

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois

Par : Vincent Gautrais*

Veuillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou recommandations, n'ont peut-être pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses participants. Veuillez consulter les résolutions concernant ce thème qui ont été adoptées par la Conférence lors de la réunion annuelle.

**Québec, Québec
Août 2008**

Table des matières

I. Introduction	1
II. PARTIE PRÉLIMINAIRE – Comparaison préliminaire entre les textes	2
1 – Présentation sommaire des textes en cause.....	2
1.1 – <i>Présentation du droit québécois en matière de document électronique</i>	2
1.2 <i>Présentation de la Convention</i>	4
2 – Présentation sommaire de la comparaison	4
2.1 – <i>Unité des principes</i>	4
2.2 – <i>Divergences d’application</i>	6
III. Modalités de formation des contrats électroniques.....	7
1 – Règles de formalisme.....	7
1.1 – <i>Écrit</i>	7
1.2 – <i>Signature</i>	10
1.3 – <i>Original</i>	11
2 – Autres modalités de formation des contrats électroniques	14
2.1 – <i>Lieu et moment de l’expédition et de la réception de document électronique</i> .	14
2.2 – <i>Contrat automatisé</i>	16
IV. Modalités d’application de la Convention.....	18
1 – Impossible réconciliation entre le droit québécois et la Convention	18
1.1 – <i>Irréconciliable « écrit »</i>	19
1.2 – <i>Manque de souplesse de la Convention</i>	22
2 – Recommandation de ne pas adhérer à la Convention	24

Analyse comparative de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux* au regard du droit civil québécois

I. Introduction

[1] Le présent document vise principalement à établir une comparaison entre la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux* (ci-après la « Convention ») et la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (ci-après la « LCCJTI ») qui modifia en profondeur la gestion juridique des documents utilisant les technologies de l'information et notamment le *Code civil du Québec* (ci-après le « C.c.Q. »).

A – Mandat du présent document

[2] Le Ministère de la Justice du Canada nous a donc mandaté afin d'évaluer, au regard du Québec, la pertinence d'adhérer, pour le Canada, à la Convention. Cette question est particulièrement sensible dans une perspective québécoise dans la mesure où la LCCJTI présente un certain nombre d'éléments qui permettent de la distinguer des lois équivalentes dans les autres provinces¹; une différence d'autant plus sensible que les autres provinces canadiennes optèrent pour une approche assez uniforme.

[3] Notons également que le présent mandat a clairement mis l'accent sur le fait que l'opinion qui sera émise dans ce document, notamment relativement à la pertinence d'aller, ou non, de l'avant vers une adhésion à la Convention par le Canada, est uniquement celle de son auteur. Un auteur, actuellement professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, qui s'intéresse depuis une quinzaine d'années aux aspects juridiques des documents électroniques et tout particulièrement aux contrats électroniques².

[4] Enfin, soulignons que le propos développé ici est un point de vue beaucoup plus pratique que théorique, la présente étude se devant de donner une réponse claire et concrète quant à l'attitude recommandée relativement à l'adhésion à la Convention. Conformément à ce mandat, un document d'environ 25 pages à double interligne est demandé; document qui est plutôt de 38 pages en plus d'une annexe proposant un tableau comparatif entre Convention et droit québécois.

B – Plan du présent document

[5] Afin de remplir au mieux ce mandat, il nous paraît opportun de présenter, généralement, dans le cadre d'une **Partie préliminaire**, d'une part, les textes en cause, à

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

savoir ceux du droit québécois (LCCJTI et C.c.Q.) ainsi que, bien entendu, la Convention. D'autre part, les grandes lignes de cette comparaison, tant les similitudes que les distinctions qui apparaissent à première vue, sont également identifiées. Ensuite, dans une **Première partie**, il s'agit de présenter le corps de la comparaison telle que demandée en mettant en perspective la Convention au droit québécois, et ce, relativement à la formation des contrats électroniques internationaux. Ces questions de formation des contrats doivent être considérées tant à ce qui a trait aux règles de formalisme qui ont été prévues dans les deux cas que relativement à des points plus ponctuels (comme le lieu et le moment de réception et d'expédition des documents nécessaires aux contrats, les agents électroniques, les erreurs dans les contrats à distance, etc.), chacun ayant des dispositions spécifiques à ce sujet. Enfin, et surtout, dans une **seconde partie**, selon un propos plus personnel, nous dévoilons les résultats de notre analyse en proposant notamment des recommandations, tel que demandé.

II. PARTIE PRÉLIMINAIRE – Comparaison préliminaire entre les textes

[6] Comme préalablement indiqué dans l'annonce de plan, il s'agit à cette étape de présenter les textes en cause (Section 1) puis d'identifier les grandes lignes de la comparaison (Section 2).

1 – Présentation sommaire des textes en cause

1.1 – Présentation du droit québécois en matière de document électronique

[7] En matière de document électronique, les textes d'importance en droit québécois auxquels il importe de référer sont la LCCJTI et le C.c.Q. Ces deux textes sont en fait intimement reliés dans la mesure où, **premièrement**, la première influence le second par la modification totale et profonde des Sections 6 et 7 du *Livre 7, Titre deuxième, Chapitre 1 du C.c.Q.*, s'intitulant respectivement « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique »³ et « Des copies et des documents résultant d'un transfert »⁴. **En deuxième lieu**, ces deux sections du C.c.Q. font à plusieurs reprises référence expresse à la LCCJTI, considérant cette dernière comme le cadre d'interprétation de ces articles du C.c.Q. **En troisième lieu**, d'autres articles du C.c.Q. ont été également modifiés par la LCCJTI. Il s'agit des articles 2827, 2855, 2860, 2874 dédiés à certains points précis en droit de la preuve.

A – LCCJTI

[8] La LCCJTI a été adoptée en juin 2001 et est devenue en vigueur le 01 novembre de la même année. Bien qu'adoptée après la plupart des lois des provinces

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

canadiennes, il est généralement admis que sa facture tranche d'avec ces dernières. Selon nous, et nous le verrons dans la Section 2, si la **forme** de la loi est effectivement différente, et il est vrai, pas toujours très accessible, sa **substance** n'est pas, à une seule exception, contraire. Toujours sur le plan de la substance, il s'agit d'une loi dont le domaine d'application est fort étendu en traitant, par exemple, de thèmes qui sont en dehors de la portée de la Convention et des autres lois canadiennes. La LCCJTI prévoit notamment :

- des règles en matière de responsabilité des acteurs électroniques,
- des dispositions sur la sécurité documentaire,
- d'autres sur la gestion des documents électroniques,
- des mesures sur la certification numérique,
- un encadrement de l'utilisation de la biométrie,
- l'élaboration de standards techniques,
- etc.

Autant de sujets qui sont souvent propres à la LCCJTI que l'on ne retrouve ni dans les lois des autres provinces canadiennes ni dans la Convention.

[9] Bien que souvent critiquée sur sa forme, la LCCJTI remplit trois fonctions fondamentales. **En premier lieu**, elle tente d'aplanir les empêchements juridiques à l'utilisation des technologies de l'information⁵. **En deuxième lieu**, elle offre aux acteurs un guide quant à la sécurité des documents électroniques⁶. Enfin, **en troisième lieu**, elle règle certaines questions liées aux libertés fondamentales⁷. Trois fonctions fort ambitieuses; passablement plus d'ailleurs que celles de la Convention qui, nous le verrons, se cantonne principalement à la première fonction.

B – C.c.Q.

[10] Le C.c.Q., relativement aux documents électroniques, a été bouleversé par la LCCJTI qui a mis de côté les anciennes dispositions s'intitulant les « inscriptions informatisées » pour les remplacer par de nouvelles, référant aux « documents technologiques ». Étant donné l'influence directe de la LCCJTI sur le C.c.Q., nul besoin d'en dire davantage.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

1.2 Présentation de la Convention

[11] Afin d'effectuer le parallélisme de la comparaison, nous dirons quelques mots très brefs sur la Convention, et ce, même s'il s'agit d'un texte bien connu qui a déjà donné lieu à analyse. La Convention est le fruit d'une réflexion ancienne qui remonte aux années 1980⁸ et dont l'une des étapes décisives fut la *Loi modèle de 1996 sur le commerce électronique* (ci après « Loi modèle de 1996 »). Plus souvent qu'autrement, les clauses de la Convention constituent le « plus petit dénominateur commun » en la matière, celle-ci étant le fruit d'intenses négociations entre les États. Ceci explique parfois certaines distances d'avec le droit québécois. La Convention a également été inspirée, même si elle prend parfois une certaine distance avec ce texte, de la *Loi modèle de la CNUDCI sur les signatures électroniques*⁹ (2001).

2 – Présentation sommaire de la comparaison

[12] Ceci se vérifiera dans les propos à venir, il nous apparaît qu'au-delà de ce qui fut communément dit, s'il existe des différences sur le plan applicatif (2), tant la Convention que le droit québécois sont régis par des principes identiques (1).

2.1 – Unité des principes

[13] À première vue, nous l'avons déjà dit, le commentateur pressé aura tendance à dire que les deux corpus de règles, Convention et droit québécois, sont fondamentalement différents. **C'est faux.** En dépit de commentaires doctrinaux critiquant la vision isolée du droit québécois¹⁰, il nous apparaît que s'il existe des dissemblances, elles ne portent **1)** que sur des aspects formels, à savoir, sur l'apparence des deux textes qui effectivement ne sont pas du tout construits de la même façon. Également, lorsque cette distinction porte sur la substance, cela ne sera **2)** que sur des points relativement précis et non quant aux principes de base, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant portant sur le plan applicatif. Enfin, **3)** nous l'avons déjà signalé, l'ambition de la LCCJTI est beaucoup plus grande que celle de la Convention et, de ce fait, elle prévoit un grand nombre de dispositions qui sans être contraires (sauf sur le point de l'écrit que nous reverrons) à cette dernière, outrepassent son domaine d'application. D'ailleurs, et l'annexe au présent document le montre bien, il est possible de comparer dans un même tableau les dispositions de chacun des deux documents pour se rendre compte que tant la substance que les domaines traités sont très similaires. Plus que des différences, il est possible de déceler des rapprochements évidents.

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

[14] **En premier lieu**, les deux droits visent d'abord et avant tout une même fonction fondamentale, à savoir, **éliminer les obstacles juridiques** liés à l'utilisation des documents électroniques¹¹; ce qui est notamment exprimé dans les deux textes par l'expression « sécurité juridique ». Ceci est expressément notifié en tant que principe dans l'annexe de la Convention¹² ainsi qu'à l'article 1.1 de la LCCJTI¹³; cela apparaît aussi de façon comparable lorsqu'il est dit, dans la Convention, à l'article 8 s'intitulant « Reconnaissance juridique des communications électroniques » :

« 1. La 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. »

Un article qui est en effet proche de l'article 5 al.1 LCCJTI¹⁴.

[15] **En deuxième lieu**, la **liberté des parties** qui est un trait directeur de plusieurs des conventions de la CNUDCI, et de plusieurs autres conventions internationales comme la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*¹⁵ est également omniprésente dans les deux droits. La Convention la reconnaît en effet tant dans son annexe¹⁶ en ce qui a trait aux principes généraux que, plus précisément, relativement aux choix des parties envers une ou l'autre des technologies disponibles¹⁷; la LCCJTI, affirme également ce principe à ses articles 2¹⁸ et 29¹⁹, ce dernier article portant spécifiquement sur la technologie de transmission.

[16] **En troisième lieu**, et surtout, la Convention et la LCCJTI, et par la voie de cette dernière, le C.c.Q., intègrent les deux principes « jumeaux » de « **neutralité technologique** » et d'« **équivalence fonctionnelle** ». Deux principes fondamentaux qui ont très tôt été considérés comme les outils permettant qu'une règle de droit ne soit pas, rapidement, considérée comme obsolète au regard de l'évolution rapide des technologies de l'information. Alors que le premier « vise à ce qu'une loi ne favorise pas une technologie plutôt qu'une autre », le second s'assure à ce que l'on parvienne à identifier les fonctions essentielles d'un concept juridique tel que l'écrit, la signature, l'original, etc., et ce, sans référer à un support en particulier (papier ou électronique). Ces principes sont reconnus soit explicitement soit implicitement tant dans la Convention²⁰ que dans le droit québécois²¹.

2.2 – *Divergences d'application*

[17] Ceci étant dit, et comme précédemment mentionné, il existe quelques dissemblances lors de la comparaison entre Convention et droit québécois sur le plan applicatif; certaines sont sans aucun effet; d'autres sont plus problématiques. Relativement aux dissemblances qui ne posent pas de problèmes, il y a, **en premier lieu**, le **vocabulaire** et les **définitions** utilisés dans l'un et l'autre corpus de règles. En effet, la LCCJTI utilise à plusieurs reprises des termes qui lui sont propres et que l'on ne trouve pas forcément dans les autres textes de lois. En fait, cette loi semble vouloir être très en phase avec le vocabulaire utilisé soit en biblio-économie soit en informatique. À titre d'exemple, le terme de document « technologique » utilisé dans la LCCJTI réfère aux « technologies de l'information » alors que la Convention préfère le qualificatif de document « électronique ». La LCCJTI considère en effet que ce dernier terme fait trop référence à une technologie en particulier et en exclu d'autres; en revanche, le terme « électronique » est bien compris et dispose généralement d'un sens générique qui ne pose généralement pas de problème. Quoiqu'il en soit, nous croyons qu'il n'existe pas de différences à souligner entre, d'une part, les articles 4 (b)²² et 4 (c)²³ de la Convention, qui définissent respectivement « communication électronique » et « message de données » et, d'autre part, les articles 1 alinéa 2²⁴ et 4²⁵ LCCJTI qui évoquent le terme de « document technologique ». En effet, dans les deux cas, les **deux textes tentent d'être le plus inclusif possible** et l'on établit généralement une différence entre le document et son support²⁶. Outre le terme de « système de messagerie automatisé » définit à l'article 4g) de la Convention, que nous verrons ultérieurement²⁷, les autres définitions ne sont pas susceptibles de poser de problème d'incompatibilité avec le droit québécois.

[18] **Autre élément de distinction**, la **portée** de la Convention est forcément différente de celle de la LCCJTI; en fait, elle est passablement plus réduite que celle de cette dernière. En effet, la Convention prévoit un domaine d'exclusion relativement important et uniforme tel que défini à l'article 2. **D'abord**, la Convention ne s'applique pas **1)** aux opérations personnelles et nationales; **2)** pour une série d'autres exclusions expresses énumérées à l'article 2 concernant le domaine commercial et notamment les modalités de paiement; **3)** les documents au porteur comme les connaissements maritimes. Ces trois exclusions sont dans les faits substantiellement importantes et concernent des domaines où il est plus difficile d'obtenir un consensus international. La Convention a donc évacué les thèmes (comme les contrats de consommation) où il était prévisible que des divergences de vue apparaissent. La LCCJTI a au contraire pour effet de s'appliquer à l'ensemble des documents et de très rares domaines donnent lieu à exception. Par exemple, la LCCJTI a modifié la *Loi sur la protection du consommateur* pour que certains contrats formels, spécifiquement identifiés dans la loi, et non

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

l'ensemble des contrats de consommation, ne puissent se faire que par le biais d'un contrat papier²⁸. Hormis ces rares exceptions, la LCCJTI a pour objet de s'appliquer en toutes circonstances. **Ensuite**, la Convention ne s'applique **1)** qu'aux contrats, contrats qui de surcroît **2)** sont internationaux et **3)** ne touche pas aux règles substantielles s'appliquant au droit des contrats²⁹. Ces deux limitations (exceptions et domaine contractuel) font que le domaine d'application est relativement circonscrit. Dans les faits, cette différence de portée ne devrait pas poser de difficultés dans la mesure où l'adhésion éventuelle à la Convention par le Canada n'aurait pas pour effet de balayer la LCCJTI dont l'application est très large. Dans la mesure où le domaine de la Convention est beaucoup plus petit, le risque de divergences en est d'autant moins élevé. En ce qui a trait aux dissemblances plus problématiques, cela concerne accessoirement l'original et surtout l'écrit que nous verrons en profondeur.

III. Modalités de formation des contrats électroniques

[19] La partie 1 que nous abordons maintenant constitue l'étude du cœur de la Convention; l'identification des raisons pour lesquelles la Convention mérite d'être considérée. Or, elle vise à remplir deux fonctions essentielles préalablement identifiées : **d'abord**, elle cherche à intégrer davantage de sécurité juridique en définissant des concepts majeurs au droit des contrats pour que ceux-ci ne soient pas liés au seul papier, tel l'écrit, la signature et l'original (Section 1). **Ensuite**, elle propose un guide sur certains éléments plus ponctuels liés à la formation des contrats électroniques (Section 2).

1 – Règles de formalisme

[20] L'équivalence fonctionnelle précitée n'est pas qu'un principe théorique. Elle a pour objectif, d'abord et avant tout, de permettre de définir des concepts sans référence au support et notamment, principalement, ceux d'écrit, de signature et d'original, tel que prévus à l'article 9 de la Convention.

1.1 – Écrit

[21] L'écrit est sans aucun doute la principale source de distinction entre la Convention et le droit québécois. Je dirai même la seule véritable opposition; une divergence d'autant plus problématique qu'elle concerne un élément central des deux textes.

En effet, la première considère à l'article 9 (2) l'écrit réalisé dès lors que

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

« l'information qu'elle (la communication électronique)
contient est accessible **pour être consultée**
ultérieurement. ». (nos soulignements)

Ce critère de « consultation ultérieure » est absent de la LCCJTI³⁰ qui préfère plutôt celui d'**intégrité** tel que prévu à l'article 2838 C.c.Q. :

« 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. » (nos soulignements)

[22] Au Canada, on est donc confronté à une situation très simple : d'un côté, la plupart des provinces ont adopté dans leur loi respective le critère de « **consultation ultérieure** » issue de la *Loi modèle de 1996*. Ce fut le cas en Alberta (article 11), en Colombie-Britannique (article 6), à l'Île du Prince Édouard (article 7), au Nouveau-Brunswick (article 7), en Nouvelle-Écosse (article 8), en Ontario (article 6), au Saskatchewan (article 9), à Terre-Neuve (article 8) et au Yukon (article 7). Seul le Manitoba ne semble pas avoir suivi la définition de l'écrit au regard de ce critère ; ni par aucun autre d'ailleurs³¹. De l'autre côté, le droit québécois a misé sur celui de « **l'intégrité** ».

[23] Dans le présent rapport, notre préférence pour l'un des critères plutôt que pour l'autre sera annoncée dans la Partie 2. Mais avant cela, il importe de présenter les deux éléments suivants.

[24] **En premier lieu**, sur le plan technique, ce sont des critères qui se réalisent très différemment. Une page Internet accessible après la signature d'un contrat pourrait remplir l'exigence de « consultation ultérieure » mais avoir été altérée par son auteur ; elle serait donc accessible mais pas intègre. Un fichier « pdf » pourrait au contraire respecter le critère d'intégrité mais il ne permet pas forcément, sauf ajout de cette fonctionnalité, de respecter à lui seul celui de la « consultation ultérieure ».

[25] **En deuxième lieu**, ces critères découlent tous deux du principe de l'équivalence fonctionnelle. Or, ces fonctions de l'écrit, quelles sont-elles ? Historiquement, l'une des toutes premières études sur le sujet est tout simplement le

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

Guide d'accompagnement de la *Loi-modèle de 1996* qui avait identifié 11 fonctions pouvant être associées à l'écrit.

« Lors de l'élaboration de la Loi type, une attention particulière a été accordée aux fonctions traditionnellement assurées par diverses formes d'«écrits» sur papier. C'est ainsi, par exemple, que la liste non exhaustive ci-après indique les raisons pour lesquelles la législation nationale exige la présentation d'«écrits» : **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. »³² (nos soulignements)

[26] Selon la Convention, et la Loi-modèle de 1996 avant elle, la satisfaction de ces fonctions peut donc être réalisée dès lors que le document devant remplir ce rôle d'écrit est accessible et autorise la « consultation ultérieure ». Il était également dit que le critère choisi devait ne pas être trop contraignant, l'exigence de l'écrit devant être vue

« **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 écrits. »³³. (nos soulignements)

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[27] La LCCJTI, et par voie de conséquence le C.c.Q., a plutôt privilégié l'intégrité. Toujours selon le critère de l'équivalence fonctionnelle, l'on a considéré que la fonction de preuve d'un document devait, quel que soit le support, respecter cette condition. Notons que la LCCJTI ne semble considérer que la seule fonction *ad probationem*³⁴ et non *ad validitatem*, distinction qui n'apparaît pas dans la Convention. Or l'aspect symbolique qu'un écrit est susceptible d'avoir parfois, - ce que le Guide d'accompagnement de la *Loi-modèle de 1996* identifie sous la fonction de « prise de conscience » -, ne se traduit absolument pas dans ce critère d'accessibilité et de « consultation ultérieure ».

[28] Deux solutions se confrontent donc. Solutions que l'on retrouve l'une est l'autre dans d'autres pays. La « consultation ultérieure » se retrouvant notamment en Australie³⁵ et dans un cas, aux États-Unis³⁶. Le critère de l'intégrité prévaut notamment en France³⁷. Face à ces difficultés, il est notable que certaines instances canadiennes ont tenté d'éviter le problème en cumulant les conditions³⁸. Si cela demeure assurément possible, ceci ne constitue pas une solution qu'il nous apparaît pertinente de recommander eu égard à la charge supplémentaire que cela occasionnerait.

1.2 – Signature

[29] La signature ne pose selon nous pas autant de problème. Même si la définition a évolué depuis 1996 et la Loi-modèle, la Convention se base sur deux groupes d'éléments identifiés à l'article 9 (3). Le premier concerne les deux fonctions cumulatives de la signature, conformément au principe de l'équivalence fonctionnelle, à savoir, **1)** l'identité du signataire et **2)** l'intention liée à « l'information contenue dans la communication électronique ». Le second évoque de surcroît un certain niveau de fiabilité, proportionnel aux circonstances.

[30] Lorsque l'on compare ce texte au droit québécois, l'on peut se rendre compte que seul le premier groupe est formellement requis. En effet, l'article 2827 C.c.Q., quasiment pas modifié par la LCCJTI³⁹, dispose de la signature ainsi :

« **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. »

[31] Cet article évoque donc expressément les deux fonctions précitées. Deux fonctions présentent dans le C.c.Q., et ce, même s'il existe un changement qui distingue

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

la Convention de la *Loi modèle de 1996*. En effet, alors que cette dernière parle d'approbation du signataire du contenu de l'information, la Convention a préféré utiliser l'expression « volonté de cette partie concernant l'information ». Ce terme, plus neutre, et prenant sans doute davantage de distance avec le domaine contractuel, nous apparaît ne pas poser de problème avec la définition québécoise, utilisant, quant à elle, celui de « consentement ».

[32] En revanche, rien n'est dit dans le C.c.Q. quant à l'exigence de fiabilité prévue à **9 (3) (b) (i)** de la Convention. Néanmoins, bien que non explicite, cette condition est assurément requise implicitement pour tout mode de signature. La technique n'a en effet jamais été absente de l'appréciation d'une signature, qu'elle soit manuscrite ou non. Simplement, la technologie qu'est le papier est devenue si commune, connue et socialement appréhendée, que la référence au support en tant que technologie est devenue transparente au concept même de signature. Transparente mais pas absente. Aussi, quand il s'agissait d'analyser le support papier pour effectuer une éventuelle négation d'une signature, son étude exigeait généralement l'intervention d'un expert « technologique » (comme un graphologue) qui faisait état de données technologiques pour étayer sa position⁴⁰.

[33] Cette absence d'incompatibilité entre le droit québécois et la Convention sur la signature est d'autant plus vraie que l'article 9 (3) (b) (ii) introduit davantage de souplesse en prenant de la distance d'avec le critère de fiabilité. En effet, cette dernière exigence est sensiblement amoindrie par l'introduction de cet article qui considère que la signature est pleinement réalisée dès lors que les deux conditions du premier groupe de conditions sont par ailleurs réunies.

1.3 – Original

[34] Concernant l'original, il est possible là encore d'identifier certaines dissemblances entre la Convention et le droit québécois, précisément l'**article 12 de la LCCJTI** qui le définit. Ceci se comprend d'autant mieux que l'original n'est pas sans lien avec l'écrit qui, nous l'avons vu, est traité différemment dans les deux corpus de règles. La différence principale tient au fait que la LCCJTI a opéré une identification plus précise des fonctions qu'un original est susceptible d'avoir. En effet, trois fonctions sont expressément mentionnées :

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

« 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** ;

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. »⁴¹ (nos soulignements)

[35] La première fonction est la plus courante et pourrait être par exemple un contrat entre deux parties. La deuxième correspond, par exemple, à un titre au porteur ou un connaissance maritime. La troisième enfin, pourrait être un testament ou un certificat numérique.

[36] La Convention ne va pas aussi loin, l'**article 9 (4)** ne semblant prévoir que la première hypothèse de la loi québécoise mais pas les deux autres.

« 4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat **soit disponible ou conservé sous sa forme originale**, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique :

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

- a) S'il existe une **garantie fiable quant à l'intégrité** de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et
- b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit **disponible**, cette information peut être présentée à la personne à laquelle elle doit être rendue disponible. »

[37] Là encore, dans les deux cas on se sert de l'équivalence fonctionnelle pour déterminer les critères qui se matérialisent cette fois presque de la même façon. En effet, les deux textes ont en commun **1)** la nécessaire intégrité, intégrité d'ailleurs définie de manière très proche entre l'article 6 alinéa 2 LCCJTI et l'article 9 (5) de la Convention⁴², et ce, durant tout le cycle de vie du document. Les deux normes demandent aussi **2)** que l'original soit accessible : si la Convention utilise le terme de « disponible », la LCCJTI demande quant à elle qu'il soit conservé pour servir de « référence ultérieurement ». Ce qui est très proche.

[38] Point de problème majeur de comptabilité quant à la réalisation des critères de la première fonction de l'original. En revanche, comme nous venons de le dire, la Convention est muette tant sur **l'unicité** associée parfois à certains originaux – et ce, même si cette fonction fut longtemps discutée lors des audiences de la CNUDCI –, que sur le **lien qu'un original peut avoir avec une personne**. Il est vrai que la première fonction est sans doute la plus commune dans le domaine d'application de la Convention, à savoir, les contrats internationaux. Il est vrai aussi que la fonction d'unicité devient largement secondaire dans le commerce international dès lors que l'article 2 alinéa 2 exclu de nombreuses hypothèses liées à cette fonction⁴³ et que la fonction de lien avec la personne est également fort diminuée dès lors que le même article, mais l'alinéa 1 (a) cette fois, exclu les « [c]ontrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques ».

[39] La Convention en choisissant, encore une fois, de ne définir que le plus petit dénominateur commun, se trouve à être potentiellement en conflit avec le droit québécois. Cette fois le problème ne se pose pas tant sur les critères utilisés, qui se ressemblent beaucoup, que sur la recherche des fonctions qu'un original est susceptible d'avoir. Certes, dans l'hypothèse où un tribunal aurait à interpréter la compatibilité entre

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

ces deux documents, il pourrait éventuellement dire que la Convention ne s'appliquera pas dans l'hypothèse où le droit québécois est plus précis que la Convention. Il pourra également prétendre que le droit québécois s'appliquera dans la mesure où la Convention n'a pas cru bon de déterminer des critères pour l'original devant remplir certaines fonctions. Cela demeure néanmoins une situation difficile à prédire, le droit applicable risquant de changer selon la fonction que l'original entend respecter, d'autant que la recherche des fonctions d'un original n'étant parfois pas très simple à déterminer. Dans un nombre très limité de cas, un risque de divergence entre les deux textes est susceptible d'apparaître.

2 – Autres modalités de formation des contrats électroniques

[40] Outre ces règles de formalisme associées à la trilogie de l'écrit – signature – original, la Convention entend éclaircir d'autres éléments incidents dont deux nous apparaissent plus importants que les autres. Il y a en premier lieu la question du lieu et du moment de réception et d'expédition de document électronique (1); il y a aussi le débat récurrent quant à l'utilisation d'outils automatisés, se substituant à l'intervention humaine, aux niveaux de sophistication fort divers (de logiciels prenant des décisions à la place de personnes, au simple formulaire disponible sur une page Internet) (2). Nous ne développerons en revanche pas davantage la question relative à la qualité d'une offre électronique, telle que considérée à l'article 11 de la Convention⁴⁴. Cette question nous apparaît plus secondaire et en fait conforme à ce que le C.c.Q. a toujours prévu sur la question en établissant le caractère non équivoque de l'offre⁴⁵.

2.1 – Lieu et moment de l'expédition et de la réception de document électronique

[41] Sur ce point, il est possible de constater un parallélisme assez fort entre les dispositions de la Convention et celles de la LCCJTI. En effet, les seules distinctions que l'on peut noter tiennent **1)** à des différences de vocabulaire qui concernent des termes qui sont parfois de parfaits synonymes et **2)** au fait que la Convention réfère au concept bien connu « d'établissement » qui revêt une pertinence bien évidente en ce qui a trait aux contrats internationaux.

[42] Sur le vocabulaire **en premier lieu**, il est frappant de constater les ressemblances existant entre les deux textes, précisément, l'article 10 de la Convention et l'article 31 de la LCCJTI. C'est vrai pour le **moment de l'expédition** correspondant, selon la Convention, au

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

« moment où cette communication **quitte** un système
d'information **dépendant de l'expéditeur** ».

La LCCJTI dispose plutôt que cela peut être identifié :

« lorsque le geste qui marque le début [du parcours
document] vers l'adresse active du destinataire est accompli
par **l'expéditeur** ou sur son ordre et que ce parcours ne
peut être **contremandé** ».

Dans les deux cas, on relève que la **perte du contrôle du document par l'expéditeur**
constitue l'élément déterminant.

[43] Concernant le **moment de la réception**, la Convention prévoit que celle-ci
correspond au

« moment où cette communication peut être **relevée** par
une adresse électronique que celui-ci a désignée. »

La LCCJTI préfère utiliser le terme **d'accessibilité** en établissant qu'un document

« est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient **accessible** à
l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être
l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un
document ».

[44] Là encore, on peut signaler quelques très faibles différences peuvent être
relevées, et ce, sans aucunement opposer les deux textes. D'abord, la Convention prend le
soin de prévoir la situation où l'adresse du destinataire n'est pas désignée, ce que ne fait
pas formellement la LCCJTI. Dans ce cas en effet, c'est la « prise de connaissance » qui
constitue le moment de réception. La LCCJTI offrant une présomption de réception dans
la seule hypothèse où l'adresse est désignée, on peut « présumer » que la solution soit la
même au regard du droit québécois. Ensuite, une présomption d'intelligibilité du
document reçu est établie dans la LCCJTI, ce qui n'est pas le cas dans la Convention.
Cela constitue pourtant une différence fort mineure.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[45] **En second lieu**, la Convention prévoit dans son article 10 une présomption que tant le document reçu qu'envoyé est attaché respectivement au lieu de « **l'établissement** » du destinataire et de l'expéditeur. L'article réfère également à l'article 6 de la Convention, s'intitulant « Lieu de situation des parties », qui précise, dans un environnement électronique, à quoi correspond cet établissement. Il s'agit là d'un concept commun et régulièrement utilisé en droit des contrats internationaux – comme dans la Convention de Vienne –, mais qui ne s'imposait pas dans le contexte purement « local » du C.c.Q. Il est donc tout à fait normal que ce dernier n'y réfère pas. Là encore, aucune opposition n'est à signaler; au contraire, la Convention complète pour l'international ce que le droit québécois prévoit dans un contexte local.

[46] Notons enfin que la Convention n'a pas trouvé utile de revenir sur la sempiternelle question du lieu et moment de formation du contrat international. En effet, ceci est déjà traitée par la Convention de Vienne de 1980⁴⁶, et ce, il peut être utile de le redire, de façon globalement similaire à ce qui prévaut dans le C.c.Q. qui met également de l'avant la théorie de la réception⁴⁷.

2.2 – *Contrat automatisé*

[47] La plupart des lois souhaitant encadrer le commerce électronique ont pris le soin de s'assurer qu'un juge ne puisse remettre en cause une transaction par le seul fait, comme il est possible de le faire avec les technologies de l'information, que l'un ou les deux protagonistes utilisent un agent électronique. La Convention n'y échappe donc pas, utilisant le terme de « **système de messagerie automatisé** » qu'elle définit ainsi à l'article 4 (g) :

« g) Le terme « système de messagerie automatisé » désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou pour répondre en tout ou en partie à des messages de données ou à des opérations, sans intervention ou contrôle d'une personne physique à chaque action entreprise ou réponse produite ».

[48] Une définition qui semble parfaitement compatible avec le concept de « **document préprogrammé** » tel qu'utilisé dans la LCCJTI à son article 35; compatibilité d'autant plus grande que cette dernière ne définit pas ce que c'est. Suite à la définition de l'article 4 (g), et de façon très minimaliste, la Convention précise seulement à l'article 12 que

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

« [l]a validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés ne peuvent être contestées au seul motif qu'une personne physique n'est pas intervenue ou n'a pas contrôlé chacune des opérations exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte. »

[49] Ainsi, plutôt que de régir les façons de faire, on affirme que c'est possible de contracter par le truchement d'un agent électronique, mettant de côté le débat sur le possible risque d'insécurité juridique lié au fait qu'une « machine » pourrait ne pas avoir la capacité juridique pour agir. Un argument que d'ailleurs, au meilleur de ma connaissance, aucun juge n'a jamais évoqué. Mais le seul fait de mentionner cet élément eut été insuffisant. Aussi, tant la Convention, à son article 14⁴⁸, que la LCCJTI, à son article 35⁴⁹, vont établir une ligne de démarcation entre les obligations de celui que nous appellerons « **l'utilisateur** » (celui qui utilise l'agent électronique) et celui que nous nommerons le « **gestionnaire** » de l'agent électronique (celui qui le met en place). Une ligne de démarcation qui se doit donc d'être comparée dans les deux textes et où il est d'ores et déjà possible de dire que, loin d'être contradictoires, les dispositions en cause se distinguent plutôt sur des éléments de détails.

[50] En effet, la Convention introduit un **droit de retrait** à l'utilisateur de l'agent électronique dès lors que le gestionnaire n'a pas mis en place une procédure de correction d'erreur. Selon une approche « négative », on sanctionne donc le gestionnaire qui n'aurait pas mis en place une telle procédure. La LCCJTI quant à elle suit une approche plus « positive » en exigeant une telle procédure mais avec un effet identique, à savoir, « sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction ». Dans les deux cas, les dispositions établissent une sorte de **compromis** entre, d'une part, l'introduction d'une certaine dose de sécurité juridique pour empêcher une annulation « prétexte » de la part de l'utilisateur de l'agent électronique et, d'autre part, l'obligation pour le gestionnaire de tels outils à **1)** se responsabiliser en permettant à l'utilisateur de corriger d'éventuels erreurs et **2)** à ne pas faire supporter les conséquences du choix d'utiliser un agent électronique sur les épaules de l'utilisateur. Cette répartition des obligations est donc motivée par le « gros bon sens » et c'est sans doute pour cela qu'il n'existe pas de distinction majeure entre les deux droits.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[51] En revanche, sur le plan applicatif toujours, deux très légères distinctions sont à signaler. **D'abord**, la Convention mentionne que deux conditions cumulatives sont nécessaires pour que l'utilisateur puisse évoquer ce droit de retrait : **1)** aviser diligemment le gestionnaire de l'erreur et **2)** ne pas avoir tiré avantage de la situation. Ces conditions n'existent pas formellement dans l'article de la LCCJTI. Néanmoins, je ne suis pas sûr qu'elles en soient absentes tant elles tiennent de l'évidence. **Ensuite**, la LCCJTI exige, outre la procédure de correction, que **1)** des instructions soient données pour ce faire, et ce, **2)** dans les « meilleurs délais ». Le premier point nous semble une conséquence de l'approche « positive » précitée de la LCCJTI; le second a volontairement été omis de la Convention, laissant la question justement à la responsabilité des États. Des différences mineures donc qui ne sont pas susceptibles, selon nous, de poser de problèmes majeurs.

IV. Modalités d'application de la Convention

[52] La partie préliminaire et surtout la partie première avaient principalement pour objet de faire le constat et l'analyse des différences et des ressemblances existant entre les deux corpus de règles. **Il importe désormais de tirer les conséquences**, pour le Québec, de cette situation. D'ores et déjà, il nous est possible de dire, qu'en dépit des ressemblances mentionnées, les distinctions relatives à l'écrit sont majeures et pose un problème d'autant plus « rageant » que, d'abord, c'est le seul qui soit vraiment difficile à réconcilier et, ensuite, que la Convention suit une politique du « quitte ou double » en ne permettant pas l'adoption de réserves (article 22). Deux aspects que nous traiterons donc dans la première section de cette seconde partie. Ensuite, dans une seconde section, nous nous intéresserons à la recommandation proprement dite.

1 – Impossible réconciliation entre le droit québécois et la Convention

[53] Une réconciliation difficile nous apparaît donc relativement à l'écrit et uniquement à l'écrit. Car sans qu'il soit nécessaire d'en dire beaucoup plus, nous croyons que les distinctions qui sont susceptibles de survenir relativement au concept d'original sont supportables. D'abord, le critère de base est dans les deux cas celui de l'intégrité. Ensuite, il est possible d'envisager que dans les très rares cas où les fonctions 2 et 3 décrites à l'article 12 LCCJTI – et dont nous n'avons pas été capable de trouver des exemples, en dehors des domaines exclus à l'article 2 de la Convention, dans des documents internationaux – la spécificité de la LCCJTI demeure applicable face à la généralité de la Convention.

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

1.1 – Irréconciliable « écrit »

[54] Nous l'avons vu précédemment, l'écrit se matérialise différemment dans les deux droits. Deux matérialisations qui, si elles répondent à des principes identiques, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle, se traduisent différemment. Cette distinction peut se justifier de deux façons différentes. **En premier lieu**, ces textes n'ont pas la même fonction. Alors que la Convention cherche à harmoniser les différents droits nationaux, la LCCJTI appréhende davantage le concept selon une vision propre au droit civil. Alors que le premier texte est axé vers l'extérieur, le second est plus introspectif et considère la question au regard de tous les écrits prévus dans le C.c.Q. **En second lieu**, la Convention entend gérer le passage du papier à l'électronique, et incidemment le faciliter; la LCCJTI, sur ce point, si elle cherche aussi à remplir cet objectif, est davantage à la recherche d'un critère « universel » qui soit applicable quel que soit le support utilisé, le papier ou l'électronique. Ces deux approches expliquent sans doute que les rédacteurs respectifs n'étaient donc pas dans le même état d'esprit.

[55] Aussi, face à cette difficulté de concilier les deux définitions, et contrairement à ce que nous avons cru dans la partie 1, nous ne pouvons faire l'économie d'un choix entre les deux. Aussi, les quelques lignes qui suivent entendent montrer que le critère d'intégrité se justifie selon nous parfaitement dans le contexte du droit québécois et adopter celui de la « consultation ultérieure » dénaturerait la cohérence de ce dernier. Ceci se justifie tant pour les critiques que l'on peut apporter au critère de la Convention que sur les qualités associées à celui de la LCCJTI.

A – Critique du critère de la « consultation ultérieure »

[56] Bien au-delà du fait que la Convention est parfois qualifiée comme étant un texte inspiré par les principes de *common law*⁵⁰, ce sont plusieurs des qualités propres au critère de « consultation ultérieure » qui sont susceptibles de poser problème. **En premier lieu**, le concept « d'écrit » est perçu dans la Convention de façon très étroite et prend le soin de distinguer le formalisme associé au « simple écrit », à l'écrit *stricto sensu*, de celui concernant « l'écrit signé » ou « l'écrit original ».

« 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

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

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". »⁵¹

[57] Or, une telle interprétation a pour effet de vider de tout sens l'écrit *stricto sensu* qui, seul, risque de rarement être associé à un écrit que l'on trouvera dans un texte international. La Convention prend donc bien soin de limiter sa portée. De surcroît, lorsque viendra le temps de déterminer l'existence d'un écrit, il faudra identifier si celui-ci prévu dans une convention internationale par exemple voulait dire un « simple écrit », un « écrit signé » ou un « écrit original ». Alors que la Convention a pour vertu d'offrir des critères afin de rationaliser, objectiver, le passage du papier à l'électronique, nous craignons qu'au contraire l'exercice soit aussi ambiguë que de déterminer le « sexe des anges ».

[58] **En deuxième lieu**, si le concept d'écrit est étroit, le critère de sa réalisation, à savoir la « consultation ultérieure », est lui passablement large, volontairement large, comme nous l'avons déjà vu. Il se veut inclusif afin de permettre au plus grand nombre possible d'États de devenir partie à la Convention la plus étendue possible et ne pas empêcher la qualité d'écrit à une technologie en particulier. Mais permettre trop facilement la réalisation de l'écrit n'est selon nous pas forcément salubre relativement à une formalité qui, si elle est totalement dénaturée, perd sa raison d'être. Une réalisation d'un critère qui pourra par exemple s'effectuer *via* un lien hypertexte sans que celui-ci ne soit mis en exergue lors de la formation de l'acte par exemple.

[59] Cela nous amène à un **troisième travers** que l'on peut identifier relativement au critère de « consultation ultérieure ». À savoir, ce dernier est assurément un critère qui permet de remplir la fonction probatoire d'un document; en revanche, il ne permet aucunement de satisfaire l'exigence d'une formalité *ad validitatem* qui avait pourtant été identifiée dans les travaux préparatoires de la CNUDCI sous l'appellation de « prise de conscience »⁵². En effet, l'écrit est souvent exigé afin de ralentir le processus et mettre en exergue l'importance d'une clause ou d'un agissement. Or, même si le cocontractant peut consulter un contrat après sa conclusion, l'exigence de l'écrit n'aura pas rempli sa fonction formelle de protection avec un pareil critère.

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

[60] Enfin, **en dernier lieu**, nous croyons que ce critère de « consultation ultérieure » est relativement neuf et constitue, au meilleur de notre connaissance, une invention élaborée lors des discussions sous l'égide de la CNUDCI. Aussi, ce critère ne dispose pas d'une ancienneté significative et il m'est difficile de dire s'il sera capable de résister à l'épreuve du temps. Il n'est donc pas inutile de développer une certaine suspicion vis-à-vis des constructions juridiques nouvelles. Conformément à une parole généralement attribuée au professeur Carbonnier, il faut « légiférer en tremblant ». Or, en toute déférence, les documents internationaux, et notamment les six nommés à l'article 20 de la Convention, font preuve d'une instabilité assez grande quant aux exigences de forme liées à l'écrit, passant de « l'écrit signé »⁵³, au document incluant télégramme et télex⁵⁴, au concept « d'enregistrement complet (...) permettant une authentification de la source »⁵⁵, à l'absence de toute forme⁵⁶ et enfin à la « référence ultérieure »⁵⁷. Une instabilité qui apparaît tout particulièrement aussi dans la nouvelle version de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*⁵⁸ qui ne parvient pas à identifier une seule solution mais bien deux, optionnelles, dont la première qui évoque même la possibilité d'un « écrit verbal » qui va sans doute donner quelques difficultés d'interprétation aux juges.

B – Adéquation du critère de l'intégrité dans le contexte québécois

[61] De l'autre côté, le critère de l'intégrité tel qu'adoubé par la LCCJTI présente plusieurs avantages. **D'abord**, ce critère ne nous apparaît pas propre aux technologies de l'information mais va s'appliquer au papier de la même façon. Comme mentionné préalablement, la LCCJTI n'est pas dans la même optique de « raccommodage » comme l'est, selon nous, la Convention. Plus précisément, outre cet office de conciliation entre papier et électronique que la Convention recherche, la loi québécoise recherche en effet un critère plus « universel » qui puisse s'appliquer quel que soit le support utilisé. **Ensuite**, ce critère tel que décrit à l'article 2838 C.c.Q. ne prévaut que pour la fonction de preuve et non *ad validitatem*⁵⁹. **Encore**, mentionnons que le critère de l'intégrité est sans doute en conformité avec la doctrine et la jurisprudence qui prévalait pour le papier, à la nuance près que le terme utilisé préalablement était plus souvent celui « d'authenticité » que « d'intégrité », ce qui ne nous apparaît pas problématique⁶⁰. **Enfin**, mentionnons que la critique apportée par les commentaires associés à la Convention vis-à-vis de l'inaltérabilité ne s'applique pas à l'intégrité. En effet, il est dit au paragraphe 145 :

« la notion d'inaltérabilité ne devrait pas être considérée comme inhérente à celle d'écrit, en tant que condition absolue, car un document écrit au

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

crayon pourrait néanmoins être considéré comme un
“écrit” selon certaines définitions juridiques. »⁶¹

Soit. Mais inaltérabilité n'est pas intégrité, un document au papier à mine pouvant parfaitement être intègre; tout comme un courriel dont l'inaltérabilité est équivalente de celle du précédent exemple.

[62] D'un autre côté, ni le LCCJTI ni le C.c.Q. ne définissent expressément l'écrit. Et si l'article 2838 C.c.Q. prévoit spécifiquement le critère d'intégrité pour quatre des cinq catégories d'écrits prévus dans le C.c.Q., celle des « autres écrits » ne semble pas y être clairement assujettie, si ce n'est, peut-être, *via* l'article 5 al. 3 LCCJTI qui semble lui aussi choisir le critère d'intégrité⁶² à tous les documents⁶³. De toutes les façons, si un doute devait persister quant au critère applicable aux « autres écrits », ce ne peut en aucun cas être celui de « consultation ultérieure » qui est de toutes les manières étranger à la LCCJTI et au C.c.Q.

1.2 – Manque de souplesse de la Convention

[63] En préalable, il importe de mentionner que la question des modalités pour devenir partie à la Convention traitée au présent paragraphe ne fait pas partie de notre domaine d'expertise. Cela étant dit, il nous apparaît pourtant assez clair que la réconciliation entre les deux concepts « d'écrit » est difficile à domestiquer, la Convention ayant adopté à l'article 22 un ton ferme en interdisant formellement les réserves :

« aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente
Convention. »

[64] Un ton ferme d'autant plus surprenant qu'il semble être assez rare⁶⁴. Un terme qui est plus ferme que celui de « déclaration » dans la mesure où il donne lieu à un régime très encadré, prévu notamment aux articles 19, 20, 21 et 23 de ladite *Convention de Vienne sur le droit des traités*. La Convention privilégie en revanche le système de « déclaration », un outil qui semble disposer d'un encadrement moindre, et ce, même si les effets sont à plusieurs égards comparables⁶⁵. En utilisant de telles déclarations, un État ne peut aussi aucunement contester la déclaration d'un autre État.

[65] Des déclarations semblent possibles relativement à sept circonstances. Si celles relatives aux articles **17 (4)** (sur les organisations régionales d'intégration économique), **19 (1)** (sur la date d'application de la Convention), **20 (2)**, **20 (3)** et **20 (4)**

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

(sur le cas particulier de certaines conventions), ne sont clairement pas applicables relativement à notre problème « d'écrit », deux éléments semblent pouvoir être soulevés ici. **En premier lieu**, concernant l'**unité territoriale nationale**, l'article **18 (1)** prévoit :

« Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration. »

[66] Au meilleur de notre connaissance, de notre compréhension, il importera pour le Canada d'évaluer la possibilité de se réclamer de cette possibilité de déclaration en ce qui a trait à la Province du Québec. Nous ne croyons pas devoir nous prononcer sur cette possibilité dans la mesure où cela sort de notre mandat. En effet, dans l'un ou l'autre cas (signature de la Convention avec déclaration excluant le Québec ou non signature de la Convention), le droit québécois ne sera pas assujéti à la Convention. De plus, cette matière demeure en dehors de notre champ de compétence; néanmoins, il semble que cette possibilité vise surtout les hypothèses d'un changement ultérieur du droit d'une province, hypothèse qui nous l'avons vu, ne nous apparaît possible en l'occurrence⁶⁶.

[67] **En second lieu**, toujours dans cette recherche de souplesse autorisée par la Convention, l'article **19 (2)** prévoit que :

« 2. Tout État contractant peut exclure du champ d'application de la présente Convention les matières spécifiées dans une déclaration faite conformément à l'article 21. »

[68] Malheureusement, la compréhension de cet article, et son interprétation disponible dans les notes explicatives⁶⁷, ne nous permettent pas de croire que cet article puisse être utilisé en l'occurrence.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

2 – Recommandation de ne pas adhérer à la Convention

[69] L'application de la Convention par le Canada, au regard de l'état du droit québécois, est une question passablement plus complexe qu'au regard de la plupart des droits des autres provinces de *common law*. En effet, ces dernières ont généralement suivi des approches, tant substantielle que formelle, très calquées sur la *Loi-modèle de 1996* dont s'inspire aussi très largement la Convention. Néanmoins, en dépit de différences qui ne sont pas forcément majeures et au regard de la présente analyse d'auteur, **il nous apparaît difficile pour le Canada d'adhérer à la Convention sans nuire à la cohérence du droit québécois**. Ce propos se justifie selon nous à la fois sur les raisons déjà évoquées, mais aussi sur plusieurs constats que nous nous permettons de présenter ici.

[70] **D'abord**, il est difficile pour le Québec de modifier le critère d'intégrité sans bouleverser sa propre cohérence. Il est difficile d'admettre que le Québec puisse utiliser un critère d'écrit pour ses transactions internationales qui soit distinct, tant sur le plan conceptuel qu'applicatif, de celui utilisé pour ses actes internes.

[71] **Ensuite**, l'état des signatures de la Convention par les États est en date de février 2008 de 18⁶⁸, la date de clôture étant normalement le 16 janvier 2008 (article 16 al. 1). Outre la Russie et la Chine, et en toute déférence, aucune de ceux-ci ne semblent être des partenaires déterminants pour le Canada. Si la situation des États-Unis est sans doute plus favorable à une telle signature, les pays européens semblent au contraire plus réticents⁶⁹. Aussi, pour le moment, il semblerait que la CNUDCI ne soit pas totalement parvenue à créer le consensus recherché.

[72] **Encore**, nous constatons une tendance somme toute assez récente dans certains documents internationaux à vouloir simplifier les manifestations formelles, voire les annihiler. Cela se traduit selon nous dans l'extrême simplicité formelle que l'écrit requiert dans la Convention. Mais absence de forme ne peut pas dire absence de preuve et je ne suis pas sûr de croire que la simplicité des formes doive être associée à un progrès, surtout dans un contexte électronique où l'absence de matière physique pourrait nécessiter d'être compensé, justement, par plus de forme⁷⁰.

[73] **Enfin**, il s'agit d'un débat qui est notamment très présent dans le domaine de l'arbitrage où l'opposition entre les défenseurs, d'une part, d'un écrit « fort » *versus*, d'autre part, ceux d'un écrit « faible » ou absent a empêché de parvenir à un changement formel de la Convention de New York de 1958, si ce n'est pas la voie de normes informelles (*soft law*), d'ailleurs passablement peu claires et offrant – fait que je crois

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

unique – des clauses optionnelles⁷¹. Or, la Convention nous donne l'impression qu'elle va tenter de régler en général un problème qui n'a pu être réglé dans ce cas particulier de l'arbitrage. L'écrit est donc peut être un concept plus complexe, plus variable, que la définition très simple, voire simpliste, que veut imposer la Convention.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

ANNEXE 1

TABLEAU COMPARATIF		
CONVENTION		QUÉBEC
ÉLIMINER OBSTACLES	ANNEXE, considérant 4 : <i>Convaincus</i> que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et aiderait les États à accéder aux circuits commerciaux modernes.	1. La présente loi a pour objet d'assurer : 1° la sécurité juridique des communications effectuées par les personnes, les associations, les sociétés ou l'État au moyen de documents quels qu'en soient les supports »
ÉQUIVALENCE FONCTIONNELLE	ANNEXE, considérant 5 : <i>Estimant</i> que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière.	1 (3). La présente loi a pour objet d'assurer : (...) 3° l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent

**ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR
L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES
CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS**

LIBERTÉ	ANNEXE, considérant 5 : précitée. 8 (2) : Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement.	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. 29. Nul ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document, à moins que cela ne soit expressément prévu par la loi ou par une convention. De même, nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas. Lorsque quelqu'un demande d'obtenir un produit, un service ou de l'information au sujet de l'un d'eux et que celui-ci est disponible sur plusieurs supports, le choix du support lui appartient.
RECONNAISSANCE	8 (1) : La 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.	5 al. 1. « 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.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

DÉFINITIONS	« Message de données » : désigne l'information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie.	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 transcriptibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. Pour l'application de la présente loi, est assimilée au document toute banque de données dont les éléments structurants permettent la création de documents par la délimitation et la structuration de l'information qui y est inscrite. Un dossier peut être composé d'un ou de plusieurs documents. 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. 4. Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition.
-------------	--	--

**ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR
L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES
CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS**

DOMAINE D' APPLICATION	2 (1). La présente Convention ne s'applique pas aux communications électroniques qui ont un rapport avec l'un quelconque des éléments suivants : a) Contrats conclus à des fins personnelles, familiales ou domestiques; b) (i) Opérations sur un marché boursier réglementé; (ii) opérations de change; (iii) systèmes de paiement interbancaire, accords de paiement interbancaire ou systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers; (iv) transfert de sûretés portant sur des valeurs mobilières ou sur d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires, ou vente, prêt, détention ou convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments. 2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent.	
ÉCRIT	9 (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.	2838 CCQ. 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.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

SIGNATURE	9 (3). Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique : a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique; et b) Si la méthode utilisée est : i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière; ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a) ci-dessus.	2827 CCQ. 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.
------------------	--	---

**ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR
L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES
CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS**

ORIGINAL	9 (4). Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit disponible ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique : a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre; et b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit disponible, cette information peut être présentée à la personne à laquelle elle doit être rendue disponible. 9 (5). Aux fins de l'alinéa a) du paragraphe 4 : a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification susceptible d'intervenir dans le processus normal de la communication, de la conservation et de l'affichage; et b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y ayant trait	12 LCCJTI. 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 ; 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.
-----------------	--	---

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

TEMPS ET LIEU	10 (1). Le moment de l'expédition d'une communication électronique est le moment où cette communication quitte un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, ou bien, si la communication électronique n'a pas quitté un système d'information dépendant de l'expéditeur ou de la partie qui l'a envoyée au nom de l'expéditeur, le moment où elle est reçue. 2. Le moment de la réception d'une communication électronique est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à une adresse électronique que celui-ci a désignée. Le moment de la réception d'une communication électronique à une autre adresse électronique du destinataire est le moment où cette communication peut être relevée par le destinataire à cette adresse et où celui-ci prend connaissance du fait qu'elle a été envoyée à cette adresse. Une communication électronique est présumée pouvoir être relevée par le destinataire lorsqu'elle parvient à l'adresse électronique de celui-ci. 3. Une communication électronique est réputée avoir été expédiée du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçue au lieu où le destinataire a son établissement, ces lieux étant déterminés conformément à l'article 6. 4. Le paragraphe 2 du présent article s'applique même si le lieu où est situé le système d'information qui constitue le support de l'adresse électronique est différent du lieu où la communication électronique est réputée avoir été reçue selon le paragraphe 3 du présent article.	31. Un document technologique est présumé transmis, envoyé ou expédié lorsque le geste qui marque le début de son parcours vers l'adresse active du destinataire est accompli par l'expéditeur ou sur son ordre et que ce parcours ne peut être contremandé ou, s'il peut l'être, n'a pas été contremandé par lui ou sur son ordre. Le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient accessible à l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un document ou celle qu'il représente publiquement être un emplacement où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l'envoi. Le document reçu est présumé intelligible, à moins d'un avis contraire envoyé à l'expéditeur dès l'ouverture du document. Lorsque le moment de l'envoi ou de la réception du document doit être établi, il peut l'être par un bordereau d'envoi ou un accusé de réception ou par la production des renseignements conservés avec le document lorsqu'ils garantissent les date, heure, minute, seconde de l'envoi ou de la réception et l'indication de sa provenance et sa destination ou par un autre moyen convenu qui présente de telles garanties.
---------------	---	--

**ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR
L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES
CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS**

CONTRAT AUTOMATISÉ	12. La validité ou la force exécutoire d'un contrat formé par l'interaction d'un système de messagerie automatisé et d'une personne physique, ou bien par l'interaction de systèmes de messagerie automatisés ne peuvent être contestées au seul motif qu'une personne physique n'est pas intervenue ou n'a pas contrôlé chacune des opérations exécutées par les systèmes ni le contrat qui en résulte. 14 (1). Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, peut exercer un droit de retrait de la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si : a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique; et b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie. 2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit régissant les conséquences d'une erreur autre que celle visée au paragraphe 1.	35. La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire.
---------------------------	--	---

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

* Professeur agrégé, avocat, Faculté de droit de l'Université de Montréal. Titulaire de la Chaire de l'Université de Montréal en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Site Internet : www.gautrais.com. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca.

¹ En effet, il y eut des lois en Alberta, *Electronic Transaction Act*, <http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20060115/whole.html>; en Colombie-Britannique, *Electronic Transaction Act*, http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010_01.htm; à l'Île-du-Prince-Édouard, *Electronic Commerce Act*, <http://www.ijcan.org/pe/laws/sta/e-4.1/20060115/whole.html>; au Manitoba, *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, <http://www.ijcan.org/mb/legis/loi/e-55/20060115/tout.html>; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur les opérations électroniques*, <http://www.canlii.org/nb/legis/loi/e-5.5/20050801/tout.html>; en Nouvelle-Écosse, *Electronic Commerce Act*, <http://www.canlii.org/ns/laws/sta/2000c.26/20060115/whole.html>; en Ontario, *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, <http://www.canlii.org/on/legis/loi/2000c.17/20050801/tout.html>; au Saskatchewan, *Electronic Information and Document Act*, <http://www.ijcan.org/sk/laws/sta/e-7.22/20060115/whole.html>; à Terre-Neuve, *Electronic Commerce Act*, <http://www.ijcan.org/nl/laws/sta/e-5.2/20051121/whole.html> et au Yukon, *Electronic Commerce Act*, <http://www.canlii.org/yk/legis/loi/66/20041124/tout.html>.

² Voir notamment Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002, 430 p.

³ Articles 2837 à 2840 CCQ.

⁴ Articles 2841 à 2842 CCQ.

⁵ Notamment en établissant, comme dans la Convention, des définitions d'écrit, de signature, d'original, qui sont détachées du support papier.

⁶ La LCCJTI offre par exemple des conditions légales minimum qu'un document doit satisfaire pour des fins de conservation, de transmission, de transfert, d'accès d'un document.

⁷ Cette loi régleme et encadre fortement l'utilisation de méthodes « sensibles » d'identification, comme la biométrie. Également, sauf loi contraire, la LCCJTI refuse qu'une personne, physique ou morale, publique ou privée, impose une technologie plutôt qu'une autre à un particulier.

⁸ Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques (1985), disponible à <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/computerrecords-f.pdf>.

⁹ Le texte est disponible à <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-eleccsign-f.pdf>.

¹⁰ Voir par exemple BARREAU DU QUÉBEC, « Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information », (2000), <http://www.barreau.qc.ca/fr/positions/opinions/memoires/2000/normalisationtic.pdf>.

¹¹ Voir notamment Vincent GAUTRAIS, *Afin d'y voir clair – Guide relatif à la gestion des documents technologiques*, Fondation du Barreau du Québec, 2005, p. 6.

¹² Annexe de la Convention, considérant 4: « Convaincus que l'adoption de règles uniformes pour éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, notamment les obstacles pouvant résulter de l'application des instruments de droit commercial international existants, renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale pour les contrats internationaux et aiderait les États à accéder aux circuits commerciaux modernes ».

¹³ L'article 1 al. 1 de la LCCJTI prévoit en effet : « 1. La présente loi a pour objet d'assurer : 1° la sécurité juridique des communications effectuées par les personnes, les associations, les sociétés ou l'État au moyen de documents quels qu'en soient les supports »

¹⁴ L'article 5 al. 1 de la LCCJTI dispose : « 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. »

¹⁵ Voir notamment l'article 11 qui prévoit : « Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins. »

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

¹⁶ Annexe de la Convention, considérant 5: « *Estimant* que des règles uniformes devraient respecter la liberté des parties de choisir les supports et technologies appropriés, en tenant compte des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, dans la mesure où les moyens choisis par celles-ci sont conformes à l'objet des règles de droit applicables en la matière. »

¹⁷ Article 8 alinéa 2 : « Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement. »

¹⁸ « 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. »

¹⁹ « 29. Nul ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document, à moins que cela ne soit expressément prévu par la loi ou par une convention.

De même, nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas.

Lorsque quelqu'un demande d'obtenir un produit, un service ou de l'information au sujet de l'un d'eux et que celui-ci est disponible sur plusieurs supports, le choix du support lui appartient. »

²⁰ Voir notamment le considérant 5 dans l'annexe, *précité*.

²¹ L'équivalence fonctionnelle est notamment citée à l'article 1.3 qui dispose : « La présente loi a pour objet d'assurer : (...) 3° l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent ». Concernant la neutralité technologique, comme déjà mentionné, elle apparaît dans le C.c.Q., dans le titre de la Section 6 du Livre 7, Titre deuxième, Chapitre 1 s'intitulant « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ».

²² « Le terme « communication électronique » désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; »

²³ « « Message de données » désigne l'information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégramme, le télex ou la télécopie. »

²⁴ « La présente loi a pour objet d'assurer : (...) la cohérence des règles de droit et leur application aux communications effectuées au moyen de documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies ; »

²⁵ « Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition. »

²⁶ Cette distinction est par exemple palpable dans la Convention dans la définition donnée à « système d'information » (article 4 (f)) et dans la LCCJTI à l'article 3 qui dispose notamment « [u]n document est constitué d'information portée par un support. ».

²⁷ *Infra*, Partie 1, Section 2, 2, par 47 à 51.

²⁸ L'article 25 de la *Loi sur la protection du consommateur* dispose : « Le contrat doit être clairement et lisiblement rédigé au moins en double **et sur support papier**. »

²⁹ Comme l'explique, notamment, les articles 7, 13 ou 14 (2) de la Convention.

³⁰ L'on trouve seulement la notion de « référence ultérieure » à l'article 12 de la LCCJTI en ce qui a trait à l'original.

³¹ Voir les références à toutes ces lois provinciales à la note 1.

³² Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, 1999, page 37, paragraphe 48, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf. Voir aussi à CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, p. 54, par. 144.

³³ *Id.*, paragraphe 49.

³⁴ Ceci apparaît notamment par le fait que les modifications apportées par la LCCJTI dans le C.c.Q. ont été introduites dans le Livre sur la preuve. Également, l'article 2838 C.c.Q. réfère expressément à cette seule fonction.

³⁵ Par exemple l'Australie, *Electronic Transactions Act*, article 9, disponible à http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/eta1999256/. Voir aussi la liste d'une vingtaine de pays qui ont adopté la Loi-modèle de 1996. Notons néanmoins que parmi ces pays figure la France qui dispose depuis d'une définition de l'écrit basée sur le critère d'intégrité.

³⁶ La loi américaine E-Sign, disponible à http://caselaw.lp.findlaw.com/casecode/uscodes/15/chapters/96/subchapters/i/sections/section_7001.html, réfère, section 7001, au concept de « Electronic Record » dans des termes très proches.

³⁷ *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*, article 1, modifiant l'article. 1316-1. du Code civil français en disposant : « 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. »

³⁸ *L'Avis 11-201 relatif à la transmission de documents par voie électronique*, disponible à <http://egc.lautorite.qc.ca/userfiles/File/reglementation/valeurs-mobilieres/Normes/A-XXXIII-03b.pdf> est parvenu à une situation de compromis en ne tranchant pour l'une ou l'autre des solutions mais en les cumulant à l'article 4.2: « 1) Les formulaires de procuration, les procurations et les instructions de vote en format électronique (y compris un format électronique avec utilisation du téléphone) satisferont les obligations de consignment par **écrit** si le format employé a) garantit l'**intégrité** de l'information contenue dans les formulaires de procuration et les procurations;b) permet au destinataire de conserver l'information pour **consultation future**. » (nos soulignements).

³⁹ La LCCJTI n'a fait que changer le « **sur** un acte » par « **à** un acte », le premier étant, à juste titre, trop lié au document papier.

⁴⁰ Voir par exemple les décisions *Bolduc c. Talbot*, (2001) Cour du Québec disponible à <http://www.canlii.org/qc/jug/qccq/2001/2001qccq1827.html> ; *Armand c. Checotel Finance*, [1985] C.S. 1154.

⁴¹ Article 12 LCCJTI. (Nos soulignements).

⁴² De façon très similaire, l'article 6 alinéa 2 LCCJTI dispose que « [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 transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction », alors que l'article 9 (5) de la Convention prévoit que « [l']intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification susceptible d'intervenir dans le processus normal de la communication, de la conservation et de l'affichage ».

⁴³ « 2. La présente Convention ne s'applique pas aux lettres de change, aux billets à ordre, aux lettres de transport, aux connaissements, aux récépissés d'entrepôt ni à aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent. »

⁴⁴ « Une proposition de conclure un contrat effectuée par l'intermédiaire d'une ou plusieurs communications électroniques qui n'est pas adressée en particulier à une ou plusieurs parties mais qui est

ANALYSE COMPARATIVE DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR L'UTILISATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX AU REGARD DU DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

généralement accessible à des parties utilisant des systèmes d'information, y compris à l'aide d'applications interactives permettant de passer des commandes par l'intermédiaire de ces systèmes d'information, doit être considérée comme une invitation à l'offre, à moins qu'elle n'indique clairement l'intention de la partie effectuant la proposition d'être liée en cas d'acceptation. »

⁴⁵ Article 1388 C.c.Q.

⁴⁶ *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, articles 1, 10, 12.

⁴⁷ Article 1387 C.c.Q.

⁴⁸ « **14 (1)**. Lorsqu'une personne physique commet une erreur de saisie dans une communication électronique échangée avec le système de messagerie automatisé d'une autre partie et que le système de messagerie automatisé ne lui donne pas la possibilité de corriger l'erreur, cette personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, peut exercer un droit de retrait de la partie de la communication électronique dans laquelle l'erreur de saisie a été commise si :

a) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, avise l'autre partie de l'erreur aussitôt que possible après en avoir pris connaissance et lui signale qu'elle a commis une erreur dans la communication électronique; et

b) La personne, ou la partie au nom de laquelle elle agissait, n'a pas tiré d'avantage matériel ou de contrepartie des biens ou services éventuellement reçus de l'autre partie ni utilisé un tel avantage ou une telle contrepartie.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur l'application d'une règle de droit régissant les conséquences d'une erreur autre que celle visée au paragraphe 1. »

⁴⁹ « 35. La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'invalidité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire. »

⁵⁰ Éric A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, 2^{ième} édition, Paris, Litec, 2007, p. 91 et suivantes.

⁵¹ CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, p. 55, par. 145.

⁵² *Supra*, dans la Partie 1, paragraphe 25.

⁵³ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (New York, 10 juin 1958), article 2.

⁵⁴ *Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises* (New York, 14 juin 1974) et Protocole y relatif (Vienne, 11 avril 1980), article 1 (g).

⁵⁵ *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* (New York, 11 décembre 1995), article 7 (2).

⁵⁶ *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (Vienne, 11 avril 1980); *Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international* (Vienne, 19 avril 1991).

⁵⁷ *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* (New York, 12 décembre 2001), article 5 (c).

⁵⁸ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (amendée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006), article 7.

⁵⁹ Même si un doute persiste à l'égard de l'article 5 qui évoque le terme de « valeur juridique ». En revanche, l'article 2838 C.c.Q., qui reprend le précédent, est sans équivoque.

⁶⁰ Vincent GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la Loi relative à l'encadrement des technologies de l'information », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, pp. 3-56, aux pages 24 et s. L'on site notamment Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, Collection « Bleue », 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 195 : « Pour qu'un écrit instrumentaire puisse faire preuve de son contenu, il faut que son authenticité soit établie. »

⁶¹ CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, p. 55, par. 145.

⁶² Article 5 al. 4 LCCJTI : « Lorsque la loi exige l'emploi d'un document, cette exigence peut être satisfaite par un document technologique dont l'intégrité est assurée. »

⁶³ Document qui est défini à l'article 71 LCCJTI comme pouvant notamment inclure le concept « d'écrit » : « 71. La notion de document prévue par la présente loi s'applique à l'ensemble des documents visés dans les textes législatifs, que ceux-ci y réfèrent par l'emploi du terme document ou d'autres termes, notamment acte, annales, annexe, annuaire, arrêté en conseil, billet, bottin, brevet, bulletin, cahier, carte, catalogue, certificat, charte, chèque, constat d'infraction, décret, dépliant, dessin, diagramme, **écrit**, électrocardiogramme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, fiche, film, formulaire, graphique, guide, illustration, imprimé, journal, livre, livret, logiciel, manuscrit, maquette, microfiche, microfilm, note, notice, pamphlet, parchemin, pièce, photographie, procès-verbal, programme, prospectus, rapport, rapport d'infraction, recueil et titre d'emprunt. » (Nos soulignements).

⁶⁴ CNUDCI, Dixième rapport sur les réserves aux traités par Alain PELLET, A/CN.4/558, disponible à http://untreaty.un.org/ilc/documentation/french/a_cn4_558.pdf, au paragraphe 27, expliquant que les exemples d'interdiction stricte de réserve sont assez rares. *Contra*, CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, pp. 103-104, par. 314.

⁶⁵ Voir notamment les propos tenus dans le document A/CN.9/571 - *Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa quarante-quatrième session* (Vienne, 11-22 octobre 2004), document disponible à <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/589/93/PDF/V0458993.pdf?OpenElement>, par. 30, pp. 9-10. *Contra*, CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, pp. 103-104, par. 314.

⁶⁶ CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, p. 92, par. 271 et s.

⁶⁷ CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Texte et note explicative, 2007, p. 96, par. 284 et s.

⁶⁸ Conformément aux propos publiés sur le site de la CNUDCI, disponible à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention_status.html

⁶⁹ Éric A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, 2^{ième} édition, Paris, Litec, 2007, p. 94.

⁷⁰ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002, 430 p.

⁷¹ *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (amendée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006), article 7 ; Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York, le 10 juin 1958, adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 7 juillet 2006 à sa trente-neuvième session