

Vol. 20, n° 1

Électronique juridique et juridisme électronique

Mark Phillips*

1. Survol historique	157
2. L'équivalence fonctionnelle des supports	158
3. La signature	160
4. L'original.	166
5. L'intégrité	168

© Mark Phillips, 2008.

* Diplômé de l'Université McGill en droit civil et en « common law », Mark Phillips est membre du Barreau du Québec depuis 1995. Il pratique le litige civil, commercial, administratif et constitutionnel au sein de l'étude Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l. Les opinions énoncées dans le présent texte sont celles de l'auteur et non celles de Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l., ou de ses clients. L'auteur ne fait aucune représentation, déclaration ou garantie à l'égard de l'exactitude, de la complétude de l'information figurant dans le présent texte. Personne ne devrait agir ou s'abstenir d'agir sur la base des renseignements contenus dans le présent texte sans avoir obtenu au préalable les conseils professionnels appropriés. Le présent texte ne constitue pas un avis juridique, ni un avis de quelque autre nature. Il ne crée aucune relation avocat-client entre l'auteur et le lecteur. Le présent article se veut un travail de synthèse et de réflexion. Par contre, il n'a aucune prétention d'exhaustivité et ne se fonde pas sur un dépouillement exhaustif de la jurisprudence et de la doctrine qui ont pu se pencher sur les problématiques qui y sont évoquées. L'auteur exprime sa gratitude envers Thérèse Laferrière, qui a bien voulu commenter le tapuscrit. L'auteur demeure toutefois seul responsable des erreurs, omissions et autres imperfections du présent texte.

6. Le phénomène du « e-discovery »	168
7. La conservation et la destruction des documents	170
8. Conclusion	171

1. SURVOL HISTORIQUE

D'aussi loin que l'homme se souvienne, il a toujours eu besoin de créer des documents et de préserver l'intégrité de ceux-ci à travers le temps. Au deuxième millénaire avant notre ère, les contrats en Mésopotamie étaient écrits en deux exemplaires, non pas pour en donner un à chacune des parties, mais un pour la lecture courante, alors que l'autre, scellé, n'était ouvert qu'en cas de litige. L'exemplaire ainsi cacheté était donc protégé contre toute falsification¹.

Et au fil de l'histoire, l'homme a toujours eu besoin de trouver un support qui pût recevoir et héberger, à travers le temps, les signes écrits porteurs de sens qu'il avait inventés. (Nous verrons plus loin que cette notion de « support » est au cœur de notre sujet.) Le choix du mode de support reposait sans doute sur la capacité de celui-ci à durer. Il n'est donc pas étonnant que l'homme eut d'abord recours au support minéral, les tablettes de pierre étant la quintessence même de la stabilité. Furent utilisés par la suite les supports d'origine animale, tel le parchemin, qui est une peau d'animal spécialement préparée pour recevoir l'écriture. Ce support offrait une stabilité non négligeable et une pérennité significative quoique non absolue, comme en témoigne le palimpseste. Par la suite, après les supports minéraux et animaux arriva le support végétal, soit le papyrus et, mieux connu de nous, le papier. Supports moins stables, certes, mais ô combien économiques par rapport à leurs concurrents minéraux et animaux.

Enfin, de nos jours, vint le support électronique. Ce mot (« électronique ») doit, dans ce contexte, recevoir la définition la plus large possible, afin d'englober tant tout ce qui est intrinsèquement électronique en soi que tout ce qui doit faire appel à une technologie électronique pour être intelligible. S'y trouvent donc inclus, notamment : les fichiers électroniques emmagasinés sur un serveur, un disque

1. Denis ALLAND et Stéphane RAILS, *Dictionnaire de la culture juridique* (Paris, PUF, 2003), p. 1199.

dur, un assistant numérique personnel, une clé USB ; les informations gravées sur un disque dont l'intelligibilité nécessite l'emploi d'un lecteur optique ; les bandes magnétiques stockant des fichiers audio et vidéo ; et autres.

Au début des années 1990, la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (communément appelée la « CNUDCI ») décida de se pencher sur l'élaboration d'une loi type pour que les États membres de l'ONU puissent soit l'adopter telle quelle, soit s'en inspirer pour aménager les rapports entre personnes se livrant à ce qu'il est devenu courant d'appeler le « commerce électronique ». Le 10 décembre 1996, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies couronna le travail de la CNUDCI de sa bénédiction, recommandant formellement cette loi type aux États membres.

Cette loi type servit par la suite d'inspiration à une loi type canadienne, élaborée par la Conférence de réforme du droit du Canada. La loi type canadienne inspira à son tour des législations dans les provinces de « common law » ainsi que la loi fédérale sur le commerce électronique². Le Québec, quant à lui, tout en restant dans la même lignée, suivit sa propre voie en adoptant une loi plus détaillée, laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2001. Il s'agit de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*³. Il y eut dans d'autres pays, notamment en France et aux États-Unis, des lois traitant du même sujet.

2. L'ÉQUIVALENCE FONCTIONNELLE DES SUPPORTS

Malgré quelques différences, il existe un but commun qui est poursuivi par l'ensemble des lois types et des lois elles-mêmes. Réduit à sa plus simple expression, cet objectif consiste à favoriser le commerce électronique en mettant les supports électroniques sur un pied d'égalité avec les autres supports. Et comme le principal support depuis plusieurs siècles est le papier, il s'agit ni plus ni moins de créer une équivalence entre le papier et les supports électroniques.

Qui dit commerce, dit contrat. Et qui dit contrat, dit écrit constatant le contrat. Il fut un temps où le principal moyen de preuve était le témoignage, et ce, même en matière contractuelle. Cette

2. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

3. L.R.Q., c. C-1.1 (ci-après la « Loi cadre »).

règle bascula au milieu du 16^e siècle. En 1566, l'*Ordonnance de Moulins* vint interdire la preuve testimoniale pour tout contrat d'une valeur excédant 100 livres, la seule preuve recevable étant désormais l'écrit⁴. Cette règle fut reprise un siècle plus tard dans l'*Ordonnance royale de 1667*, qui a atténué cette rigueur en permettant une preuve testimoniale dès lors qu'il y avait « un commencement de preuve par écrit »⁵. Aujourd'hui, cette règle se trouve codifiée à l'article 2862 C.c.Q. La règle est encore plus souple en ce qu'elle permet la preuve testimoniale dans deux cas : d'une part, celui où il y a commencement de preuve⁶ et, d'autre part, lorsque l'acte juridique est passé dans le cours des activités d'une entreprise. Malgré cette souplesse, il reste qu'à la base, depuis maintenant 441 ans, notre droit exige de celui qui conclut un contrat⁷ qu'il se ménage une preuve écrite de ce contrat. Alors, qu'est-ce qu'un écrit ?

La *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* a préféré partir de la notion de *document* plutôt que de celle d'*écrit*. Le terme *document* est défini comme une « information inscrite sur un support ». Cette définition est élargie au maximum par une précision indiquant qu'il peut s'agir de tout support, de quelque forme qu'il puisse être⁸. Et naturellement, la notion d'information ne connaît aucune limite intrinsèque. Par conséquent, le fichier électronique contenant un courriel reçu sur un assistant numérique personnel est un document. Il en est de même d'une bande vidéo ou audio. Le mot *document* se trouve donc à couvrir un champ sémantique qui dépasse peut-être celui de ses emplois dans le langage courant, mais sans que cela fasse violence au génie de la langue.

Il n'en est pas de même du mot « écrit » qui, pour certains, ne saurait être étiré jusqu'à couvrir l'ensemble des réalités que désigne le mot « document ». En effet, l'écrit, c'est la représentation graphique de la parole. Ainsi, même si on avait prévu que l'écrit peut se trouver sur n'importe quel support, la notion d'« écrit » serait demeurée plus limitée que celle de « document ». Dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, le législateur a donc préféré s'appuyer sur la notion de document, précisant

4. *Ordonnance de Moulins*, art. 55.

5. *Ordonnance royale de 1667*, titre XX, art. III.

6. Notion définie à l'article 2865 C.c.Q. comme résultant « d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué ».

7. Autre qu'un contrat de faible valeur, le seuil monétaire étant maintenant de 1 500,00 \$: 2862 C.c.Q.

8. Loi cadre, art. 3.

toutefois que chaque fois que nos règles de droit exigent un écrit ; on peut satisfaire à cette exigence en utilisant un document sur quelque support qu'il puisse être⁹. On a ainsi fait en sorte que les règles séculaires exigeant un écrit se sont adaptées à l'ère électronique.

Le législateur est allé plus loin encore, en érigeant en dogme ce qu'il est maintenant d'usage d'appeler l'équivalence fonctionnelle des supports. En effet, il est précisé que la valeur juridique d'un document n'est ni augmentée ni diminuée par la nature du support sur lequel il se trouve¹⁰.

A priori, un document électronique est donc susceptible de constituer un écrit au sens de l'article 2862 du *Code civil du Québec*.

3. LA SIGNATURE

S'il est vrai, en matière contractuelle, que le contrat doit être constaté par écrit, il s'agit là d'une condition nécessaire. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'il s'agit d'une condition suffisante. Les usages veulent, pour faire la preuve d'un acte juridique, que le contrat soit signé. Certes, les règles de preuve permettent qu'un écrit non signé soit recevable en preuve s'il est d'un type qui est habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise¹¹. Nous y reviendrons par ailleurs plus loin. Il s'agit là, toutefois, d'un écrit qui offre peu de garanties, en ce que les parties n'y seront probablement pas identifiées et que leur consentement n'y sera pas clairement exprimé, celui-ci devant alors être déduit des circonstances.

En effet, le contrat, c'est foncièrement un échange de consentements¹². Or, ce consentement s'exprime par l'apposition d'une signature sur l'écrit qui constate le contrat¹³. La forme la plus solennelle de contrat est l'acte notarié, qui constitue un acte authentique au sens des règles de preuve¹⁴. Le plus souvent, toutefois, les parties se contentent d'un écrit « sous seing privé »¹⁵, le mot « seing » étant synonyme de « signature ».

9. Loi cadre, art. 2.

10. Loi cadre, art. 5, al. 1.

11. 2831 C.c.Q.

12. 1385 C.c.Q.

13. 2827 C.c.Q.

14. 2814 (6^o) C.c.Q.

15. 2826 C.c.Q.

Dans l'optique où les parties à un contrat souhaitent conclure un acte notarié ou un acte sous seing privé en se servant d'un support électronique, il faut se demander si la législation permet une telle opération.

Pour ce qui est de l'acte notarié, cette question doit recevoir une réponse négative. En effet, si la *Loi sur le notariat* envisage la possibilité théorique d'une telle opération, elle assujettit cette éventualité à l'adoption d'un règlement en ce sens par la Chambre des notaires¹⁶. Or, aucun règlement en ce sens n'a encore été adopté.

Pour ce qui est de l'acte sous seing privé, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* prévoit la possibilité d'une signature électronique¹⁷. Le problème n'est pourtant pas clairement résolu pour autant.

La première difficulté à laquelle durent faire face tous les législateurs qui se sont heurtés à cette question, c'est le choix entre deux voies : d'un côté, la contrainte ; de l'autre, le libéralisme technologique. Le Québec a choisi la deuxième voie.

La première voie mérite toutefois qu'on s'y attarde. Elle fut choisie notamment par le Utah. Cette approche consiste à reconnaître une valeur juridique à un nombre restreint, voire à un seul type de signature électronique. Il s'agit de l'infrastructure à clé publique, qui fait appel à la cryptographie. En quelques lignes, ce système peut se résumer à ceci : la cryptographie, tout d'abord, est une science très ancienne, qui a pour but de concevoir des procédés de chiffrement et de déchiffrement de données, afin d'en assurer la sécurité et la confidentialité. L'algorithme de chiffrement ou de déchiffrement s'appelle communément une clé. Un système donné de cryptographie peut être soit symétrique soit asymétrique. Dans un système symétrique, l'encryptage et le décryptage se font au moyen d'une seule et même clé. Dans un système asymétrique (plus sécuritaire), il y a deux clés : l'une, dite « clé publique », peut être connue de tous les utilisateurs ; l'autre, dite « clé privée », n'est connue que de celui qui la possède. Un tiers certificateur est chargé de l'attribution des clés. Un peu comme le notaire instrumentant d'un acte notarié, le certificateur assure la présence d'un tiers impartial et désintéressé qui peut offrir des garanties de l'identité des parties et de

16. L.R.Q., c. N-3, art. 50, al. 3.

17. Loi cadre, art. 39.

l'intégrité des communications chiffrées qui en émanent dans le processus.

Les éléments fondamentaux d'un contrat dont il faut assurer la vérité et la pérennité sont : (i) l'identité des parties ; (ii) leur consentement ; (iii) le contenu obligationnel auquel elles ont consenti. Toute faiblesse à cet égard permettrait à une personne malveillante de faire l'une ou l'autre des trois affirmations suivantes : (i) qu'elle n'a pas participé à la transaction ; (ii) qu'elle n'a pas consenti ; (iii) qu'elle a consenti, mais à autre chose que ce à quoi son vis-à-vis prétend qu'elle a consenti. Or, la cryptographie asymétrique, sous forme d'infrastructure à clé publique, offre des garanties sérieuses quant à la préservation de ces trois éléments fondamentaux. Par contre, elle constitue un appareillage lourd. Nous notons qu'elle est actuellement utilisée par les notaires du Québec pour déposer des actes juridiques électroniquement au registre foncier¹⁸. En vertu de la législation fédérale, le Gouverneur général en conseil a adopté le *Règlement sur les signatures électroniques sécurisées*¹⁹, qui prévoit qu'une signature électronique effectuée au moyen d'un tel dispositif est présumée, en l'absence de preuve contraire, avoir été signée par la personne identifiée dans le certificat émis par le certificateur. Tout comme le notaire, qui doit s'assurer de l'identité des parties qui viennent signer devant lui²⁰, et dont l'intégrité professionnelle est assurée par une étroite surveillance, tant sur le plan du droit disciplinaire que sur celui de la responsabilité civile, n'est pas certificateur qui le veut en vertu du règlement fédéral, le Secrétariat du Conseil du trésor assurant en quelque sorte la certification des certificateurs. La cryptographie, elle, avec toute la science qu'elle y met, assure la protection de l'intégrité du contenu des données transmises électroniquement.

Dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, le législateur québécois n'a pas voulu imposer la cryptographie asymétrique comme seule technologie possible pour la réalisation d'une signature électronique valable. Bien au contraire, il ne restreint aucunement le choix de la technologie employée. Ceci a l'avantage de ne favoriser aucune technologie, ni aucun fournisseur de technologies, en plus de permettre une flexibilité qui anticipe le développement éventuel d'autres technologies dont l'avènement ne nécessitera par conséquent aucune intervention supplémentaire du

18. Voir <www.notarius.com>.

19. DORS/2005-30.

20. *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, art. 43.

législateur, celui-ci ayant adopté une loi susceptible de se mouler au gré des circonstances nouvelles.

Pourtant, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* n'est pas laxiste en matière de signatures électroniques. Bien au contraire, elle exige de tout procédé qui se voudrait une signature électronique qu'il respecte toute une série de critères, chacun apportant un certain nombre de questionnements :

1. La législation québécoise inscrit tout d'abord la démarche qu'est une signature dans l'objectif plus global de l'établissement d'un lien entre une personne et un document²¹. Comme nous l'avons vu plus haut, c'est le critère de l'identité. Le procédé qui aspire à être qualifié de signature électronique doit tout d'abord permettre de confirmer cette identité²².
2. Le procédé doit aussi assurer que la personne ainsi identifiée l'est par rapport au document électronique en question²³. En effet, la signature électronique, quelle qu'en soit la nature, doit d'être « apposée » sur le document²⁴.
3. Même électronique, la signature doit être soit le nom de la personne, soit une marque qui lui est personnelle. Cette exigence découle de la définition même de ce qu'est une signature, l'article en question étant une des rares dispositions du *Code civil du Québec* à avoir été modifiées en 2001 par une disposition modificative de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Ce caractère personnel et non reproductible de toute signature est le reflet de la signature manuscrite traditionnelle, qui est difficilement falsifiable en raison du caractère très personnel de l'écriture humaine, un graphologue expert étant en mesure de mettre au jour toute tentative d'imposture.
4. Le procédé qui se voudrait une signature électronique se doit d'être utilisé « de façon courante [par la personne], pour manifester son consentement »²⁵. Ainsi, un procédé utilisé une seule fois, ou de manière peu fréquente, ne pourrait constituer une signature électronique valide en droit québécois.

21. Loi cadre, art. 38.

22. Loi cadre, art. 38(1^o).

23. Loi cadre, art. 38(2^o).

24. Cette exigence découle de l'article 2827 C.c.Q., auquel renvoie l'article 39 de la Loi cadre.

25. Autre exigence découlant de l'article 2827 C.c.Q.

5. Enfin, la technologie qui aura franchi toutes les étapes décrites ci-dessus pour pouvoir être considérée comme constitutive d'une signature électronique valable aura aussi, pour être opposable au signataire, à être associée à un document dont l'intégrité soit assurée et d'une manière qui permette d'établir l'existence et la pérennité du lien entre ladite signature et ce document²⁶.

Dans des régimes de libéralisme technologique plus ou moins souple, on a considéré diverses possibilités, outre la cryptographie asymétrique ou symétrique, comme étant susceptibles de constituer une signature électronique valable : les numéros d'identification personnelle, les versions numérisées de signatures manuscrites, le fait de cliquer sur un bouton marqué « je consens », voire même le simple fait d'inscrire son nom au bas d'un courriel²⁷. À notre avis, il est loin d'être clair que ces divers procédés respectent l'ensemble des exigences de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*. Nous ne connaissons aucune jurisprudence qui se soit penchée sur la question. La question est pourtant fondamentale, car la validité d'un écrit comme étant un écrit « sous seing privé » dépend de la validité de la signature, qui sert non seulement à identifier le signataire, mais aussi à exprimer le consentement qui fait naître le contrat²⁸.

Dans la mesure où l'opération juridique revêt un caractère habituel et routinier dans le cours des activités d'une entreprise, l'écrit n'a pas à être signé pour être recevable en preuve²⁹, cette preuve devant, et pouvant³⁰, nécessairement être complétée par une preuve testimoniale pour pallier aux insuffisances des écrits de ce genre³¹.

Il n'est donc pas surprenant que le contrat d'achat « au clic » ait été jugé valide³². Ce type de contrat est celui où une partie clique sur un bouton « je consens ». Bien qu'on puisse y voir une certaine forme

26. Loi cadre, art. 39, al. 2.

27. Voir Vincent GAUTRAIS, *Afin d'y voir clair : guide relatif à la gestion des documents technologiques* (Montréal, Fondation du Barreau du Québec, 2005), 24.

28. 2827 C.c.Q.

29. 2831 C.c.Q.

30. 2862 C.c.Q.

31. Soit des billets, coupons de caisse, reçus, inscriptions dans des registres et autres écrits de ce genre, selon les *Commentaires du ministre de la Justice* (au sujet de l'article 2831 C.c.Q.).

32. Voir *Rudder c. Microsoft Corp.* (1999), 2 C.P.R. (4^e) 474 (C.S. Ont.). Ce type de convention est appelé « click wrap agreement » en anglais.

de « signature » électronique³³, cette qualification n'est pas nécessaire pour en assurer la validité. Il est préférable d'y voir un écrit non signé.

Et l'écrit doit certainement être qualifié d'écrit non signé là où le contrat se forme sur Internet, dans une situation où aucun geste positif n'est requis pour exprimer un consentement ; par exemple, lorsque les conditions d'utilisation d'un site Web s'y trouvent clairement énoncées, mais sans que l'utilisateur du site doive poser un geste précis pour exprimer son accord³⁴.

En somme, il est possible de résumer comme suit l'état du commerce électronique aujourd'hui dans l'environnement juridique qui prévaut actuellement :

1. L'acte notarié est impossible à réaliser, en attendant que la Chambre des notaires adopte une réglementation le permettant.
2. L'acte sous seing privé peut théoriquement être accompli électroniquement. Toutefois, en dehors du cas de la cryptographie asymétrique ou symétrique, le régime juridique québécois, tout en se voulant libéral sur le plan technologique, offre en réalité peu de garanties à celui qui voudrait employer une technologie donnée comme étant constitutive d'une signature électronique valable.
3. Enfin, l'acte contractuel qui s'inscrit dans le cours des activités d'une entreprise peut être accompli électroniquement sans risque, car même s'il n'est pas signé, l'écrit (sous forme de document électronique) n'a pas à être signé pour être recevable en preuve. De plus, il s'agit généralement de contrats de faible valeur et très peu susceptibles d'être judiciairisés. Ainsi, le risque qui demeure en raison du caractère non signé de l'écrit, notamment quant à l'identité des parties et au contenu de leurs obligations, est facilement gérable pour l'entreprise.

33. Comme l'affirme un auteur, en abordant la question dans l'optique de la loi type de la CNUDCI : voir Renaud Sorieul, « La Loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) » dans Georges CHATILLON, *Le Droit international de l'Internet* (Bruxelles, Bruylant, 2002), 403, 409 à 410. Cette loi type peut être consultée, à tout le moins en anglais, sur le site de la CNUDCI : <www.uncitral.org>.

34. *Canadian Real Estate Association c. Sutton (Québec) Real Estate Services Inc.*, J.E. 2003-1044 (C.S.).

4. L'ORIGINAL

En récapitulant d'une certaine façon la matière déjà étudiée, nous pouvons imaginer l'hypothèse d'une personne qui a réussi à conclure un contrat dont le seul support est électronique. Cette même personne estime également qu'elle a employé un procédé électronique qui satisfait à l'ensemble des exigences de la loi pour constituer une signature électronique valide. Cette personne n'est pas sortie de l'auberge pour autant, car si jamais sa relation contractuelle tourne au vinaigre et qu'elle doit produire son contrat électronique à la cour, il lui faudra respecter une autre règle, soit la règle dite « de la meilleure preuve », qui exige qu'on dépose en preuve l'original de l'écrit.

Contrairement à l'exigence de l'écrit comme tel, qui, comme nous l'avons vu, est d'origine française³⁵, la règle de la meilleure preuve nous vient d'Angleterre. Si elle a déjà été porteuse d'un principe général obligeant les parties à administrer la meilleure preuve possible, quelle qu'elle fût, elle est depuis longtemps réduite à une règle très restreinte et qui ne touche que la preuve écrite : celui qui veut prouver le contenu d'un écrit ne peut le faire qu'en déposant l'original de l'écrit³⁶. Il peut aussi déposer une « copie qui légalement en tient lieu », dont on peut dire, de manière générale, qu'il s'agit des copies officielles émises par l'officier public qui agit comme gardien de l'original.

Cette règle se trouve à l'article 2860 du *Code civil du Québec*. Cet article a été modifié en 2001 par une disposition de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, qui a ajouté un troisième alinéa aux deux qui s'y trouvaient déjà. Ce nouvel alinéa fait un renvoi à certaines dispositions de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, plus particulièrement aux articles 12 et 16, qui expliquent, respectivement, les conditions que doit respecter un document technologique pour pouvoir être considéré comme un original, d'une part, et celles qui doivent être respectées pour qu'un document technologique puisse constituer une copie qui tient lieu de l'original. Il y a également lieu de noter qu'il existe des dispositions dans la Loi qui permettent le transfert d'un support à l'autre. Il est même prévu que, lorsqu'un transfert a eu lieu et que le document source est détruit, « aucune règle de

35. Mais qui a aussi son équivalent en Angleterre dans la *Statute of Frauds*.

36. Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 987 à 990.

preuve » (et nous comprenons laquelle est visée) ne peut être invoquée pour s'opposer au dépôt du document résultant du transfert³⁷.

Le législateur a donc manifestement cherché à faire en sorte que la règle de la meilleure preuve ne soit pas un obstacle à l'utilisation de documents électroniques. Par contre, cette règle a une finalité bien précise, soit la protection de l'intégrité du document, les atteintes à celle-ci étant considérées comme plus facilement décelables sur l'original que sur une copie, l'intégrité des documents électroniques étant par ailleurs au cœur même des préoccupations du législateur. Il fallait donc réconcilier les accommodements nécessaires à la règle de la meilleure preuve avec la finalité ô combien fondamentale visant à assurer l'intégrité des documents.

À l'article 12 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, le justiciable en puissance est appelé à se poser un certain nombre de questions à l'égard du prétendu « original » électronique qu'il s'apprête à conserver aux fins d'un éventuel litige. Il doit d'abord s'interroger sur le but de l'original, en ce qu'il vise à servir : (i) de document source, (ii) de document unique, ou (iii) de forme première d'un document. Dans les deux derniers cas, il doit faire appel à des normes techniques approuvées par l'un ou l'autre de plusieurs organismes listés à l'article 68.

Nous considérons respectueusement que cette disposition crée une incertitude inutile quant à la validité des « originaux » électroniques. L'article 8 de la Loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique était plus simple. Et, comme le groupe de travail de la CNUDCI l'indiquait dans son guide de mise en œuvre, la notion même d'« original » est quelque peu un non-sens en matière de documents électroniques, puisque le destinataire n'en reçoit jamais qu'une copie³⁸.

Les conséquences de cette incertitude sont atténuées par l'attitude moderne des tribunaux, qui évoluent avec la technologie de manière pragmatique et simple, sans nécessairement s'appuyer sur les nouveaux textes législatifs. Il a déjà été jugé, par exemple, que le développement technologique exigeait que le dépôt de la version imprimée d'un document électronique soit loisible³⁹.

37. Loi cadre, art. 17 et 18.

38. Guide de mise en œuvre de la loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 62.

39. *R. c. Hall*, [1998] B.C.J. 2515 (C.S.).

5. L'INTÉGRITÉ

Au cœur de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* se trouve la notion d'intégrité. Et malgré l'accueil extrêmement favorable au commerce électronique ainsi que les efforts des législateurs en vue d'en promouvoir l'essor et l'épanouissement, il faut dire que c'est du côté de l'intégrité des documents qu'on doit avoir le plus d'appréhensions, étant donné la volatilité potentielle de ces documents et leur caractère souvent facilement modifiable.

La législation québécoise dispense celui qui invoque un document électronique de faire la preuve de son intégrité⁴⁰. Il est toutefois possible que l'intégrité d'un document électronique soit contestée, et la question ne pourra être résolue dans cette éventualité qu'au terme d'un débat judiciaire. Là aussi, la Loi offre des principes directeurs qui visent la preuve, ni plus ni moins, du caractère inaltéré du document tout au cours de son cycle de vie, les mesures de sécurité prises pour le protéger étant donc un facteur à considérer⁴¹.

Le législateur a prévu la possibilité que le gouvernement donne, par décret, sa bénédiction à tel ou tel procédé comme étant susceptible d'assurer telle ou telle fonction, ce qui, si de tels décrets avaient été adoptés, aurait dispensé l'utilisateur du procédé en question de faire la preuve de son aptitude à remplir la fonction en question⁴². Or, à ce jour, aucun décret de ce genre n'a été adopté. Cela laisse le futur justiciable avec l'obligation d'être en mesure de prouver toutes les qualités de son dispositif technique, dans l'hypothèse où sa capacité à assurer l'intégrité des documents électroniques viendrait à être contestée.

6. LE PHÉNOMÈNE DU « E-DISCOVERY »

Le régime québécois de procédure civile a importé le mécanisme du « *discovery* » des ressorts de « *common law* ». Ainsi, une partie peut obtenir des documents ou procéder à l'interrogatoire d'une partie ou d'un tiers selon les modalités prévues dans les règles applicables⁴³. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un processus de découverte visant à permettre un partage d'information la plus com-

40. Loi cadre, art. 7.

41. Loi cadre, art. 6.

42. Loi cadre, art. 8.

43. *Code de procédure civile*, art. 397 et 398.

plète possible, ce qui rend plus difficile le procès « par embuscade » et favorise le règlement des litiges.

Le plus souvent au Québec, l'obtention des documents se fait habituellement par le biais d'engagements souscrits par la personne interrogée, l'interrogatoire étant au cœur de l'exercice. Ailleurs au Canada, la pratique diffère, en ce qu'elle distingue nettement « document discovery » – qui touche l'obtention des documents au moyen d'un « affidavit de documents », par lequel une partie (ou son représentant) doit communiquer tout document qui peut être pertinent, de près ou de loin, au litige – et « oral discovery » – qui touche l'interrogatoire. Lors du « document discovery », la partie doit même dévoiler (sans toutefois les communiquer) l'existence de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat. Il n'en est pas ainsi au Québec, où la notion d'affidavit de documents n'existe pas. Une partie n'a pas à communiquer tout ce qui peut être pertinent. Outre ce qu'elle produit elle-même au soutien de ses prétentions, elle n'a à communiquer que ce qui lui est spécifiquement demandé par la partie adverse.

Dans les provinces de « common law », l'obligation de fournir des documents à la partie adverse a donné naissance, à l'ère électronique, à des demandes visant à obtenir non pas une version imprimée des documents électroniques, mais bien une copie du fichier électronique d'origine. En effet, la version imprimée d'un courriel, par exemple, ne contient pas tout ce que renferme le fichier électronique, lequel héberge aussi des « métadonnées », qui peuvent fournir des renseignements précieux sur la date de confection du document, l'identité de son auteur, les modifications effectuées, et ainsi de suite. Le désir d'obtenir des fichiers électroniques, plutôt qu'une version imprimée, peut aussi correspondre au simple souci de commodité.

La pratique du « e-discovery » aux États-Unis a provoqué l'élaboration de lignes directrices visant à prévenir les abus et à uniformiser les façons de faire. Ces lignes directrices ont été le fruit de réflexions d'un groupe de personnes qui s'étaient réunies à Sedona, dans l'Arizona. Leur travail fut baptisé la « Sedona Conference ».

Un travail sur le même sujet a aussi été entrepris par un groupe de juristes québécois et canadiens composé notamment de praticiens du droit et de juges. Leur travail peut être consulté en ligne⁴⁴. Ces lignes directrices préconisent une approche collabora-

44. Voir <www.lexum.umontreal.ca/e-discovery>.

tive entre les parties, gouvernée par la raison et respectueuse du principe de proportionnalité. En effet, le non-respect de telles balises peut donner lieu à des litiges extrêmement coûteux, où le seul coût des consultants externes en informatique peut se chiffrer dans les centaines de milliers de dollars, si ce n'est pas plus.

7. LA CONSERVATION ET LA DESTRUCTION DES DOCUMENTS

De tout temps, il a fallu s'intéresser à l'archivage et à la préservation de documents. La destruction fautive d'un document que le tribunal estime pertinent entraîne une présomption négative selon laquelle la cour est appelée à considérer que si le document avait été préservé, il aurait démontré la thèse que cherche à établir l'adversaire du « destructeur ». L'arrêt de principe sur cette question demeure une décision plus que centenaire de la Cour suprême du Canada⁴⁵.

Les principes de base n'ont pas changé, mais la volatilité relative des données électroniques a exacerbé le problème, en renforçant l'acuité avec laquelle on se doit de protéger les informations. Il est désormais établi que, dès la naissance d'un litige – que ce soit par l'institution formelle de procédures judiciaires, une mise en demeure ou même une simple appréhension raisonnable qu'un litige est à venir – les parties ont l'obligation de préserver les documents susceptibles d'être pertinents, fussent-ils électroniques.

Cette situation a amené certains procureurs à transmettre une lettre de préservation documentaire, connue sous le vocable « litigation hold letter » en anglais, sommant la partie adverse de préserver les documents pertinents. Il est recommandé, dans une lettre semblable, d'être le plus précis possible. Toute destruction de document suite à la réception d'une telle lettre de préservation documentaire sera sans doute jugée fautive par la cour, entraînant ainsi l'application du principe de la présomption défavorable.

Ceci dit, en dehors de situations bien précises, où le législateur mandate la conservation de certains dossiers durant une certaine période de temps, chacun est libre de détruire les documents lui appartenant. Il est d'ailleurs normal de prévoir la destruction de documents, plutôt que la conservation pour une période illimitée, de

45. *St-Louis c. The Queen* (1896), 25 R.C.S. 649.

tout document. Ce n'est pas la destruction en soi qui est fautive, mais la destruction dans le but de dissimuler des faits dommageables.

La façon la plus sûre d'éviter des difficultés à cet égard consiste en l'adoption par l'entreprise d'une politique de conservation de documents, laquelle est aussi, par le fait même, une politique de destruction, en ce sens qu'elle mandate la conservation de documents durant un certain temps et donc leur destruction au-delà du délai fixé. Dans un litige où un document potentiellement pertinent a été détruit, la partie qui l'a détruit doit démontrer que cette destruction n'a pas été effectuée de manière fautive ou dans un but illicite. Or, la meilleure façon de faire cette démonstration est de mettre en preuve l'existence d'une politique de conservation, d'une part, et le fait que la destruction s'est effectuée de façon normale, selon les modalités énoncées dans la politique, d'autre part.

8. CONCLUSION

Le présent article s'est voulu une brève introduction à une série de questions qui sont soulevées par l'utilisation des documents électroniques. Le commerce électronique, sous une forme ou sous une autre, occupe une place grandissante dans notre société. Par contre, il n'a pas éliminé le papier comme support, qui continuera à être utilisé. Le travail visant à rendre les deux supports parfaitement interchangeables reste inachevé, et les juristes seront appelés à réfléchir davantage à ces questions au cours des années à venir.