⁰⁰. En effet, le régime de la preuve (et de la contestation) d'un écrit sous seing privé – électronique ou sur support papier – figure à ces deux dernières dispositions. La contestation des écrits qui ne sont pas des écrits sous seing privés se ferait conséquemment selon les articles 2840 C.c.Q. et 89(4) C.p.c.⁵⁰¹.

La présentation d'éléments de preuve relatifs au support de l'écrit ne devient nécessaire que suite à une contestation du contenu de celui-ci, qui vient renverser la présomption de l'article 2840 C.c.Q.. Ce résultat est le même que pour un écrit constaté sur papier. En effet, ce n'est que si naît un débat sur l'intégrité informationnelle qu'une preuve technique sera requise, qu'il s'agisse d'un document papier ou d'un document technologique.

Les dispositions relatives à la preuve d'un écrit électroniques sont complexes et quelquefois mal formulées. Ces règles, spécifiques et différentes de celles gouvernant la mise en preuve d'un écrit sur support papier, ont à notre avis des effets similaires. Ainsi, la présomption créée à l'article 2840 C.c.Q. recrée une présomption implicite du même effet pour le document sur support papier, c'est-à-dire l'intégrité du support. La contestation de l'écrit devrait ainsi s'opérer selon la même logique et indépendamment du support. Comme pour un document sur support papier, le renversement de la présomption d'intégrité du support (et l'ouverture de la contestation sur l'intégrité de ce support) se fait par la contestation de l'intégrité de l'information qu'il porte, tel que prévu à l'article 89 C.p.c..

Selon la lecture que nous en avons proposée, la présomption d'intégrité de l'article 2840 C.c.Q. a pour effet de ne faire intervenir des éléments de preuve relatifs au support qu'en cas de contestation de l'intégrité de l'information du document. Ce régime serait l'équivalent de celui prévalant pour la preuve (et la contestation) des écrits sur support papier, en ce qu'il dispense de prouver l'intégrité du support de l'écrit. Dans le cas de

⁵⁰⁰ J.-P. ROYER et S. LAVALLÉE, préc., note 476, n°407 et 409, p. 280-282.

⁵⁰¹ *Id.*

l'écrit électronique, cette preuve pourrait se révéler fort complexe et technique, puisqu'elle implique de faire la preuve du maintien de l'intégrité du document pendant son cycle de vie, donc depuis sa création. En effet, l'intégrité implique un rapport au temps : le caractère intègre d'un document se détermine par rapport à son contenu originel. Afin d'établir sa traçabilité, tout au long de son cycle de vie, les opérations sur un document devront être documentées – notamment les transferts, rendus nécessaires pour maintenir la lisibilité pendant la période de conservation des documents.

Cette seconde partie traitait de l'écrit électronique d'un point de vue pratique : pratique des législateurs dont le droit est désarrimé de la réalité technologique et pratique des justiciables aux prises avec des lois nouvelles et une incertitude juridique conséquente. Ainsi, un historique et un état des lieux législatifs ont d'abord décrit comment, face à la nouvelle réalité des communications électroniques, les institutions internationales et les législateurs français et québécois ont réagi. Par ailleurs, nous avons noté une plus forte prise en considération de l'aspect probatoire de l'écrit, comparativement à l'aspect formel. Nous avons ensuite approfondi la situation en droit québécois. Dans un premier temps, nous avons élaboré sur la signification du critère d'intégrité – le critère d'équivalence fonctionnelle retenu par le législateur québécois, puis, dans un deuxième temps, sur les dispositions relatives à la preuve par écrit applicables à l'écrit électronique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La seconde partie de notre mémoire adoptait un ton plus descriptif. Elle n'a pu avoir de profondeur que dans la mesure où elle illustre les constats de la première. Ce qu'il convient d'en retenir, c'est qu'il est parfaitement possible d'élaborer, à partir des outils juridiques – traditionnels comme récents –, des solutions logiques et pragmatiques à des situations où des institutions sont remises en question sous la pression que leur impose les technologies de l'information.

L'écrit en est un très bon exemple. Il s'agit d'une simple notion (et non pas d'une notion simple !) sur laquelle il est possible de tester des hypothèses découlant de l'application des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique. Mais aussi, et c'est ce qui nous semble le plus intéressant, l'écrit électronique est un moyen de réfléchir sur la question suivante « Comment les outils traditionnels du droit civil peuvent-ils – ou non – répondre aux difficultés soulevées par les technologies de l'information ? ». En ce sens, notre mémoire porte sur des questions susceptibles de se poser dans de nombreuses autres sphères du droit, et auxquelles nous espérons avoir apporté une modeste contribution.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46

Loi d'interprétation, 1859, 22 Vict. c. 5 (Statuts provinciaux)

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. C-5

Textes québécois

Code civil du Bas-Canada

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Décret 1049-9 concernant le remplacement de certains décrets pris en application de la Loi sur la preuve photographique, (1993) 125 G.O. II, 5747

Décret d'application de la Loi sur la preuve photographique de documents, R.R.Q., 1981, c. P-22, r. 1

Loi concernant la preuve de certains documents de banque, 12 Georges VI, c. 44

Loi concernant la preuve photographique de certains documents, 5-6 Elizabeth II, c. 67

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., c. C-1.1

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16

Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.Q. 2006, ch. 56

Loi sur la preuve photographique de documents, L.R.Q., c. P-22

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1

Loi sur le notariat, L.R.Q., c. N-3

Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur, R.R.Q. c. P-40.1, r.1

Textes américains

State Technology Law §§ 101-109 (État de New York)

US Electronic Communication Privacy Act 1986, 18 U.S.C. § 2510

Textes britanniques

Statute of Frauds, 1695, 7 Will. 3 c. 12 (Irlande)

Statute of Frauds, 1677, 29 Car. 2 c. 3 (Angleterre)

Textes français

Code civil (France)

Ordonnance civile touchant la réformation de la justice, 1667

Ordonnance sur la réforme de la justice, 1566

Loi 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques, J.O. 13 juillet 1980

Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. 14 mars 2000

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. 22 juin 2004

Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électroniques, J.O. 17 juin 2005

Décret n° 2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSC0520512D>> (accédé le 31 août 2009)

Directives européennes

Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O. L.13 du 19.1.2000

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O. L.178 17.7.2000

Textes internationaux

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998*, Nations Unies, New York, 1999, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html> (accédé le 31 août 2009)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation*, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html (accédé le 31 août 2009)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques*, 1985, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1985Recommandation.html (accédé le 31 août 2009)

CONSEIL DE L'EUROPE – COMITÉ DES MINISTRES, *Harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions de documents et des enregistrements informatiques : recommandation n° R (81) 20 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 11 décembre 1981 et exposé des motifs*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1982

Texte et note explicative - Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, signée à New York le 23 novembre 2005, New York, 2007, en ligne : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf (accédé le 31 août 2009)

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence canadienne

Banque Nationale du Canada c. Simard, J.E. 96-1172 (C.Q.)

Canadian Fishing Co. c. Smith, [1962] R.C.S. 294

Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs, 2005 QCCA 570 (CanLII)

Dumas c. B.C. Electronique Inc., J.E. 90-1568 (C.Q.)

Gaudet v. Grimard, [1967] B.R. 182

Jaksi c. Banque Nationale du Canada, (1987) R.D.J. 355 (C.A.)

Lefebvre Frères ltée c. Giraldeau, 2009 QCCS 404 (CanLII)

Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc Inc., 2002 CanLII 111 (QC C.S.)

R. c. Pelland, 1995 CanLII 5440 (QC C.A.)

Robertson c. Thomson Corp., [2006] 2 R.C.S. 363

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet, [2004] 2 R.C.S. 427

Toronto Dominion Bank c. Kahn, (1997) R.R.A. 50 (C.A.) ; 1997 CanLII 10803 (QC C.A.)

Jurisprudence américaine

People v. McFarlan, 744 N.Y.S.2d 287

Jurisprudence belge

C.A. Bruxelles, 24 juin 1991, *Rev. dr. pén. crim.* 1992.340

C.A. Liège, 26 février 1992, *J.L.M.B.* 1992.1346

Trib. Civ. Liège (12^e ch. corr.), 18 novembre 2002, *Revue Ubiquité* 2003.15.95

Trib. Inst. Mons, 21 octobre 1998, *J.L.M.B.* 1999.454

BIBLIOGRAPHIE

- ALAVA, S., *Cyberespace et formations ouvertes : Vers une mutation des pratiques de formation ?*, Bruxelles, De Boeck Université, 2000
- BALLENTINE, J. A., *Ballentine's Law Dictionary*, 3^e éd., Rochester (N.Y), Lawyers Co-Operative Pub., 1969
- BAUDOIN, J. et P. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005
- BAUDOIN, J. et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 10^e éd., t. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2007
- BEAUDOIN, G. A., *Le commencement de preuve par écrit dans la province de Québec*, mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1954
- BECQUÉ-ICKOWITZ, S., *Le parallélisme des formes en droit privé*, Paris, Panthéon Assas, 2004
- BENYEKHFLEF, K., *Échange de documents informatisés : Contrat type commenté*, Québec, Publications du Québec, 1991
- BERGEL, J., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001
- BOLTER, J. D., *Writing space : The computer, hypertext, and the history of writing*, Hillsdale (N.J.), Lawrence Erlbaum, 1992
- BONNIER, É., *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 2^e éd., Paris, Auguste Durand, 1852
- BUISSON, F., (dir.), *Nouveau dictionnaire de pédagogie et d'instruction primaire*, 2^e éd., Paris, Hachette, 1911, en ligne : <<http://www.inrp.fr/edition-electronique/lodel/dictionnaire-ferdinand-buisson/document.php?id=3106>> (accédé le 31 août 2009)
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, vol. 1 « Introduction. Les personnes. La famille, les enfants, le couple », Paris, Quadrige/PUF, 2004
- CARBONNIER, J., *Droit civil*, vol. 2 « Les Biens. Les Obligations », Paris, Quadrige/PUF, 2004
- CHARMOT, C., *L'échange de données informatisé (EDI)*, coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 1997
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1987
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Quadrige/PUF, 2007
- CÔTÉ, P., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999
- DELAPORTE, V. *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris 1, 1974
- DRIEDGER, E. A., *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983
- DUCHARME, L., *Précis de la preuve*, 5^e éd., Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2003

- DUCHARME, L., *Précis de la preuve*, 6^e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005
- ELIAS, L., J. GÉRARD, G. K. WANG et J. BELLEFLAMME, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées : L'EDI, la formation des contrats et la responsabilité des opérateurs de réseau*, Cahiers du Centre de recherches informatique et droit n° 8, Namur / Bruxelles, CRID, Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur / E. Story-Scientia, 1992
- ESCARPIT, R., *L'écrit et la communication*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1973
- FLOUR, J., *Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 11^e éd. par J. AUBERT et É. SAVAUX, Paris, Armand Colin, 2004
- FONTAINE, M., *La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles*, Louvain-la-Neuve, Université Catholique de Louvain, 1987
- FORRAY, V., *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2007
- GAUTRAIS, V. et P. TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0* (à paraître)
- GAUTRAIS, V., *Le contrat électronique international : Encadrement juridique*, 2^e éd. rev., Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 2002
- GÉNY, F. *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Paris, Sirey, 1921
- GLINEUR, P., *Droit et éthique de l'informatique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991
- GUIGUE, M. C., *De l'origine de la signature et de son emploi au Moyen Âge*, Paris, Dumoulin, 1863
- HENRY, J., *La traduction des jeux de mots*, Presses Sorbonne Nouvelle, St-Étienne, 2003
- ILLICH, I., *Du lisible au visible : La naissance du texte*, Paris, Du Cerf, 1991
- JOLY-PASSANT, E., *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, L.G.D.J., 2006
- JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, Paris, Belin-Leprieur, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k517005>> (accédé le 31 août 2009)
- JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 18, Paris, Belin-Leprieur, 1829, en ligne : <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k51704j>> (accédé le 31 août 2009)
- KATSH, M. E., *Law in a digital world*, New York, Oxford University Press, 1995
- KATSH, M. E., *The electronic media and the transformation of law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1989
- Le Grand Vocabulaire François*, t. 8, Paris, C. Panckoucke Libraire, 1769, en ligne : <<http://books.google.ca/books?id=B3QGAAAAQAAJ>> (accédé le 31 août 2009)
- LEFEBVRE, D., *Le contrat comme acte juridique consensuel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1962

- LESSIG, L., *Code and others laws of cyberspace*, New York (NY), Basic Books, 1999
- LESSIG, L., *Code version 2.0*, 2^e éd., New York (NY), Basic Books, 2006
- LÉVY, P., *Les technologies de l'intelligence – L'avenir de la pensée à l'ère informatique*, Paris, La Découverte, 1990
- LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 2006
- McLUHAN, M., *Understanding Media: The Extensions of Man*, Toronto, McGraw-Hill, 1964
- MIGNAULT, P., *Le Droit civil canadien*, t. 6, Montréal, Théorêt, 1902
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.
- MOUGENOT, D., *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002
- MOUGENOT, R., *La preuve*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1997
- NORMAN, D. A., *Things that make us smart : Defending Human attributes in the age of the machines*, Reading (Mass.), Addison-Wesley, 1993
- OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, *Grand Dictionnaire Terminologique*, en ligne : <<http://www.granddictionnaire.com>> (accédé le 31 août 2009)
- ONG, W. J., *Orality and Literacy : The Technologizing of the world*, Londres/New York, Methuen, 1982
- PEDROT P., (dir.), *Traçabilité et responsabilité*, Paris, Economica, 2003
- POST, D. G., *In search of Jefferson's moose*, New York (N.Y.), Oxford University Press, 2009
- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004
- ROBERT, P., *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 2, Paris, Société du Nouveau Littré, 1972
- ROYER, J. et S. LAVALLÉE, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- SULLIVAN, R., *Sullivan and Driedger on the construction of statutes*, 4^e éd., Markham (Ont.), Butterworths, 2002
- TESSIER, G., *La diplomatie*, 3^e éd., Paris, PUF, 1966
- TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997
- TRUDEL, P., G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993
- VERMEYS, N. W., *Virus informatiques : responsables et responsabilité*, Montréal, Thémis, 2006
- VON JHERING, R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, éd. 1887, t. 3

WATSON, J. et A. HILL, *Dictionary of Media and Communication studies*, 5^e éd., London, Arnold, 2000

WINNER, L., *The Whale and the Reactor – A search for limits in an age of high technology*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1986

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

BANAT-BERGER, F. et A. CANTEAUT, « Intégrité, signature et processus d'archivage », dans S. LACOUR (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Actes des séminaires de recherche du programme Asphales ACI Sécurité informatique 2004-2007, Paris, L'Harmattan, 2007

BÉLANGER, M., « Documents technologiques, copies et documents résultant d'un transfert », dans Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Preuve et procédure*, fasc. 5, Montréal, Lexis Nexis Canada, 2008, feuilles mobiles

BÉLISLE, C., « Lire avec un livre électronique : un nouveau contrat de lecture ? », Colloque *Les défis de la publication sur le Web : Hyperlectures, cybertextes et méta-éditions*, dans le cadre des 15^e entretiens Jacques Cartier, décembre 2002, Lyon, en ligne : <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/21/71/PDF/sic_00000422.pdf> (accédé le 31 août 2009)

CAÏDI, S., "La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information", (2004) 9-1 *Lex Electronica*, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/caidi.htm>> (accédé le 31 août 2009)

CAPRIOLI, E. A., « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », dans E. MACKAAY (dir.), *Les incertitudes du droit*, Montréal, Thémis, 1999

CAPRIOLI, E. A., « Traçabilité et droit de la preuve électronique », (mai 2001) 93 *Droit & Patrimoine* 68, en ligne : <http://caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/tracabilite/edocs_tracabilite_dtpreuve.pdf> (accédé le 31 août 2009)

CASTETS-RENARD, C. « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », dans *Defrénois*, 30 octobre 2006, AD2006DEF1529N1, n° 20, p. 1529, en ligne : <<http://www.lextenso.com>> accédé le 31 août 2009)

CATALA, P., « Validité – Forme », dans P. CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Paris, La Documentation Française, 22 septembre 2005, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000622/index.shtml>> (accédé le 31 août 2009)

CHARPENTIER, É., « Un paradoxe de la théorie des contrats : l'opposition formalisme/contractualisme », (2002) 43-2 *C. de D.* 275

- CLÉMENT, J., « Hypertextes et mondes fictionnels (ou l'avenir de la narration dans le cyberspace) », (2000) 2 *ÉC/Arts* 72, en ligne : <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/21/22/PDF/sic_00000294.pdf> (accédé le 31 août 2009)
- COLLINS, A., P. NEVILLE et K. BIELACZYC, « The Role of Different Media in Designing Learning Environments », (2000) 11 *International Journal of Artificial Intelligence in Education* 144, 146, en ligne : <http://ihelp.usask.ca/iaied/ijaied/abstracts/Vol_11/collins.html> (accédé le 31 août 2009)
- COUNCIL ON LIBRARY AND INFORMATION RESOURCES, *The Evidence in Hand: Report of the Task Force on the Artifact in Library Collections*, novembre 2001, en ligne : <<http://www.clir.org/PUBS/reports/pub103/contents.html>> (accédé le 31 août 2009)
- COUTURIER, G., « L'ordre public de protection : heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », dans *Études offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979
- CROZE, H., « Informatique, preuve et sécurité », D. Chron. 1987.169
- DE LAMBERTERIE, I., « Préconstitution des preuves, présomptions et fictions », (2004) 9-2 *Lex Electronica*, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/delamberteriel.htm>> (accédé le 31 août 2009)
- DE RICO, J. et D. JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans *Développement récents en droit criminel 2008*, Cowansville, Yvon Blais, 2008
- DEMOULIN, M. et D. GOBERT, « L'archivage dans le commerce électronique : Comment raviver la mémoire ? », dans M. DEMOULIN, D. GOBERT et É. MONTERO, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003
- DUCHARME, L., « Du régime de preuve applicable au cas d'altération d'un écrit », (1975) 35-3 R. du B. 375
- FABIEN, C., « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533
- FENOUILLET, D., « Formalisme informatif », dans *Revue des contrats*, 1 avril 2005, RDCO2005-2-019, n° 2, p. 323, en ligne : <<http://www.lextenso.com>> (accédé le 31 août 2009)
- FIANU, K., « Le faussaire exposé : L'État et l'écrit dans la France du XIV^e siècle », dans C. GAUVARD et R. JACOB (dir.), *Les rites de la justice : gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge*, Paris, Léopard d'or, 2000.
- FLOUR, J., « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu de XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950
- FORIERS, P., « Présomptions et fictions », dans Chaim PERELMAN et Paul FORIERS (dir.), *Présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974
- FULLER, L. L., « Consideration and Form » (1941) 41(5) *Columbia Law Review* 799

- GAUDRAT, P., « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (rapport-cadre) », dans F. GALLOUÉDEC-GENUYS (dir.), *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La Documentation française, 1990
- GAUTHIER, P., « 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
- GAUTRAIS, V., « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *C.P.I.* 61
- GAUTRAIS, V., « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage ! » (2008) *R.G.D.*, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/200702GautraisEpreuve1.pdf>> (accédé le 31 août 2009)
- GAUTRAIS, V., « Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies », (2004) 9-2 *Lex Electronica* 3, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais1.htm>> (accédé le 31 août 2009)
- GAUTRAIS, V., « La formation des contrats en ligne », dans D. POULIN, É. LABBÉ, F. JACQUOT et J. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003
- GAUTRAIS, V., « Les contrats de consommation sont presque tous illégaux ! », (2005) *R. du N.* 617, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/econsommation15062007.pdf>> (accédé le 31 août 2009)
- GAUTRAIS, V., « Les contrats électroniques au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans V. GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002
- GAUTRAIS, V., « Les relations avec les partenaires », dans D. POULIN, É. LABBÉ, F. JACQUOT et J. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003
- GAUTRAIS, V., « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois », *Juriscom.net*, mars 1999, en ligne : <<http://www.juriscom.net/uni/doc/19990322.htm>> (accédé le 31 août 2009)
- GEIST, M., « Is there a there there? Toward greater certainty for internet jurisdiction », (2001) 16 *Berkeley Technology Law Journal*, en ligne : <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf>> (accédé le 31 août 2009)
- GHESTIN, J., « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35
- GOBERT, D., et É. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », (2001) 120 *Journal des tribunaux* 114
- GRYNBAUM, L. « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », dans *Revue des contrats*, 1 avril 2005, RDCO2005-2-067, en ligne : <<http://www.lextenso.com>> (accédé le 31 août 2009)

- KERR, I. R., « Bots, Babes and the Californication of Commerce », (2003) 1 *R.D.T.U.O.* 285
- KOOPS, B., « Should ICT Regulation be Technology-Neutral? », dans B. KOOPS, M. LIPS, C. PRINS et M. SCHELLEKENS, *Starting Points for ICT Regulation – Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, La Haye, T.M.C. Asser, 2006
- KRESSE, J. P., « Privacy of conversations over cordless and cellular telephones : Federal protection under the Electronic Communication Privacy Act of 1986 », (1987) 9 *George Mason University Law Review* 335
- L'HEUREUX, N. et L. LANGEVIN, « La pratique des cartes de paiement au Québec : l'apport du droit comparé », (1990) 50 *R. du B.* 237
- LACOUR, S. et M. VIDEAU, « Légistique de la preuve électronique », dans S. LACOUR (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Actes des séminaires de recherche du programme Asphales ACI Sécurité informatique 2004-2007, Paris, L'Harmattan, 2007
- LARRIEU, J., « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? », *Cah. Lamy Dr. Inf.* 1988.H
- LEFEBVRE, G., « La preuve en matière d'échange de documents informatisés », (1995) 74 *R. du B. can.* 619
- LLEWELLYN, K., « What Price Contract? », (1931) 40 *Yale Law Journal* 704
- LORENZEN, E. G., « Causa and Consideration in the law of contracts », (1919) 28-7 *Yale Law Journal* 621
- MORAND, C. A., « La croissance normative. Comment faire face à une masse de droit considérable ? », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde Verwaltung*, Band, 1986
- MOUGENOT, D., « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », (décembre 2000) 7 *Revue Ubiquité* 121
- NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., « Formalities of contracting: a costbenefit analysis of requirements that contracts be evidenced in writing », (2005) 27 *Dublin University Law Journal* 113
- NIELSEN, J., P.J. SCHEMENAUR et J. FOX, *Writing for the Web*, en ligne : <<http://www.sun.com/980713/webwriting>> (accédé le 31 août 2009)
- NOTAIRES DE FRANCE, *Signature du premier acte authentique électronique sur support électronique*, 28 octobre 2008, en ligne : <http://www.notaires.fr/notaires/notaires.nsf/V_TA_PUB/SMSI-7KUJGE> (accédé le 31 août 2009)
- OLDFATHER, C. M., « Writing, Cognition, and the Nature of the Judicial Function », (2008) 96 *The Georgetown Law Journal* 1283
- PÉDAUQUE, R. T., « Document : forme, signe et médium, les re-formulations du numérique », dans R. T. PÉDAUQUE, *Le document à la lumière du numérique*, Caen, C&F Éditions, 2006

- PERLMUTTER, S., « Convergence and the future of copyright », (2001) 24 *Columbia-VLA Journal of Law & Arts* 163
- POULLET, Y., « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », dans G. BALLON (dir.), *Le droit des affaires en évolution : Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996
- PRÜM, A., « L'acte sous seing privé électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance », dans *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 255, à la page 266
- REED, C., « Taking sides on technology neutrality », (2007) 4-3 *SCRIPT-ed* 263, 268, en ligne : <<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/script-ed/vol4-3/reed.asp>> (accédé le 31 août 2009)
- REIDENBERG, J., « Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology », (1998) 76 *Tex. L.R.* 553.
- RITTER, J. B. et J. Y. GLINIECKI, « International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms », (1993) 6 *Harvard Journal of Law & Technology* 263
- ROBBINS, R. A., « Painting With Print: Incorporating concepts of typographic and layout design into the text of legal writing documents », (2004) 2 *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 108, en ligne : <http://works.bepress.com/ruth_anne_robbins/2> (accédé le 31 août 2009)
- ROCHFELD, J., « Le temps et les formes aplatis de l'univers électronique », (2005) *RTD Civ.* 843
- ROTHENBERG, J., « Digital Information Lasts Forever – Or Five Years, Whichever Comes First », 2 octobre 2001, en ligne : <<http://www.amipaperless.com/dps/rothenberg-arma.pdf>> (accédé le 31 août 2009)
- ROTHENBERG, J., *Using Emulation to Preserve Digital Documents*, La Haye, Koninklijke Bibliotheek, 2000, 69 pages, en ligne : <<http://www.kb.nl/pr/publ/usingemulation.pdf>> (accédé le 31 août 2009)
- ROY, A. et B. SALVAS, « Réflexions sur l'acte notarié électronique en droit québécois », dans V. GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002
- SALANSON, J., « Technologies nouvelles et perspectives notariales françaises », (2004) 106 *Revue du Notariat* 415
- SANDOVAL LÓPEZ, R., « Definitions », dans A. H. BOSS et W. KILIAN (dir.), *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts : An In-Depth Guide and Sourcebook*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2008
- SAVOY, J., F. MARCIL, Martin CHOQUETTE, « Conception et réalisation d'hypertextes en droit », dans D. BOURCIER et C. THOMASSET (dir.), *L'écriture du droit : législation et technologie de l'information*, Paris, Diderot, 1996

SHNEIDERMAN, B., « Reflections on Authoring, Editing, and Managing Hypertext », dans Edward BARRETT (dir.), *The Society of Text : hypertext, hypermedia, and the social construction of information*, MIT Press, Cambridge (Mass.), 1989, en ligne : <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.28.9011>> (accédé le 31 août 2009)

Tableau des modifications et Index sommaire – Du 31 décembre 1981 au 1^{er} septembre 2007, Éditeur officiel du Québec, 2007

VAN ESCH, R., « Introduction to the Document Review of Definitions of “Writing”, “Signature”, and “Document” Employed in Multilateral Conventions and Agreements Relating to International Trade », (1998) 5 *EDI Law Review* 1

VERMEYS, N. W. et F. SENÉCAL, « Commentaire sur la décision Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs - La dénaturation de la notion de clause externe », dans *Repères*, août 2007, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2007REP625

VERMEYS, N. W., K. BENYEKHFLEF et V. GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38 *Revue juridique Thémis* 643

ZAKI, M. S., « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », (1986) 4 *Rev. int. dr. comp.* 1043

Documents canadiens

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, août 2000, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2000/200008-normalisationtic.pdf>> (accédé le 31 août 2009)

Documents internationaux

COMMISSION DES LOIS, *Rapport au Sénat n° 203*, session ordinaire de 1999-2000, annexe au procès verbal de la séance du 2 février 2000, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/199-203/199-203.html>> (accédé le 31 août 2009)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Valeur juridique des enregistrements informatiques : Rapport du Secrétaire général*, 18^e Session, Doc. n° A/CN.9/265, 1985, en ligne : <<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/18th.html>> (accédé le 31 août 2009)

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur la preuve électronique*, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sub=1u2>> (accédé le 31 août 2009)

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/us/index.cfm?sub=1u1>> (accédé le 31 août 2009)

DIRECTION CENTRALE DE LA SÉCURITÉ DES SYSTÈMES D'INFORMATION, ARCHIVES DE FRANCE et DIRECTION GÉNÉRALE DE LA MODERNISATION DE L'ÉTAT, *Archivage électronique sécurisé - Outils méthodologiques pour la sécurité des systèmes d'information*, 2006, en ligne : <<http://www.ssi.gouv.fr/fr/confiance/archivage.html>> (accédé le 31 août 2009)

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation - Conservation électronique des documents*, décembre 2005, en ligne : <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-archivage-20051201.pdf>> (accédé le 31 août 2009)

INSTITUT DES SCIENCES DU DOCUMENT NUMÉRIQUE, *Synthèse des travaux – Rapport final - Troisième année*, 2003, en ligne : <<http://isdn.enssib.fr/archives/archives.html>> (accédé le 31 août 2009)

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC eTerms 2004*, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/policy/law/id3668/index.html>> (accédé le 31 août 2009)

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Guide to electronic contracting*, en ligne : <<http://www.iccwbo.org/policy/law/id3670/index.html>> (accédé le 31 août 2009)

Recommandation de la Commission, du 19 octobre 1994, concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées, 94/820/CE, J.O. L-338, 28 décembre 1994, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu>> (accédé le 31 août 2009)

UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE – WORKING PARTY ON FACILITATION OF INTERNATIONAL TRADE PROCEDURES, *Document TRADE/WP.4/R.697*, mars 1991

UNITED NATIONS – ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE – WORKING PARTY ON FACILITATION OF INTERNATIONAL TRADE PROCEDURES, *Review of definitions of "Writing", "Signature" and "Document" employed in multinational conventions and agreements relating to international trade*, Doc. n° TRADE/WP.4/R.1096, 22 juillet 1994, en ligne : <<http://documents.un.org>> (accédé le 31 août 2009)

UNITED NATIONS CENTRE FOR TRADE FACILITATION AND ELECTRONIC BUSINESS (UN/CEFACT), *Revision of Document Trade/WP.4/R.1096 dated 22 July 1994*, Doc. n° TRADE/CEFACT/1999/CRP.2, 25 février 1999, p. 7, en ligne : <<http://www.unece.org/trade/untdid/download/99cp2.pdf>> (accédé le 31 août 2009)

Conférences

DETURBIDE, M., *Pre-Implementation Report on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Québec, août 2008, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/en/poam2/FINAL%20deturbide%20ELECTRONIC%20COMMERCE%20en%20%283%29.pdf>> (accédé le 31 août 2009)

GAUTRAIS, V., *Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux au*

regard du droit civil québécois, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, Québec, août 2008, en ligne : <http://www.ulcc.ca/fr/poam2/FINALG~1.pdf> (accédé le 31 août 2009)

GREGORY, J. D., « Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts », 4^e Conférence Internet pour le droit, Montréal, 2-3-4 octobre 2002, en ligne : <http://www.lexum.umontreal.ca/conf/conf2002/actes/gregory.html>

MIALL, D. S., *Hypertextual reading : What's the difference?*, 6th Biannual IGEL Conference, Utrecht (Pays-Bas), août 1998, en ligne : <http://www.ualberta.ca/~dmiall/reading/hypdiff.htm> (accédé le 31 août 2009)

Émissions de télévision

Blackadder, « Blackadder the Third: Ink and Incapability », saison 3, épisode 2, diffusé le 24 septembre 1987 sur BBC One