

Université de Montréal

Le formalisme du contrat électronique dans l'ASEAN
Définition et interprétation des notions d'écrit et de signature

par
Sambath HEL

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit de la faculté de droit de l'Université de Montréal

Mai 2013

© Sambath HEL, 2013

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

Le formalisme du contrat électronique dans l'ASEAN

Définition et interprétation des notions d'écrit et de signature

présentée par

Sambath HEL

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Karim Benyekhlef
président-rapporteur

Vincent Gautrais
directeur de recherche

Jean-Louis Navarro
co-directeur de recherche

Nicolas Vermeys
membre du jury

Benoît Melançon
membre du jury

Arthur Oulaï
examineur externe

RÉSUMÉ

Plus de dix ans après la mise en place du projet d'harmonisation du droit du commerce électronique, l'ASEAN, « The Association of Southeast Asian Nations » rassemblant dix États membres en Asie du Sud-est, n'arrive toujours pas à doter chacun de ses États membres d'une législation harmonisée en la matière.

Dans cette optique, nous tenterons, pour contribuer à cette harmonisation, de démontrer la situation problématique relative au droit du commerce électronique dans six des dix États membres de l'ASEAN où, en plus de leur non-uniformité législative, les textes nationaux régissant le formalisme du contrat électronique demeurent difficiles à comprendre, à interpréter et donc à appliquer ; ce qui cause parfois des erreurs interprétatives voire l'oubli total de ces textes. Cette expérience n'est pas unique dans l'ASEAN, car l'on trouve également de similaires situations dans d'autres juridictions, telles que le Canada et les États-Unis.

Pour pallier cette rupture entre la loi et la jurisprudence, nous proposons une quête d'une méthode d'interprétation comme une piste de solution qui nous semble la plus pertinente au regard de l'état des textes déjà en vigueur et de l'objectif de l'harmonisation du droit du commerce électronique dans l'ASEAN. Parmi les méthodes interprétatives très variées, nous arrivons à identifier la méthode contextuelle, aussi large soit-elle, comme la méthode la plus pertinente eu égard aux caractéristiques particulières du formalisme du contrat électronique, à savoir l'écrit et la signature électroniques. Nous proposons donc une grille d'analyse de cette méthode composée de contextes juridique, technique et social, qui aideront les juristes, surtout les juges, à mieux saisir le sens des textes et à leur donner « une meilleure interprétation » en faveur de l'objectif de l'harmonisation du droit dans l'ASEAN.

Mots-clés : contrat électronique, formalisme, preuve, définition, écrit, signature, interprétation téléologique, interprétation contextuelle, équivalence fonctionnelle, neutralité technologique.

ABSTRACT

More than ten years after the implementation of the harmonization project of e-commerce law, ASEAN, "The Association of Southeast Asian Nations" gathering ten Member States in Southeast Asia, is still not able to provide each of their Member States with a harmonized legislation in this respect.

In this context, we try, in contribution to this harmonization, to demonstrate the problematic situation on e-commerce law in six of the ten ASEAN Member States where, in addition to their statutory non-uniformity, these national laws governing the formalism of electronic contract are difficult to understand, to interpret and therefore to apply; sometimes causing interpretative errors or total neglect of these texts. This experience is not unique to ASEAN, because there are also similar situations in other jurisdictions such as Canada and the United States.

To address this disconnect between the law and jurisprudence, we propose a search for a method of interpretation as a possible solution that seems most relevant to the state of the texts already in place and to the objective of harmonizing of the electronic commerce law in ASEAN. Among the wide variety of interpretive methods, we are able to identify the contextual approach, as large as it is, as the most appropriate method regarding to the particular characteristics of the formalism of electronic contract, namely the electronic writing and electronic signature. We propose an analytical method that consists of legal, technical and social contexts that will help lawyers, especially judges, to better understand the meaning of the texts and to give them a "best interpretation" in favor of the objective of harmonization of law in ASEAN.

Keywords: electronic contract, formalism, evidence, definition, writing, signature, purposive approach, contextual approach, functional equivalence, technological neutrality.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	i
ABSTRACT	ii
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS	ix
REMERCIEMENTS	xiv
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PARTIE 1 – La situation problématique de la définition et de l’interprétation des critères de l’écrit et de la signature électroniques	19
TITRE 1 – La difficulté définitionnelle des critères « objectifs » de l’écrit et de la signature pour les écrits et signatures électroniques.....	20
CHAPITRE 1 – La dépendance des notions d’écrit et de signature au support physique....	22
Section I – Les exigences de l’écrit et de la signature façonnées dans le contexte papier	22
Paragraphe 1 – Les exigences de l’écrit et de la signature en droit positif.....	22
A. Dans les pays sous l’influence du système de Common-Law : Singapour, Malaisie et Philippines.....	23
a) Les exigences de l’écrit et de la signature selon le <i>Statute of Frauds</i>	24
b) Les exigences de l’écrit et de la signature par d’autres lois spéciales.....	30
B. Dans les pays sous l’influence de système de droit civil : Cambodge, Thaïlande et Vietnam.....	31
Paragraphe 2 – Les références directes ou indirectes au support physique	38
Section II – La rareté de définition de l’écrit et de la signature en droit traditionnel...44	
Paragraphe 1 – La rareté de définitions de l’écrit et de la signature en droit traditionnel.....	44
Paragraphe 2 – Les définitions existantes non adaptées aux nouvelles technologies	47
A. Les définitions de l’écrit en droit singapourien et malaisien	47
B. Les définitions de la signature en droit malaisien.....	54
CHAPITRE 2 – La mise en œuvre différenciée des principes d’équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique pour la redéfinition de l’écrit et de la signature.....	57

Section I – Le contenu des principes d’équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique.....	59
Paragraphe 1 – La définition de l’équivalence fonctionnelle et celle de la neutralité technologique.....	59
A. L’équivalence fonctionnelle.....	59
B. La neutralité technologique.....	63
Paragraphe 2 – Le champ d’application de l’équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique.....	69
A. La philosophie flexible l’ASEAN quant à la détermination du champ d’application des nouveaux textes	69
B. Le champ d’application choisi par chaque État membre de l’ASEAN	71
a) Singapour	71
b) Malaisie.....	73
c) Philippines.....	75
d) Vietnam.....	76
e) Thaïlande.....	77
f) Cambodge	78
Section II – L’application différenciée des principes d’équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique pour la redéfinition de l’écrit et de la signature	80
Paragraphe 1 – La redéfinition de l’écrit	80
A. La redéfinition de l’écrit pour l’écrit électronique.....	80
a) La définition de l’écrit selon le modèle de la CNUDCI	81
b) Les définitions de l’écrit adoptées par les États membres de l’ASEAN	84
1) L’adoption du modèle définitionnel de l’écrit par Singapour, le Vietnam et le Cambodge.	84
2) Les « infidèles » au modèle définitionnel de l’écrit : Malaisie, Thaïlande et Philippines.....	87
B. Les différents critères de l’écrit adoptés par les États membres.....	94
Paragraphe 2 – La redéfinition de la signature	95
A. Les définitions de la signature pour la signature électronique.....	95
a) La définition de la signature selon le modèle de la CNUDCI	96

b) Les définitions de la signature adoptées par les États membres de l'ASEAN.....	103
B. Les critères et différentes méthodes de rédaction de la signature.....	121
a) Les critères de la signature.....	121
b) Les différentes méthodes de rédaction de la signature	124
CONCLUSION DU TITRE 1	129
TITRE 2 – L'interprétation délicate des critères de l'écrit et de la signature conçus par les nouvelles lois	130
CHAPITRE 1 – L'analyse jurisprudentielle illustrant la difficulté d'interprétation des nouvelles lois	132
Section 1 – Des erreurs d'interprétation des nouvelles lois.....	132
Paragraphe 1 – L'interprétation a contrario quant au champ d'application des nouveaux textes.....	132
A. Le cas d'une juridiction de l'ASEAN : Singapour	133
B. Le cas d'un droit étranger : États-Unis d'Amérique.....	140
Paragraphe 2 – Des interprétations erronées des nouveaux textes	145
A. Le cas d'une juridiction de l'ASEAN : Philippines.....	145
B. Le cas d'un droit étranger : Canada (Québec)	150
Section 2 – L'omission de mention de nouvelles lois.....	156
Paragraphe 1 – Le constat de l'absence de mention de nouvelles lois	156
A. Le cas d'une juridiction de l'ASEAN : Singapour	156
B. Le cas de droits étrangers : Canada et États-Unis d'Amérique	158
a) Canada : Leoppky c. Meston (2008).....	158
b) États-Unis d'Amérique : Rosenfeld v. Zerneck (2004) et Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC (2007)	161
Paragraphe 2 – L'omission pour quelles raisons ?.....	164
CHAPITRE 2 – L'apport de l'analyse interprétative des critères de l'écrit et de la signature.....	170
Section I – L'analyse de nouveaux textes, source de dérangement ?	170
Paragraphe 1 – La montée en puissance de l'approche analogique.....	171
Paragraphe 2 – Les tempéraments à l'approche analogique.....	178
Section 2 – L'analyse de nouveaux textes, source de la sécurité juridique !.....	184

Paragraphe 1 – La contribution des nouveaux textes à la sécurité juridique	184
Paragraphe 2 – La place de la méthode interprétative dans la contribution à la sécurité juridique.....	194
CONCLUSION DU TITRE 2	200
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	201
PARTIE 2 – La quête d’une méthode d’interprétation du formalisme du contrat électronique	203
TITRE 1 – Les analyses théoriques et pratiques de l’interprétation du formalisme du contrat électronique.....	204
CHAPITRE 1 – Les exposés des théories et principes d’interprétation applicables au formalisme du contrat électronique	205
Section 1 – L’exposé des théories d’interprétation applicables au formalisme du contrat électronique.....	205
Paragraphe 1 – Définir l’interprétation pour le cadre de notre recherche doctorale	206
Paragraphe 2 – La mise en application des théories d’interprétation pour interpréter des textes régissant le formalisme du contrat électronique.....	212
A. La théorie officielle de l’interprétation est-t-elle pertinente pour l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique ?.....	213
B. La théorie du rôle supplétif est-t-elle pertinente est-t-elle pertinente pour l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique ?.....	218
C. La théorie de la création soumise à des contraintes applicable à l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique.....	222
a) Le rôle créateur de l’interprète et sa contribution subjective dans l’interprétation.....	223
b) Les contraintes interprétatives	226
Section 2 – L’exposé des principes d’interprétation applicables au formalisme du contrat électronique.....	234
Paragraphe 1 – Le problème terminologique : principes, règles ou directives d’interprétation.....	234
Paragraphe 2 – Les principes d’interprétation s’appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique	241

A. Les principes généraux d'interprétation : l'interprétation téléologique et la référence aux documents extrinsèques.....	241
B. Les principes spécifiques d'interprétation en droit du contrat électronique 247	
a) La neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle	248
b) La conformité aux règles et aux standards internationaux.....	250
CHAPITRE 2 – Les méthodes d'interprétation des lois appliquées au formalisme du contrat électronique : <i>l'enseignement jurisprudentiel</i>	256
Section 1 – Les interprétations restrictives de l'écrit et de la signature.....	256
Paragraphe 1 – La qualification de l'écrit électronique : le cas d'une interprétation strictement littérale et d'une négligence de la lettre de la loi	256
A. Le courriel n'est pas l'écrit : l'exemple en droit français	257
B. Le télécopieur ne peut pas constituer l'original : l'exemple en droit philippin 262	
Paragraphe 2 – La qualification de la signature électronique : le cas d'une interprétation stricte	270
Section 2 – Les interprétations larges et libérales de l'écrit et de la signature : interprétation contextuelle et interprétation téléologique	276
Paragraphe 1 – La qualification de l'écrit électronique : le cas de l'acceptation du courriel comme écrit	276
Paragraphe 2 – La qualification de la signature électronique : la mention du nom dans l'adresse de courriel comme signature	282
CONCLUSION DU TITRE 1	290
TITRE 2 – L'élaboration d'une méthode d'interprétation du formalisme du contrat électronique.....	292
CHAPITRE 1 – Une sélection des valeurs ou facteurs dans l'interprétation du formalisme du contrat électronique.....	296
Section 1 – L'enseignement de la « méthode moderne de Driedger » quant à la sélection des contraintes juridiques dans l'interprétation	296
Paragraphe 1 – Le contenu de la méthode moderne d'interprétation	296
Paragraphe 2 – Des critiques adressés à la méthode moderne d'interprétation	302

Section 2 – Un essai d’une sélection des contraintes pertinentes en droit des TI.....	308
Paragraphe 1 – Les contraintes consacrées par le droit positif.....	310
Paragraphe 2 – Les contraintes techniques et le contexte social	314
CHAPITRE 2 – Un essai d’élaboration d’une méthode interprétative et rédaction des textes futurs	324
Section 1 – La méthode pour l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique.....	324
Paragraphe 1 – De la méthode téléologique à la méthode contextuelle	324
A. De l’équivalence fonctionnelle comme méthode d’interprétation téléologique.....	324
B. A la contextualisation des fonctions essentielles du formalisme du contrat électronique ou la contextualisation de l’équivalence fonctionnelle	331
Paragraphe 2 – La formulation d’une méthode d’interprétation.....	344
Section 2 – La rédaction future des textes régissant le formalisme du contrat électronique.....	347
Paragraphe 1 – L’analyse critique relative aux notions d’écrit et signature électroniques implantées par les nouveaux textes	347
Paragraphe 2 – L’élaboration future des textes régissant le formalisme du contrat électronique.....	361
CONCLUSION DU TITRE 2	371
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	372
CONCLUSION GÉNÉRALE	374
PLAN SOMMAIRE	i
ANNEXES.....	ii
Annexe I Tableau 1 : Champ d’application des textes nationaux.....	ii
Annexe II Tableau 2 : Tableau comparatif de la notion d’écrit « writing »	ix
Annexe III Tableau 3 : Tableau de comparaison de la notion de signature.....	xiv
Annexe IV Tableau 4 : Méthode contextuelle proposée.....	xxxii
BIBLIOGRAPHIE.....	xxxiv

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AADCP	ASEAN-Australia Development Cooperation Program
ABQB	Court of Queen's Bench of Alberta (Canada)
ALA	ASEAN Law Association
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
Arch. Philo. Dr.	Archives de philosophie du droit (France)
ASEAN	Association of South East-Asian Nations
Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.	Asper Review of International Business and Trade Law (Manitoba, Canada)
C. Cass.	Cour de cassation (France)
C.c.C.	Code civil du Cambodge
C.c.F.	Code civil français
C.c.Ph.	Code civil des Philippines
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.c.V.	Code civil du Vietnam
C.c.c.T.	Code civil et commercial de la Thaïlande
CLA	Civil Law Act of Singapore
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal
CanLII	Canadian Legal Information Institute
Cahiers du CRID	Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit (Belgique)
Cejem - Paris 2	Centre d'études juridiques et économiques du multimédia de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas (France)
CLJ	Current Law Journal (Malaysia)

CLSR	Computer law and security report (UK)
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
Convention de la CNUDCI de 2005	Convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005
CRDP	Centre de recherche en droit public (Université de Montréal, Canada)
CSC	Cour suprême du Canada
ECA	Electronic Commerce Act (Philippines, Malaysia)
ECL	Electronic Commerce Law (Cambodia)
ETA	Electronic Transaction Act (Singapore, Thailand)
LET	Law on E-Transaction (Vietnam)
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review (USA)
Geo. L.J.	The Georgetown Law Journal (USA)
GOL	General Obligation Law of New York (USA)
IBLJ	International Business Law Journal
IDA-AGC	Information Development Authority-Attorney General's Chambers of Singapore
iDA-Singapore	Information Development Authority of Singapore
IDAHO L. REV.	Idaho Law Review (USA)
Int'l J.L. & Info. Tech.	International Journal of Law & Information Technology (Oxford-UK)
JILT	Journal of Information, Law & Technology (UK)
J. Marshall J. of Comp. & Info. Law	John Marshall Journal of Computer & Information Law (USA)

LCCJT	Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (Québec, Canada)
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence (France)
Lois types de la CNUDCI	Lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et sur les signatures électroniques (2001)
Loy. U. Chi. L.J.	Loyola University Chicago Law Journal (USA)
Man. LJ	Manitoba Law Journal (Canada)
Minn. J. L. Sci. & Tech.	Minnesota Journal of Law, Science & Technology
MLJ	The Malayan Law Journal (Malaysia)
MLJA	Malayan Law Journal Articles (Malaysia)
MLYS	Malaysia Law Digest Reviser (Malaysia)
Man. L.J.	Manitoba Law Journal (Canada)
NiDA	National Information Communication Technology Development Authority (Cambodia)
Nouvelles lois/Nouveaux textes	Lois nationales régissant le commerce électronique dans l'ASEAN
NYSBA Journal	New York State Bar Association Journal (USA)
Penn St. Int'l L. Rev.	Pennsylvania State International Law Review (USA)
PHCA	Philippines Court of Appeal
PHSC	Philippines Supreme Court
QCCA	Cour d'appel du Québec (Canada)
QCCM	Cour municipale du Québec (Canada)
QCCS	Cour supérieure du Québec (Canada)
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.A.I.	Revue de droit des affaires internationales
R. du N.	Revue du Notariat (Canada)

R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Canada)
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques (Belgique)
R.J.T.	Revue juridique Thémis (Canada)
R.L.D.C.	Revue Lamy droit civil (France)
R.L.D.I.	Revue Lamy de Droit de l'Immatériel (France)
R.R.J.	Revue de la recherche juridique (France)
SAcLJ	Singapore Academy of Law Journal
SGCA	Singapore Court of Appeal
SGHC	Singapore High Court
Sing. J. Int'l & Comp. L.	Singapore Journal of International & Comparative Law
Sing. J. L. S.	Singapore Journal of Legal Studies
SLR	The Singapore Law Reports
SSRN eLibrary	Social Science Research Network Electronic Library
SYBIL	Singapore Year Book of International Law and Contributors
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review (UK)
UETA	Uniform Electronic Transactions Act (USA)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNSW Law Research Paper	University of New South Wales Law Research Paper (Australia)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UST Law Review	University of Santo Tomas Law Review (Philippines)
WLR	Weekly Law Reports (UK)

*À mes parents, **Mam Mach** et **Loeung Phaly**,
Qu'ils trouvent dans ce travail un hommage
vivant à leurs sacrifices pour le bien-être de leurs
enfants et à leur croyance en l'éducation.*

REMERCIEMENTS

En préambule à cette thèse, je souhaitais adresser mes remerciements les plus sincères et les plus profonds aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont contribué à l'élaboration et à la réalisation de cette thèse.

Les premières personnes que je tiens à remercier sont mon directeur de thèse Dr. Vincent Gautrais, Professeur titulaire, Titulaire de la prestigieuse Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et Dr. Jean-Louis Navarro, Maître de conférences HDR à la Faculté de droit et science politique de l'Université Lumière Lyon 2, Directeur du Master 2 professionnel en droit des affaires comparé en collaboration avec l'Université de Montréal. Je remercie bien chaleureusement le Professeur Navarro pour son initiation et son assistance dans la détermination de mon sujet de recherche, son amitié et son encouragement durant cette étude doctorale. J'exprime mes plus sincères gratitude au Professeur Gautrais pour l'orientation, la confiance et la patience qui ont constitué un apport considérable sans lequel ce travail n'aurait pas pu être mené à bon port. Il s'est toujours montré à l'écoute et très disponible tout au long de la réalisation de cette thèse. Qu'il trouve dans ce travail un hommage vivant à sa haute personnalité et sagesse.

Nos remerciements s'étendent également à M. Karel Osiris C. Dogué, Dr. Mouhamadou Sanni Yaya et M. Nicolas Blanc, pour leur amitié et leur fraternité les plus sincères, leur support, leur encouragement et leur gentillesse dans la lecture et la correction de ce travail ; à la Faculté de droit de l'Université de Montréal pour avoir retenu ma candidature et avoir eu confiance en moi pour cette épreuve du dernier grade universitaire ; à l'Agence canadienne de développement international (ACDI) et à l'Association des universités et des collèges du Canada (AUCC) pour leur soutien financier de 2008 à 2012.

A cette même occasion, j'aimerais exprimer ma profonde gratitude à mes parents pour leur amour sans borne et leur soutien immense et infaillible dans toutes mes aventures scolaires puisqu'ils croient en l'éducation, et à mon frère aîné Dr. Chamroeun Hel pour son inspiration et ses conseils toujours constructifs et encourageants. Et je remercie affectueusement ma femme Chanthân Chea pour sa compréhension, sa patience et son accompagnement tout au long de cette aventure.

Enfin, j'adresse mes sincères remerciements à tous mes proches et amis au Cambodge et à Montréal, qui m'ont toujours soutenu et encouragé au cours de mes études doctorales.

Merci à toutes et à tous.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Nous sommes nés sous le papier et croissons désormais sous l'« électronique » ; or, ce passage de l'un à l'autre doit tenter de se faire avec harmonie. Et notamment au regard des technologies encore à venir »¹

[1] L'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication qui révolutionne notre ère n'échappe pas à l'attention de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-est (ou *Association of Southeast Asian Nations*, ci-après « ASEAN »), une organisation régionale de coopération composée actuellement de dix États membres en Asie du Sud-est à savoir : Brunei, Cambodge, Indonésie, Laos, Malaisie, Myanmar, Philippines, Thaïlande, Singapour et Vietnam². Ces États membres sont particulièrement conscients d'un élément clef du potentiel de la croissance économique dans cette nouvelle ère qu'est le « commerce électronique », une nouvelle forme des échanges commerciaux issue de la révolution technologique.

¹Vincent GAUTRAIS, «"Give me five?" : Traitement jurisprudentiel du commerce électronique», (2009) 21 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 389., p. 396, par. 3.

² L'ASEAN a été créée en 1967 par cinq États fondateurs, à savoir : Indonésie, Malaisie, Philippines, Singapour et Thaïlande². Les cinq autres membres y ont successivement adhéré à savoir : le Brunei Darussalam (1984), le Vietnam (1995), le Laos (1997), le Myanmar (1997) et le Cambodge (1999). Pour plus de détail voir le site web de l'ASEAN Secretariat : <<http://www.asean.org>> (consulté le 23 avril 2013).

[2] Si certains États membres y portent plus d'attention que d'autres, c'est grâce à cette structure de coopération interétatique de l'ASEAN que l'infrastructure juridique régissant le commerce électronique dans les États membres est promue en vue de l'harmonisation du droit et de l'interopérabilité du commerce électronique. La contribution qu'apporte l'ASEAN dans ce domaine est étroitement liée à la nature même de cette institution et à son évolution. Un retour sur une brève historique de cette institution est ainsi nécessaire pour bien la comprendre.

[3] À l'origine, la création de l'ASEAN a pour but de promouvoir la coopération régionale entre les États membres avec deux grands objectifs principaux à savoir : accélérer la croissance économique, le progrès social, et le développement culturel, et promouvoir la paix et la stabilité dans la région³. À partir de son 30^{ème} anniversaire en 1997, l'ASEAN a marché vers une autre étape de coopération en adoptant « *ASEAN Vision 2020* »⁴, s'agissant d'une vision partagée de l'ASEAN comme un concert des nations de l'Asie du Sud-est, le regard extérieur, la vie dans la paix, la stabilité et la prospérité en se basant sur le partenariat de développement dynamique et la communauté des sociétés dotée d'une identité régionale commune⁵. Il s'agit ici, à vrai dire, d'une politique de coopération renforcée vers une intégration graduelle au sein de l'ASEAN, d'ici 2020. Clairement encore, en 2003, les dirigeants de l'ASEAN ont réalisé que la communauté de l'ASEAN devrait être établie en

³ ASEAN-SECRETARIAT, « History: Founding of ASEAN », en ligne : <<http://www.asean.org/asean/about-asean/history>> (consulté le 1^{er} avril 2013), et la déclaration en 1967 appelé « Bangkok Declaration », en ligne : <<http://www.asean.org/news/item/the-asean-declaration-bangkok-declaration>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

⁴ ASEAN-SECRETARIAT, *ASEAN Vision 2020*, Kuala Lumpur, 15 décembre 1997, en ligne : <<http://www.asean.org/news/item/asean-vision-2020>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

⁵ *Id.*

s'appuyant sur trois piliers principaux d'intégration, à savoir : la communauté de sécurité, la communauté socioculturelle et la communauté économique⁶.

[4] Avec l'arrivée de la Charte de l'ASEAN en 2007⁷ qui érigea l'ASEAN en une personnalité juridique⁸, cette politique de renforcement d'intégration s'avère également de plus en plus confirmée et concrète. La vision de 2020 s'est vue raccourcie à 2015 pour la création de la communauté de l'ASEAN⁹. Déjà, dès l'« *ASEAN Vision 2020* », les États membres visait à créer une Communauté économique de l'ASEAN stable, prospère et fortement compétitive dans laquelle il y a la libre circulation des marchandises, des services et des investissements, le développement de l'économie équitable, la réduction de la pauvreté et des disparités socio-économiques¹⁰. Dans cette perspective en faveur d'une meilleure intégration dans l'économie de l'information, les États membres de l'ASEAN ont, entre autres, adopté en 1999 l'« *e-ASEAN Initiative* » lors du Sommet annuel à Manille¹¹. Cette initiative développa un plan d'action concentré sur l'infrastructure physique, légale,

⁶ ASEAN-SECRETARIAT, *Declaration of ASEAN Concord II*, 7 octobre 2003, en ligne : <<http://www.asean.org/news/asean-statement-communiques/item/declaration-of-asean-concord-ii-bali-concord-ii-3>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

⁷ ASEAN-SECRETARIAT, *ASEAN Charter*, 2007, en ligne : <<http://www.asean.org/archive/publications/ASEAN-Charter.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013). Son entrée en vigueur est le 15 décembre 2008. Pour l'analyse critique de la Charte, voir notamment : Eugene K.B. TAN, «The ASEAN Charter as "Legs To Go Places": Ideational Norms And Pragmatic Legalism In Community Building In Southeast ASIA», (2008) 12 *SYBIL* 171.; Rabea VOLKMANN, «Why does ASEAN need a Charter? Pushing actors and their national interests», (2008) 109 *ASIEN* 78.; Elena ASCIUTTI, «The ASEAN Charter: An analysis», (2010) 2 *Centro Studi Sul Federalismo - Perspectives on Federalism* E-43.

⁸ Article 3 de l'*ASEAN Charter*.

⁹ Voir notamment : ASEAN-SECRETARIAT, *Roadmap for an ASEAN Community 2009-2015*, Jakarta, ASEAN Secretariat, 2009. ; ASEAN-SECRETARIAT, *Implementing The Roadmap for an ASEAN Community 2009-2015*, coll. «ASEAN Annual Report», Jakarta, ASEAN Secretariat, 2009.

¹⁰ *Id.*, par. B.1.

¹¹ ASEAN-SECRETARIAT, *Chairman's Press Statement on ASEAN 3rd Informal Summit*, Manila, 28-29 novembre 1999, par. 16, en ligne : <<http://www.asean.org/asean/asean-summit/item/chairman-s-press-statement-on-asean-3rd-informal-summit-manila-philippines-28-november-1999>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

logistique, sociale et économique pour favoriser le développement et l'utilisation des technologies de l'information¹².

[5] Sur la base de cette initiative, les États membres de l'ASEAN sont entrés en 2000 dans l'« *E-ASEAN Framework Agreement* »¹³ (ci-après « Accord-cadre ») pour faciliter l'établissement de l'infrastructure d'information de l'ASEAN – le matériel physique et les systèmes de logiciels pour le besoin d'accès aux informations, de les traiter et de les partager – et promouvoir la croissance du commerce électronique dans la région¹⁴. Dans cet Accord-cadre, parmi les cinq principaux composants se trouve la création d'un environnement favorable pour la facilitation et le développement du commerce électronique. Ce dernier élément est sous la responsabilité du « *The ASEAN E-Commerce and ICT Trade Facilitation Working Group* » (ci-après « Groupe de Travail d'E-Commerce »), qui a réussi en 2001 à élaborer un Cadre de référence d'E-ASEAN pour l'infrastructure juridique en commerce électronique dans les États membres, appelé « *E-Asean Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure* »¹⁵ (ci-après « Cadre de référence d'E-ASEAN »).

[6] Ce Cadre de référence d'E-ASEAN serait un guide pour les États membres de l'ASEAN qui n'ont pas encore rédigé leur législation en matière de commerce électronique. Il servirait également à faciliter le commerce électronique international (transfrontalier) et la

¹² ASEAN-SECRETARIAT, *The e-ASEAN Initiative*, 1999, en ligne : <<http://www.aseansec.org/7659.htm>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

¹³ ASEAN-SECRETARIAT, *E-ASEAN Framework Agreement*, 2000, en ligne : <<http://www.asean.org/news/item/the-fourth-asean-informal-summit-22-25-november-2000-singapore-4>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

¹⁴ *Id.*, Article 3.

¹⁵ ASEAN-SECRETARIAT, *E-Asean Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure*, 2001, en ligne : <<http://www.asean.org/images/2012/Economic/TELMIN/e-Asean%20Reference%20Framework.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

reconnaissance mutuelle de signatures électroniques ou de certificats électroniques entre des États membres de l'ASEAN qui ont déjà leurs lois de commerce électronique¹⁶. Substantiellement, ce Cadre de référence d'E-ASEAN s'inspire largement de deux lois types de la CNUDCI¹⁷, l'une s'intitule « Loi type sur le commerce électronique de 1996 »¹⁸ et l'autre « Loi type sur les signatures électroniques de 2001 »¹⁹, ainsi que des lois existantes des cinq États membres de l'ASEAN, à savoir : *Electronic Transaction Act* de Singapour²⁰, *Digital Signature Act* de la Malaisie²¹, *Electronic Commerce Act* des Philippines²², *Electronic Transaction Order* du Brunei²³, et *Draft Electronic Transaction Bill* de la Thaïlande²⁴. Ces cinq lois sont également inspirées des deux fameuses lois type.

¹⁶ *Id.* I. Purpose, p. 1.

¹⁷ La Conférence des Nations Unies pour le Développement et le Commerce International (CNUDCI) est un organe très important du système de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine du commerce international. Elle a pour mandat d'enlever les obstacles juridiques à l'égard du commerce international par la modernisation et l'harmonisation de manière progressive du droit commercial international. Son site web officiel est : <<http://www.uncitral.org/index.html>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

¹⁸ CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 (avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998)*, New York, Nations Unies, 1999., en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html> (consulté le 9 avril 2013).

¹⁹ CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001*, New York, Nations Unies, 2002., en ligne : <http://www.cnucci.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html> (consulté le 9 avril 2013)

²⁰ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 1998, en ligne : <<http://gcis.nat.gov.tw/eclaw/english/PDF/ElectronicTransactionsAct1998.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

²¹ Malaisie, *Digital Signature Act*, 1997, en ligne : <<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%2012/Act%20562.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

²² Philippines, *Electronic Commerce Act*, 2000, en ligne : <http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=225417> (consulté le 1^{er} avril 2013).

²³ Brunei, *Electronic Transaction Order*, 2000, en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN006031.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013)

²⁴ Thaïlande, *Draft Electronic Transaction Bill*, 2001, en ligne : <http://www.bot.or.th/English/PaymentSystems/BOT_ps/PSRegulation/Documents/et_act_2544_Eng.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2013).

[7] Le Cadre de référence d'E-ASEAN n'est pas le seul document auquel les États membres peuvent se référer lors de l'élaboration de leurs législations nationales en la matière. En effet, s'ajoutant à ce Cadre de référence d'E-ASEAN, une autre couche d'harmonisation est matérialisée par la mise en place d'un projet d'harmonisation appelé « *The Harmonization of E-Commerce Legal Infrastructure in ASEAN Project* » (ci-après « Projet d'E-Commerce de l'ASEAN ») issu d'une étroite collaboration entre l'ASEAN et l'*ASEAN Australia Development Cooperation Program* (AADCP) et financé par le gouvernement australien²⁵. Ce projet est assuré par le cabinet d'avocats australien « Galexia » avec la coordination du Groupe de Travail d'E-Commerce²⁶.

[8] Ce projet d'E-Commerce a pour but général d'assister l'ASEAN à intégrer dans un marché commun (la libéralisation de la circulation des biens, des services et des capitaux)²⁷ et aurait spécifiquement aidé l'ASEAN à réaliser deux objectifs principaux dans le plan pour l'intégration du secteur e-ASEAN (*The e-ASEAN Roadmap*)²⁸ :

« Measure n° 78: Enact domestic legislation to provide legal recognition of electronic transactions (i.e. cyberlaws) based on common reference frameworks (deadline: 31 December 2008);

Measure n° 79: Facilitate cross-border electronic transactions and the use of digital signatures (deadline: 31 December 2009) »²⁹.

²⁵ UNESCAP, *Harmonized development of legal and regulatory systems for e-commerce in Asia and the Pacific*, New York, United Nations, 2004., en ligne : <<http://www.unescap.org/tid/publication/tipub2348.asp>> (consulté le 06 mai 2013), p. 89; UNCTAD, *Information Economy Report 2007-2008*, New York and Geneva, United Nations, 2008., en ligne : <http://unctad.org/en/Docs/sdteecb20071ch8_en.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2013), p. 345, Note 3.

²⁶ *Id.*

²⁷ UNCTAD, préc., note 25, p. 323, par. “2. E-commerce project goals”.

²⁸ ASEAN-SECRETARIAT, *APPENDIX I Roadmap for Integration of e-ASEAN Sector*, 29 November 2004, p. 13, en ligne : <<http://www.asean.org/images/archive/16688.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

²⁹ *Id.* Voir le tableau au point « XXIII – E-Commerce ».

[9] Ce projet cherche donc à identifier et résoudre les problèmes liés à la mise en œuvre de la politique d'intégration du secteur « *E-Commerce* » à deux niveaux, domestique et régional. Dans la réalisation de ce projet, Galexia et *ASEAN Secretariat* ont produit des « *E-Commerce Projects Guidelines* » (ci-après les « Guidelines ») basées, non seulement sur le Cadre de référence d'E-ASEAN de 2001, mais également sur les deux lois types de la CNUDCI susmentionnées, ainsi que la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (ci-après la « Convention »)³⁰. Alors, c'est sur la base du Cadre de référence d'E-ASEAN de 2001 et ces Guidelines que les législations sur le commerce électronique des cinq autres États membres de l'ASEAN ont pu naître.

[10] Il s'agit ici d'une politique d'harmonisation du droit en matière de commerce électronique avec une approche « *Hard Harmonization* »³¹, c'est-à-dire par la mise en œuvre d'un (des) guide(s) comme directive ou document de base permettant aux États membres n'ayant pas encore de lois sur le commerce électronique de s'en inspirer. Ces Guidelines disposent des principes essentiels à respecter comme minimum légal en matière du contrat électronique et des signatures électroniques. Ils incluent des informations plus prescriptives que descriptives telles que les étapes à suivre dans leur mise en œuvre et les dates limites à respecter³². Il en résulte que chaque État membre devrait se doter d'une législation en commerce électronique se basant sur les mêmes principes exposés dans ces documents de référence. Jusqu'en octobre 2007, selon le Rapport 2007-2008 de la Conférence des Nations

³⁰ GALEXIA, «Galexia to assist ASEAN harmonise electronic commerce», March 2004., en ligne: <http://www.galexia.com/public/about/news/about_news-id019.html#Heading140> (consulté le 1^{er} avril 2013).

³¹ UNCTAD, préc., note 25, p. 324, par. 5 et 6.

³² *Id.*, p. 324, p. 6

Unies sur le Commerce et Développement (CNUCED)³³, sept des dix États membres ont déjà adopté leur législation en commerce électronique³⁴, et récemment encore en mars 2008, l'Indonésie vient d'adopter la sienne qui s'intitule *Electronic Information and Transactions*³⁵. Il reste alors le Cambodge et le Laos qui n'ont pas encore adopté leurs projets de loi jusqu'à date³⁶.

[11] Face à ces événements, deux ordres d'idées nous viennent en tête et justifient notre choix de sujet qu'est le droit du contrat électronique dans l'ASEAN. D'abord, c'est la raison d'ordre politique régional. Comme ce qui est susmentionné, on a au niveau de l'ASEAN une politique de coopération renforcée vers l'intégration économique avec l'approche « *Hard Harmonization* », surtout dans le domaine du commerce électronique, où les États membres devraient adopter l'encadrement législatif et réglementaire en vue de promouvoir la confiance de l'économie d'information au sein de l'ASEAN et le développement d'un environnement favorable au commerce électronique. C'est le désir de contribuer à la meilleure connaissance et à la construction de l'œuvre d'harmonisation du droit du commerce électronique au sein de l'ASEAN qui nous conduit à choisir ce sujet.

³³ *Id.*, p. 325

³⁴ *Id.*, p. 325. Tableau 8.1

³⁵ ASEAN-AADCP, «Harmonisation of E-Commerce Legal Infrastructure in ASEAN», April 2008., en ligne : <http://www.galexia.com/public/research/assets/asean_ecommerce_case_study_20080429.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2013).

³⁶ UNCTAD, *Information Economy Report 2011 - ICTs as an Enabler for Private Sector Development*, New York and Geneva, United Nations, March 2012., en ligne : <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2011_en.pdf> (consulté le 4 avril 2013), p. 41, par. 1: "In Asia, for instance, 8 of the 10 members of the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) have adopted harmonized ecommerce laws based on UNCITRAL models. The remaining two, Cambodia and the Lao People's Democratic Republic, are intending to adopt similar legislation by 2012."

[12] La deuxième raison est d'ordre politique national. Se conformant à l'Accord-cadre d'e-ASEAN signé en 2000 par tous les chefs d'État/du gouvernement et vu le développement potentiel de ce domaine, le Cambodge est en cours d'élaboration d'un projet de loi sur le commerce électronique. Si pour le moment le commerce électronique est très limité sur le territoire, certains indices nous rendent très optimistes pour le développement potentiel du domaine dans quelques années à venir. Ces indices sont tels que l'utilisation accrue des courriels tant pour les relations professionnelles que pour les relations d'affaires; l'augmentation remarquable des usagers d'Internet³⁷; l'accessibilité à l'Internet en croissance et facile « par téléphone »³⁸; la diminution graduelle du prix d'accès à l'Internet³⁹; la promotion de la langue cambodgienne « Khmer Unicode » sur le Net⁴⁰; le développement

³⁷ L'augmentation du nombre des usagers d'internet est plus de dix fois entre 2000 et 2010, soit de 6 000 (0,05% de la population en 2000) à 78 000 usagers (0,5% de la population en 2010) selon INTERNET WORLD STATES, *Internet Usage in Asia*, 2010, en ligne : <<http://www.internetworldstats.com/asia/kh.htm>> (consulté le 3 avril 2013). L'apparition des jeunes cambodgiens bloggeurs, appelés « cloggers », est aussi un des indices de cette augmentation. Voir Corinne CALLEBAUT, « Cloggers : les jeunes Cambodgiens ont trouvé leur voix sur le Net », 02 mars 2009, Ka-set Site d'information sur le Cambodge, en ligne : <<http://www.rue89.com/2009/03/09/cloggers-les-cambodgiens-ont-trouve-leur-voix-sur-le-net>> (consulté le 3 avril 2013). Au 1^{er} avril 2013, les utilisateurs de Facebook sont de 755 380 (Voir le site de statistique « Socialbakers », en ligne : <<http://www.socialbakers.com/facebook-statistics/cambodia>> (consulté le 4 avril 2013).

³⁸ ÉMISSION DE VOA (Voice of America), « Internet Use Grows to Nearly Half a Million: Report (Cambodia news in Khmer) », émission du 14 mai 2012, en ligne : <<http://www.youtube.com/watch?v=d4vqqiKEAVU>> (consulté le 4 avril 2013). Voir également le rapport d'un centre de recherche indépendant situé en Australie BUDDE COMM, « Cambodia's mobile sector still 'hot' as newly-created TRC takes on challenging regulatory job », 2012, en ligne : <<http://www.budde.com.au/Research/Cambodia-Telecoms-Mobile-Internet-and-Forecasts.html>> (consulté le 4 avril 2013).

³⁹ Voir notamment un article d'un blog TOMEK, « Internet access in Cambodia », 29 avril 2012, en ligne : <<http://www.ptraveler.com/2012/04/29/internet-access-in-cambodia/>> (consulté le 4 avril 2013).

⁴⁰ Voir notamment Nobert KLEIN, « The Future of the Khmer Language on the Internet », 23 mars 2011., en ligne : <<http://www.cambodiamirror.org/2011/03/23/the-future-of-the-khmer-language-on-the-internet-wednesday-23-3-2011/>> (consulté le 4 avril 2013) ; Baptiste SIMON, « Google Traduction : La langue khmer désormais supportée », 19 avril 2013., en ligne : <<http://www.weblife.fr/breves/google-traduction-la-langue-khmer-desormais-supportee>> (consulté le 23 avril 2013).

potentiel des infrastructures de technologie d'information⁴¹; le développement potentiel du système bancaire en ligne⁴²; la mise en place réussie du système e-Visa⁴³, etc.

[13] L'étude approfondie du droit des contrats électroniques dans l'ASEAN se révèle fort intéressante tant pour l'intérêt strictement personnel que pour la contribution à l'œuvre d'harmonisation en cours au sein de l'ASEAN, à la meilleure connaissance voire à la construction et à la modernisation du droit de ses États membres faisant face aux défis engendrés par les nouvelles technologies d'information.

[14] Notre champ d'étude concernera essentiellement le droit du commerce électronique. D'ailleurs, si faire le commerce par le moyen électronique pose de nombreuses questions juridiques, celle qui se trouve au cœur du commerce électronique porte sur le contrat électronique⁴⁴. Et ce n'est pas toutes les règles du droit des contrats qui sont affectées par cette nouvelle forme de conclusion contractuelle, mais celles concernant la *formation* du contrat et la *preuve* de sa conclusion le sont principalement. La problématique générale qui les transcende concerne les difficultés liées à l'accomplissement des règles de forme dans l'environnement électronique, essentiellement les concepts d'*écrit* et de *signature*, tant pour les exigences juridiques à titre de formalisme *ad probationem* (preuve) qu'à ceux de

⁴¹ UNCTAD, préc., note 36, p. 12, par. 2: "In Cambodia, enterprise development is one of four areas recognized in the National ICT Policy. There are reduced import taxes on ICT equipment and systems. In addition, the Government has pledged to provide special support to SMEs to adopt and use e-commerce systems and to take appropriate measures to ensure the efficiency, privacy, security and reliability of e-commerce systems based on international, interoperable standards."

⁴² Voir notamment Derrick TAN, «Introduction to Banking Cambodia 2009», 16 février 2009, Phnom Penh Post. en ligne : <<http://cambodiatonight.blogspot.ca/2009/02/introduction-to-banking-cambodia-2009.html>> (consulté le 4 avril 2013).

⁴³ Voir le site web officiel du Ministère des Affaires Etrangères et de la Coopération Internationale : <<http://www.mfaic.gov.kh/evisa/?lang=Franc>> (consulté le 4 avril 2013).

⁴⁴ Jean-Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE (dir.), *Le contrat électronique : au coeur du commerce électronique*, Poitiers, LGDJ, 2005.

formalisme *ad validitatem* (validité)⁴⁵. Notre recherche se focalise alors sur le formalisme contractuel relatif à l'exigence de l'écrit et de la signature lorsqu'ils sont plongés dans le contexte numérique.

[15] Nous tenons à préciser également que l'étude portant sur le formalisme du contrat électronique des dix États membres serait impossible en raison de l'inaccessibilité aux documents et de la différence de la langue nationale utilisée. À part le Cambodge dont l'auteur a la nationalité et qui est choisi pour les raisons susmentionnées, il serait nécessaire de nous cantonner seulement à certains États membres selon les deux critères qui nous sont personnels. D'une part, les États membres qui sont et seront les partenaires d'affaires importants du Cambodge, d'autre part, ceux dont l'état de droit des technologies d'information se développe le plus par rapport à d'autres États membres. Ces critères nous permettent d'identifier cinq États, dont deux remplissent le premier critère, à savoir la Thaïlande et le Vietnam, et trois autres le deuxième critère, à savoir Singapour, la Malaisie et les Philippines.

[16] L'œuvre d'harmonisation des lois nationales en commerce électronique des États membres l'ASEAN a dernièrement mis l'accent sur l'utilisation de la « Convention de la CNUDCI de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques »⁴⁶ comme document de

⁴⁵ Pour l'objet de notre étude, nous nous limitons à la classification classique des exigences de formes, d'une part les exigences à titre de preuve et d'autre part celles à titre de validité. Pour savoir plus sur autres classifications possibles, voir notamment : Marie DEMOULIN et Etienne MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», (2003) n°23 *Cahiers du CRID.*; Paul BRASSEUR, «Le formalisme dans la formation des contrats : Approches de droit comparé» dans Marcel FONTAINE et Paul BRASSEUR (dir.), *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant-Bruxelles, LGDJ-Paris, 2002, p. 605-688, à la p. 612 et s.; Pierre CATALA, «Le formalisme et les nouvelles technologies», (2000) 15-16/00 *Défrénois* 897., etc.

⁴⁶ CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, New York, Nations Unies, 2007.

référence⁴⁷. Celle-ci s’inspire largement des deux Lois types de la CNUDCI, l’une portant sur le commerce électronique de 1996 et l’autre sur les signatures électroniques de 2001. Ces dernières, elles aussi, ont servi comme bases de plusieurs législations nationales du globe, y compris celles de certains des États membres de l’ASEAN, comme ce qui est susmentionné, dont l’*Electronic Transactions Act* de 1998 de Singapour, reconnu comme le premier pays qui adopte la Loi type sur le commerce électronique, ainsi que celle du Canada⁴⁸, celle des États-Unis,⁴⁹ etc.⁵⁰

[17] On pourrait alors légitimement s’attendre à ce que ces législations nationales (ci-après « nouvelles lois » ou « nouveaux textes ») auraient un certain degré de convergence ou de similarité raisonnable, du moins dans le cadre des législations régissant du contrat électronique dans l’ASEAN⁵¹. Nous avons cependant constaté que non seulement ces lois nationales des États membres de l’ASEAN sont non-uniformes quant à l’encadrement des notions d’écrit et de signature, mais elles sont également, et surtout, difficiles à comprendre, à

⁴⁷ Chris CONNOLLY, «Using the Electronic Communications Convention to Harmonize National and International Electronic Commerce Laws: An ASEAN Case Study» dans Amelia H. BOSS et Wolfgang KILIAN (dir.), *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*, Wolters Kluwer Law & Business éd., 2008, p. 315, à la p. 315.

⁴⁸ C’est le cas de la *Loi Uniforme sur le Commerce Électronique* de 1999 adoptée par la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, en ligne : <<http://66.51.165.111/fr/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia>> (consulté le 22 avril 2013).

⁴⁹ C’est le cas de la *Uniforme Electronic Transactions Act* de 1999 adopté par *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en ligne <<http://uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act>> (consulté le 22 avril 2013).

⁵⁰ Pour le détail sur les États qui adoptent la Loi type de sur le commerce électronique de 1996, voir : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html> (consulté le 22 avril 2013).

⁵¹ C. CONNOLLY, préc., note 47, p. 318, par. 7. “There is a reasonable degree of similarity in the electronic commerce law of Member Countries, as the legislation in most countries is based on either the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce or on the project guidelines from the current ASEAN Electronic Commerce Project.”

interpréter et à appliquer. Cette problématique résulte du constat de l'inapplication de ces nouvelles lois par les juges, soit à cause de l'exclusion de certains actes juridiques de leur champ d'application, soit par omission, ou encore de la mauvaise application ou de l'erreur d'interprétation de ces textes par le juge. Ces nouveaux textes sont alors quelque peu perçus comme, pour reprendre l'expression du professeur Vincent Gautrais, un « dérangement » dans la recherche de la justice par le juge ou encore « des changements de coût en termes d'interprétation »⁵², car on remarque que malgré l'absence de textes pareils, les juges arrivent généralement à rendre les verdicts avec justesse. Mais nous croyons qu'on devrait nuancer ce point de vue et prendre une position plutôt médiane sans pour autant aller jusqu'à jeter les nouveaux textes à terre.

[18] Cette situation reflète un état de rupture entre les nouvelles lois régissant du contrat électronique et la jurisprudence, donc la rupture entre le droit et les faits, car la loi qui est un moyen pour encadrer les faits et pour dire le droit se révèle lacunaire ; ce qui crée une très haute insécurité juridique pour les relations contractuelles ayant des médiums électroniques comme moyens de communication, de conclusion et de preuve des contrats.

[19] Répondant à cette problématique cruciale, nous croyons qu'au lieu d'écarter catégoriquement les nouveaux textes en présence comme ce qu'ont fait certains juges⁵³, l'on devrait chercher une méthode d'interprétation qui permettra de raccourcir cet écart entre la loi et la jurisprudence. En effet, nous sommes convaincu que concevoir une méthode d'interprétation afin de procurer une « bonne » voire « meilleure » interprétation de ces textes

⁵² V. GAUTRAIS, préc., note 1, p. 415, par. 2.

⁵³ *Infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 – *L'omission de mention de nouvelles lois*.

pourrait mieux contribuer à la sécurité juridique recherchée par les « nouvelles lois », que l'insécurité juridique serait beaucoup plus grande en cas d'absence de ces textes.

[20] Autrement dit, une méthode interprétative peut être servie comme un moyen de rapprochement entre la loi et la jurisprudence dans la mesure où concevoir une méthode d'interprétation peut être perçu comme un moyen contribuant à maintenir la sécurité juridique, car elle permettrait aux juges d'assurer le respect de certains principes d'interprétation et d'éviter le plus possible le conflit d'interprétation, et contribuerait donc ultimement à l'harmonisation du droit.

[21] Afin de mener cette quête d'une méthode interprétative, nous avons commencé par l'identification des sources documentaires avant de nous lancer dans l'approche comparative choisie comme mode de présentation de notre développement.

[22] Après des recherches documentaires, nous avons identifié quatre catégories de sources de documents pouvant enrichir notre littérature et réflexion dans l'élaboration de notre thèse. *Premièrement*, des documents nationaux des États membres de l'ASEAN (y compris les textes législatifs, la jurisprudence et la doctrine) ; *deuxièmement* des documents régionaux (y compris des documents officiels au niveau de l'ASEAN et divers rapports régionaux) ; *troisièmement* des textes internationaux (principalement les deux lois types de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 et sur les signatures électroniques de 2001, la Convention de la CNUDCI de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, ainsi que la doctrine qui apporte des réflexions sur ces textes) ; et *quatrièmement* des documents en droits étrangers (les textes législatifs, la jurisprudence et la doctrine du Canada, de la France, des États-Unis et de l'Angleterre).

[23] Si la doctrine et la jurisprudence relatives au contrat électronique dans les États membres de l'ASEAN sont pour l'instant minimes, celles des droits étrangers, tels que le Canada, les États-Unis et la France, sont assez abondantes, comme la bibliographie le montre. Ces textes constituent pour nous une littérature indispensable pour pouvoir bien maîtriser la matière avant de pouvoir passer à l'étape de compréhension et de réflexion critique sur les législations et jurisprudence des États membres de l'ASEAN.

[24] Nous avons choisi l'approche comparative pour la démonstration de notre étude sur le sujet choisi, car cette approche comparative est devenue une source importante d'approfondissement et d'enrichissement du droit des contrats et indispensable à l'œuvre d'harmonisation des droits⁵⁴. Elle constitue également une méthode de plus en plus commune dans la recherche d'une solution relative à un problème nouveau dont la problématique traverse les frontières⁵⁵, telles que les problématiques relatives au droit du contrat électronique. Ainsi, face à une difficulté d'interprétation, le regard sur les sources étrangères est devenu un moyen soit pour répertorier des solutions proposées ailleurs afin d'en tirer la meilleure, soit pour servir directement à justifier ou argumenter une position à prendre.

[25] Avec cette approche de comparaison choisie, nous comptons déboucher sur des propositions concrètes quant à la méthode d'interprétation des textes régissant le contrat électronique dans l'ASEAN. Pour ce faire, du point de vue méthodologique, nous devons répondre aux trois questions suivantes : *Qu'est-ce qu'on compare ? Pourquoi comparer ?*

Comment comparer ?

⁵⁴ Marcel FONTAINE, «Fertilisations croisées du droit des contrats» dans Jacques GHESTIN (dir.), *Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, à la., p. 358 et 359

⁵⁵ Pierre-André COTE, Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, Les Éditions Thémis 4è éd., Montréal, 2009., p. 640, par. 1996 et s.

[26] *Qu'est-ce qu'on compare ?* Comme notre étude a pour objet d'étaler l'état des lieux du droit du contrat électronique des États membres de l'ASEAN, notre comparaison porte sur les dispositions législatives ayant trait aux problématiques liées au formalisme à titre de validité et à titre de preuve du contrat électronique, ainsi qu'à analyser la jurisprudence et la doctrine des six États membres de l'ASEAN que nous avons choisis à savoir : Singapour, la Malaisie, les Philippines, le Cambodge, la Thaïlande et le Vietnam. En cas d'incompréhension ou de besoin de clarification du sens de ces textes, nous puiserons la source de réflexion en dehors de l'ASEAN en recourant aux solutions déjà abordées par les États développés en droit du contrat électronique qui ont des approches législatives similaires, telles que celles de l'Angleterre, des États-Unis, du Canada ou encore de la France, selon le cas.

[27] *Pourquoi comparer ?* Nous procédons à l'exercice de comparaison en vue d'une part de comprendre. En effet, face à la difficulté d'interprétation et d'application des lois relatives au droit du contrat électronique dans l'ASEAN – lois d'origine internationale – on ne peut les bien comprendre sans retour à leur origine et sans avoir un regard sur leur application par les États avancés pour ce domaine qui rencontrent les problématiques similaires et qui constituent donc des « laboratoires d'expériences » dans la mise en application des dispositions en question. Pour ce faire, on se sert alors des lunettes épistémologiques juridiques pour comprendre le droit. D'autre part, cette comparaison nous permet d'évaluer la convergence ou divergence des législations adoptées par ces États membres et d'en tirer les leçons pour mieux illustrer les solutions déjà adoptées qui peuvent ou pas mieux satisfaire aux finalités législatives – « neutralité technologique » et « équivalence fonctionnelle » – et donc atteindre l'objectif du droit qui est la sécurité juridique et technologique. Enfin, cet exercice de

comparaison a pour but ultime de contribuer à la meilleure connaissance voire à la construction et à l'harmonisation du droit du contrat électronique en ASEAN.

[28] *Comment comparer ?* Afin de bien comparer, nous essayons de systématiser ou objectiver les comparaisons en prenant la similarité/différence des dispositions sur chacun des concepts déterminés (écrit et signature) comme axe et nous procédons ensuite à l'analyse de chacun de ces concepts, pays par pays en nous attachant au fondement juridique du concept, ses conditions d'application, l'effet juridique, etc. Partant de cet axe, dans chaque point de comparaison, nous allons effectuer des analyses jurisprudentielles afin de pouvoir à la fois examiner la méthode d'interprétation appliquée par le juge et la solution adoptée sur une question juridique donnée, tout d'abord dans le cadre des décisions judiciaires étatiques dans l'ASEAN, s'il y en a, avant de les comparer ensuite avec la jurisprudence étrangère qui relève d'une ou des problématiques similaires.

[29] Ces analyses interprétatives approfondies aboutiront, quant à la question de similarité et différence, à une réflexion dialectique nous permettant de prendre une position sur chacun des problèmes soulevés et d'apporter une ou des propositions concrètes quant à la méthode interprétative et à la solution à adopter pour le contexte national et régional. Certes, cette étude comparée est faite en vue de contribuer à la meilleure connaissance, à la construction et à l'harmonisation du droit du contrat électronique dans ASEAN, mais aussi à l'adaptation, à l'amélioration et à la promotion du droit du contrat électronique dans les États membres moins avancés dans le domaine, tels que le Cambodge et le Vietnam. Comme la loi cambodgienne est encore en projet et le problème juridique posé n'est pas encore réel, on ne peut qu'analyser la texture du projet et ses portées théoriques sans pour autant avoir un recul sur la pratique. Notre étude mettra alors l'accent plus sur l'étude des droits singapourien,

malaisien et philippin qui sont beaucoup plus avancés dans le domaine et qui pourraient à ce titre apporter des éléments de solutions aux problématiques pareillement posées en droit du contrat électronique au Cambodge, au Vietnam et en Thaïlande.

[30] Dans le cadre de cette démonstration, nous procéderons donc d'abord à établir l'état des lieux de la situation problématique tant dans la conception des nouveaux textes que dans leur interprétation (**Première Partie**) qui nous servira ensuite de « raisons »⁵⁶ pour notre quête d'une « possible » méthode d'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique en faveur de l'harmonisation du droit dans l'ASEAN (**Deuxième Partie**).

⁵⁶ Raymond BOUDON, *Raison, bonnes raisons*, coll. «Philosopher en sciences sociales», P.U.F., 2003., p. 59, par. 2 : « On est souvent tenté de voir dans la connaissance scientifique le produit de la *Raison* et dans la connaissance ordinaire celui de la *Culture*. (...) Mais il n'est nullement nécessaire de supposer que la connaissance non scientifique serait *culturelle*, tandis que la connaissance scientifique serait *rationnelle*. Il est beaucoup plus pertinent de considérer les deux à la fois comme *rationnelle* et *contextuelle*. » ; Écouter également l'interview sur *Canalacadémie.com*, en ligne : <<http://www.canalacademie.com/ida200-Raymond-Boudon-Raison-bonnes-raisons.html>> (consulté le 04 mai 2013).

PARTIE 1 – La situation problématique de la définition et de l’interprétation des critères de l’écrit et de la signature électroniques

« Dès le moment où change le couplage support - message, c’est-à-dire le moment de l’invention de l’écriture, alors dans nos civilisations, tout change ! »⁵⁷

[31] Après plus d’une décennie, l’objectif de l’ASEAN d’harmoniser le droit du commerce électronique pour faire face aux nouvelles technologies de l’information et à l’ère de l’économie numérique n’est pas totalement satisfaisant. En effet, la conception et l’interprétation des critères de l’écrit et de la signature électroniques demeurent problématiques. Ceci est dû aux constats de la difficulté de définir les critères objectifs de l’écrit et de la signature pour les écrits et les signatures électroniques (**Titre 1**) et de l’interprétation délicate des critères de l’écrit et des signatures conçus par les nouvelles lois (**Titre 2**).

⁵⁷ Michel SERRES, «Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive», vidéo enregistrée le 11 décembre 2007., en ligne : <http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive> (consulté le 22 avril 2013), cité par Vincent GAUTRAIS, *Évolution/Révolution ?*, Cinquième conférence : le droit du commerce électronique est-il différent ? (2 octobre 2008), Faculté de droit - Université de Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques., en ligne : <<http://www.gautrais.com/powerpoint>> (consulté le 22 avril 2013), acétate n°15.

TITRE 1 – La difficulté définitionnelle des critères « objectifs » de l’écrit et de la signature pour les écrits et signatures électroniques

« Le "bon droit" naîtra d'une dialectique des sciences exactes et des sciences humaines, dans laquelle celles-ci prendront en compte les aspects sociaux et moraux de la loi nouvelle »⁵⁸

« L'étude du formalisme électronique met en évidence la difficulté à concilier le monde virtuel du numérique et le monde « réel » du contrat »⁵⁹

« Ne légiférez qu'en tremblant »⁶⁰

[32] Concevoir ou légiférer les critères objectifs de l’écrit et de la signature en vue de régir les écrits et signatures électroniques présents et à venir n’est pas chose facile. La difficulté se trouve d’une part dans le fait que ces notions sont bien ancrées dans la culture du papier ou du support matériel. L’émergence du commerce électronique bouleverse inévitablement la compréhension et la perception de ces notions en raison de la dématérialisation de ces concepts vieux comme le droit. Dans l’environnement électronique ces concepts sont soumis aux conditions nouvelles de temps et d’espace. L’environnement juridique au sein duquel ils sont nés et se sont répandus est tangible et vérifiable à l’œil nu sans intermédiaire de machine. Ce qui crée naturellement une situation de dépendance en regard tant de leurs raisons d’être

⁵⁸ P. CATALA, préc., note 45, p. 897.

⁵⁹ Mustapha MEKKI, «Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique »», (2007) 3 *Revue des Contrats* 681., p. 681.

⁶⁰ Jean CARBONNIER, «Scolie sur le non droit» dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, à la p. 50, cité par Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Thémis, 2012., p. 193, note de bas de page 617.

que de leurs conditions d'existence (**Chapitre 1**). D'autre part, si la volonté d'élargir la teneur de ces concepts pour conquérir le nouveau monde dit « virtuel » par l'objectivation des critères qui les caractérisent sans égard à la nature du support ni à celle de l'environnement (physique ou immatériel), se synchronise bien avec le courant d'idées dominant qui promeut le commerce électronique, elle doit pourtant relever un défi crucial face à l'objectif d'harmonisation du droit du commerce électronique dans l'ASEAN, dans la mesure où ces concepts sont perçus différemment et ont subi différents modelages législatifs dans les diverses juridictions de l'ASEAN (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 – La dépendance des notions d’écrit et de signature au support physique

[33] La dépendance matérielle des concepts d’écrit et de signature par rapport au support physique, surtout au papier, peut s’expliquer, d’une part, par leurs exigences juridiques qui trouvent leur origine avec la culture du papier (**Section I**), et d’autre part, par l’évidence qu’implique la rareté de leur définition dans les systèmes juridiques (**Section II**).

Section I – Les exigences de l’écrit et de la signature façonnées dans le contexte papier

[34] Il nous paraît primordial de s’intéresser d’abord aux exigences juridiques de l’écrit et de la signature dans le droit positif actuel (**Paragraphe 1**) avant d’illustrer des éléments d’acculturation ou de dépendance par rapport au papier dans la vie juridique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Les exigences de l’écrit et de la signature en droit positif

[35] En droit des contrats, tant dans le système de Common-Law que celui de droit civil, le principe est que le contrat peut se faire à l’oral ou à l’écrit⁶¹. Autrement dit, les contrats en

⁶¹ En droit singapourien et malaisien, voir : Andrew PHANG, *Cheshire, Fifoot and Furmston’s Law of Contract*, 2nd Singapore and Malaysian éd., Singapore, Butterworths Asia, 1998., p. 235, par. 4 et s. ; En droit philippin, voir l’article 1356 du Code civil : “Contracts shall be obligatory, in whatever form they may have been entered into, provided all the essential requisites for their validity are present. However, when the law requires that a contract be in some form in order that it may be valid or enforceable, or that a contract be proved in a certain way, that requirement is absolute and indispensable. In such cases, the right of the parties stated in the following article cannot be exercised. (1278a).”; En droit thaïlandais, voir le *Thai Civil and Commercial Code*, Section 354. “An offer to make a contract in which a period for acceptance is specified cannot be withdrawn within such period.”; En droit vietnamien, tant dans l’ancien Code civil 1995 que dans le Nouveau Code civil de 2005, c’est

général n'ont pas d'exigences de formes spécifiques. Pourtant, pour certains types de contrats, les exigences de l'écrit et de la signature sont prescrites par la loi. Ces exigences sont à titre de preuve, de validité, de publicité, etc. Le consensualisme est alors le principe, le formalisme l'exception. Le formalisme le plus invoqué comme obstacle au commerce électronique relève des exigences juridiques de l'écrit et de la signature.

[36] Les exigences de l'écrit et de la signature se répartissent d'une manière éparse dans les dispositions légales et réglementaires, tant dans les pays de Common-Law que ceux de droit civil. Mais ce qui divise ces deux systèmes de droit pour cet aspect est la présence du *Statute of Frauds* dans les pays de Common-Law qui rassemblent les actes juridiques sous un axe d'exigence de l'écrit signé. Chez les civilistes, s'ils ont utilisé la même technique que le *Statute of Frauds* anglais pour combattre les fraudes, ils n'avaient pas choisi de sélectionner des actes d'importance sous l'axe d'exigence d'écrit signé. Dans le système civiliste, chaque acte d'importance est traité d'une manière spécifique. Il serait donc plus simple d'analyser séparément les exigences de l'écrit et de la signature des pays de système de Common-Law d'une part (A) et celles des pays de système de droit civil d'autre part (B).

A. Dans les pays sous l'influence du système de Common-Law : Singapour, Malaisie et Philippines

[37] L'exigence de l'écrit et de la signature, quelque soit le système de droit (Common-Law ou droit civil), a pour objectif de prévenir les pratiques de fraudes⁶². Cette exigence est donc

le principe de consensualisme qui règne le domaine contractuel (Voir l'article 133 de l'ancien Code civil, et l'article 124 du Nouveau Code civil) ; En droit Cambodgien, tant le Décret-loi N°38 de 1988 que le Code civil de 2007, le principe de formation du contrat est le consensualisme (Voir article 1^{er} Décret-loi N°38, et l'article 336 (1) Code civil : « *A contract comes into effect when an offer and an acceptance thereof conform to each other* »).

⁶² Angela SWAN, «The requirement of writing» dans Angela SWAN (dir.), *Canadian Contract Law*, 2nd éd., Lexis Nexis, 2009, p. 319-340, à la p. 321 et 322, et note 6 : “When enacted in 1677, the Statute of Frauds, as stated in

une technique juridique permettant de sécuriser les transactions effectuées par les parties en imposant l'écrit signé. Les exigences de l'écrit et de la signature chez les pays de Common-Law sont principalement rassemblées dans le *Statute of Frauds*, et successivement introduites dans plusieurs autres législations subséquentes, bien que les plus invoquées soient dans le *Satute of Frauds*. Ces exigences sont soit à titre de preuve, celles de *Statute of Frauds* **(a)**, soit à titre de validité dans d'autres lois spéciales, telles que les exigences de l'écrit dans « *Hire-purchase Act* » en droit malaisien et singapourien **(b)**.

a) Les exigences de l'écrit et de la signature selon le Statute of Frauds

[38] L'exigence de l'écrit et de la signature existe dans plusieurs lois et règlements nationaux⁶³, mais celle qui est la plus souvent invoquée est le *Statute of Frauds*, puisque ce dernier est le plus vieux et le plus fondamental. Le premier *Statute of Frauds* est la Loi anglaise de 1677⁶⁴ qui est presque universellement adoptée par les juridictions de Common-Law, dont Singapour et la Malaisie. Comme ce qui est susmentionné, cette loi, au moment de son adoption en 1677, avait pour l'objectif principal de prévenir de nombreuses pratiques

its preamble, was aimed at the “prevention of many fraudulent practices which are commonly endeavoured to be upheld by perjury and subornation of perjury”. (...) A similar technique has been widely used by legislatures and authorities, including those in ancient Israel and Soviet Russia, by African customary law and by the French Civil Code”; Voir également Arthur T. von MEHREN, *International Encyclopaedia of Comparative Law, Volume VII – Contracts in General*, Boston, Lancaster, 1998, “Chapitre 10 – Formal Requirement”, par. 96 ff.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Angleterre, *Satute of Frauds*, 1677, CHAPTER 3 29 Cha 2, en ligne : <<http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/29/3>> (consulté le 03 mai 2013).

frauduleuses pour certains actes juridiques d'importance⁶⁵. Cette exigence de l'écrit signé dans le *Statute of Frauds* n'est que pour des fins de preuve⁶⁶.

[39] S'il est presque universellement adopté par les pays de Common-Law, il est pourtant impossible pour une législation âgée d'environ trois siècles de rester intacte et de pouvoir répondre d'une manière effective à toutes les nouvelles questions que pose le monde contemporain⁶⁷. D'où les modifications effectuées par les législateurs nationaux afin de répondre aux réalités locales changeantes.

[40] Si le droit singapourien des contrats garde jusqu'à date l'héritage juridique concernant les exigences de l'écrit et de la signature par le *Statute of Frauds*, le droit malaisien des contrats, quant à lui, se trouve dans l'incertitude quant à l'applicabilité du *Statute of Frauds*⁶⁸. Il s'ensuit que tous les contrats prévus dans le *Statute of Frauds* se trouvent dans l'incertitude juridique en Malaisie. Aux Philippines, alors qu'en droit des contrats l'influence est plutôt civiliste⁶⁹ par la présence du Code civil de 1950 (ci-après C.c.Ph.)⁷⁰, l'article 1403 C.c.Ph.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ C'est la jurisprudence anglaise qui a invoqué cette affirmation dans la décision *Maddison v. Alderson* (1883), 8 App. Cas. 467, at 488, [1881-85] All E.R. Rep. 742, at 754, (H.L.), où Lord Blackburn disait que : "I think it is now finally settled that the true construction of the Statute of Frauds, both the 4th and the 17th sections, is not to render contracts within them void, still less illegal, but it is to render the kind of evidence required indispensable when it is sought to enforce the contract.", citée par Angela SWAN, préc., note 62, p. 321, note 4, et par A. PHANG, préc., note 61, p. 372, par. 4, note de bas de page 104.

⁶⁷ A. SWAN, préc., note 62, p. 322.

⁶⁸ Raslan LOONG, «Malaysia Law Digest Reviser», (2007) *MLYS*, en ligne : <http://www.martindale.com/members/Article_Atachment.aspx?od=1013502&id=368086&filename=asr-368088.pdf> (consulté le 20 avril 2013), p. 2, 1ère colonne : "English Statute of Frauds Act inapplicable in West Malaysia. Parts of Act are probably applicable in East Malaysia though precise position uncertain because present statutes do not provide clear guidance on this issue. Case law on issue contributes to uncertainty"; Voir aussi une discussion à ce sujet A. PHANG, préc., note 61, p. 380, note 154.

⁶⁹ ASEAN LAW ASSOCIATION, «Philippines: Chapter 1 Historical Overview» dans *Legal Systems in ASEAN*, Hanoi, Vietnam, ALA, à la. page web, en ligne: <<http://www.aseanlawassociation.org/legal-phil.html>> (consulté le 23 avril 2013), p. 1.

ressemble étrangement à la disposition générique du *Statute of Frauds* en ce qui concerne l'exigence de l'écrit signé pour certains actes. La présente disposition mentionne en plus l'expression de « *Statute of Frauds* »⁷¹.

[41] Pour les quelques lignes qui suivent, attardons-nous aux *Statutes of Frauds* de Singapour et des Philippines et les dispositions équivalentes en droit malaisien.

[42] Le droit des contrats de Singapour s'est largement basé sur la Common-Law anglaise⁷². Les règles matérielles sont donc naturellement d'origine jurisprudentielle. Certains principes sont modifiés par les lois spéciales qui sont originaires du droit anglais⁷³. La Section 4 du *Statute of Frauds* anglais de 1677 a été transposée à la Section 6 de *Civil Law Act* de Singapour⁷⁴. Comme d'autres droits qui tirent leur origine de la Common-Law, le *Statute of Frauds* de Singapour exige que certains types de contrats soient établis sous forme écrite et l'apposition de la signature par la personne concernée. Cette exigence est à titre de preuve et non point de validité⁷⁵.

[43] Ces actes sont : le cautionnement couvrant la responsabilité contractuelle et extracontractuelle d'une personne, pour sa dette ou le dommage qu'elle a causé (paragraphe **a** et **b**)), l'engagement fait en fonction du mariage, autre que le contrat de mariage (paragraphe

⁷⁰ Philippines, *Civil Code*, Republic Act No. 386, June 18, 1949, en ligne : <<http://www.chanrobles.com/civilcodeofthephilippinesbook4.htm>> (consulté le 23 avril 2013).

⁷¹ *Id.*, Article 1403.

⁷² Lee Pey WOAN, Pearlie KOH et Tham Chee HO, «Chapter 8 The Law of Contract» dans SINGAPORE ACADEMY OF LAW (dir.), *Laws of Singapore*, Singapore, Updated as at 30 April 2009, à la page web, en ligne : <<http://www.singaporelaw.sg/content/ContractLaw.html>> (consulté le 23 avril 2013).

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Singapour, *Civil Law Act*, Chapter 43, en ligne : <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0:query=CompId%3Ac0c6d073-6453-437d-a163-728ec3ccd7e3;rec=0>> (consulté le 20 avril 2013).

⁷⁵ A. PHANG, préc., note 61, p. 372, par. 4, note de bas-page 104.

c)), le contrat de vente ou de transfert de droits de disposition des biens immobiliers ou de transferts d'intérêts attachés à ces biens, tels que l'octroi d'une hypothèque ou d'une servitude (paragraphe d)), le contrat dont la durée de réalisation est supérieure à un an, par exemple un bail d'une durée de plus d'un an (paragraphe e))⁷⁶. Ces actes doivent être faits sous forme d'un écrit signé par une ou des parties engagée(s).

[44] Quand au droit philippin, le Code civil des philippines a transposé la Section 4 de *Statute of Frauds* anglais de 1677 dans son article 1403. Comme le *Statute of Frauds* de Singapour, l'exigence de l'écrit signé porte sur : le cautionnement couvrant la responsabilité contractuelle et extracontractuelle d'une personne, pour sa dette ou le dommage qu'elle a causé (paragraphe b) et f)), l'engagement fait en fonction du mariage, autre que le contrat de mariage (paragraphe c)), le contrat de vente ou de transferts de droits de disposition des biens immobiliers ou de transferts d'intérêts attachés à ces biens, tels que l'octroi d'une hypothèque ou d'une servitude (paragraphe e)), le contrat dont la durée de réalisation est supérieure à un an, par exemple un bail d'une durée de plus d'un an (paragraphe a))⁷⁷. A la différence de

⁷⁶ Singapour, *Civil Law Act*, préc., note 74, Section 6 : "Contracts which must be evidenced in writing 6. No action shall be brought against — (a) any executor or administrator upon any special promise to answer damages out of his own estate; (b) any defendant upon any special promise to answer for the debt, default or miscarriage of another person; (c) any person upon any agreement made upon consideration of marriage; (d) any person upon any contract for the sale or other disposition of immovable property, or any interest in such property; or (e) any person upon any agreement that is not to be performed within the space of one year from the making thereof, unless the promise or agreement upon which such action is brought, or some memorandum or note thereof, is in writing and signed by the party to be charged therewith or some other person lawfully authorised by him."

⁷⁷ Philippines, *Civil Code*, préc., note 70, Article 1403 (Unenforceable Contracts) : "Art. 1403. The following contracts are unenforceable, unless they are ratified: (1) Those entered into in the name of another person by one who has been given no authority or legal representation, or who has acted beyond his powers; (2) Those that do not comply with the Statute of Frauds as set forth in this number. In the following cases an agreement hereafter made shall be unenforceable by action, unless the same, or some note or memorandum, thereof, be in writing, and subscribed by the party charged, or by his agent; evidence, therefore, of the agreement cannot be received without the writing, or a secondary evidence of its contents: (a) An agreement that by its terms is not to be performed within a year from the making thereof; (b) A special promise to answer for the debt, default, or miscarriage of another; (c) An agreement made in consideration of marriage, other than a mutual promise to marry; (d) An agreement for the sale of goods, chattels or things in action, at a price not less than five hundred pesos, unless the

Statute of Frauds de Singapour, l'article 1403 prévoit en plus l'exigence de l'écrit signé pour le Contrat de vente des biens, des animaux ou des choses dont la valeur est supérieure à un montant déterminé par la loi (en l'espèce 500 pesos)⁷⁸.

[45] A la différence des autres pays sous l'influence de la Common-Law, le droit malaisien se trouve dans l'incertitude quant à l'applicabilité de *Statute of Frauds*⁷⁹. Rappelons que la source principale du droit malaisien des contrats est le *Contract Act 1950*⁸⁰. Il s'est inspiré du *Contract Act 1872* de l'Inde, qui était en conformité avec la *Common-Law* anglaise. Ce *Contract Act 1950* a été modifié en 1974 et ses dispositions sont alors plus ou moins similaires à la législation du contrat applicable au Royaume-Uni⁸¹.

[46] En ce qui concerne l'exigence d'un écrit et d'une signature, en règle générale, il n'existe aucune disposition dans le *Contract Act 1950* qui exige que les contrats doivent être faits par écrit signé. Un accord est un contrat valide s'il est fait soit par écrit, soit oralement, ou une combinaison des deux ou encore par la conduite des parties⁸². La Section 5(2) de *Sale of*

buyers accept and receive part of such goods and chattels, or the evidences, or some of them, of such things in action or pay at the time some part of the purchase money; but when a sale is made by auction and entry is made by the auctioneer in his sales book, at the time of the sale, of the amount and kind of property sold, terms of sale, price, names of the purchasers and person on whose account the sale is made, it is a sufficient memorandum; (e) An agreement of the leasing for a longer period than one year, or for the sale of real property or of an interest therein; (f) A representation as to the credit of a third person. (3) Those where both parties are incapable of giving consent to a contract"

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ R. LOONG, préc., note 68, p. 2, 1ère colonne : "English Statute of Frauds Act inapplicable in West Malaysia. Parts of Act are probably applicable in East Malaysia though precise position uncertain because present statutes do not provide clear guidance on this issue. Case law on issue contributes to uncertainty" ; Voir aussi la discussion à ce sujet A. PHANG, préc., note 61, p. 380, note 154.

⁸⁰ Malaisie, *Contract Act*, 1950, N°136, en ligne : <http://www.mylawyer.com.my/pdf/Contracts_Act.pdf> (consulté le 12 avril 2013).

⁸¹ Md Abdul JALIL et Leo D. POINTON, «Developments in electronic contract laws: A Malaysian perspective», (2004) 20 *Computer Law & Security Report.*, p. 117, par. B.

⁸² Khaw Lake TEE et Sharifah Suhanah Syed AHMAD, *ICT: Its Impact on Selected Areas of the Law*, Kuala Lumpur, University of Malaya Press, 2006.p., 20, par. 3 et s.

Goods Act 1957 clarifie ce consensualisme en disposant que “[S]ubject to any law for the time being in force, a contract of sale may be made in writing or by word of mouth, or partly in writing and partly by word of mouth or may be implied from the conduct of the parties.”⁸³

[47] La Malaisie n’avait pas expressément transposé le *Statute of Frauds* anglais comme ce qu’ont fait Singapour et les Philippines. Il s’ensuit que tous les actes prévus dans le *Statute of Frauds* se trouvent dans l’incertitude juridique quant à la question de savoir s’ils sont valides quand ils sont faits en l’absence de l’écrit signé, et *a fortiori* quand ils sont faits par l’entremise de communications électroniques. Par exemple, concernant le contrat de vente ou de transferts de droits relatifs aux biens immobiliers et le contrat de bail supérieur à un an, ils se trouvent dans une zone d’ombre, car ni le *Contract Act 1950* ni le *National Land Code 1963*⁸⁴ n’ont précisé la question liée à l’exigence d’un écrit signé. Ces actes se trouvent alors dans l’incertitude juridique. Mais, pour le bail supérieur à 3 ans, il doit faire l’objet d’un enregistrement⁸⁵.

[48] Notons par ailleurs que pour le cautionnement, prévu par la Section 79 de *Contract Act 1950*, il n’y a pas d’exigence quant à un écrit. Il en va de même pour le contrat fait en fonction du mariage⁸⁶, il n’existe pas d’exigence quant à un écrit, mais y est prévu que tout accord qui a pour effet de restreindre le mariage est nul⁸⁷.

⁸³ Malaisie, *Sale of Goods Act*, 1957, N° 382, en ligne : <<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%208/Act%20382.pdf>> (consulté le 12 avril 2013).

⁸⁴ Malaisie, *National Land Code*, 1963, en ligne : <http://www.commonlii.org/my/legis/consol_act/nlcamta19631994397/> (consulté le 04 mai 2013).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Malaisie, *Contract Act*, préc., note 80, Section 27.

⁸⁷ *Id.*

b) *Les exigences de l'écrit et de la signature par d'autres lois spéciales*

[49] Certaines lois spéciales exigent l'écrit et la signature à titre de preuve, alors que certaines d'autre les soumettent aux conditions de validité.

[50] L'exigence de l'écrit et de la signature à titre de preuve peut être trouvée, tant en droit singapourien qu'en droit malaisien, dans les lois telles que celles régissant la cession ou la licence de droit d'auteur⁸⁸, le contrat de prêt d'argent⁸⁹, etc. Alors que celles qui exigent l'écrit signé à titre de validité peut être, par exemple, celle régissant le contrat de location-vente ; tant en droit singapourien qu'en droit malaisien, l'existence et la validité du contrat de location-vente sont subordonnées à la présence de l'écrit signé⁹⁰.

[51] A la différence des autres pays sous l'influence de la Common-Law, les Philippines, qui conservent le *Statute of Frauds* tout en adoptant le système juridique civiliste, ont choisi de codifier des exigences dans son code civil certains actes dont la validité peut être en cause en

⁸⁸ Singapour, *Copyright Act*, 1987-Cap. 63, en ligne : <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3680>> (consulté le 04 mai 2013), Sect. 194 (3) ; Malaisie, *Copyright Act*, 1987, Act 332, en ligne : <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3113>> (consulté le 04 mai 2013), Sect. 27.

⁸⁹ Singapour, *Money-lending Act*, 1959, en ligne : <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%22661d66b0-3f63-4324-a4a2-9eb0b2278c04%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0>> (consulté le 04 mai 2013), Sect. 16(1) ; Malaisie, *Moneylenders Act*, 1951, (Act 400), en ligne : <http://www.kpkt.gov.my/kpkt_2013/akta/Act400y1951bi.pdf> (consulté le 04 mai 2013), Sect. 2.

⁹⁰ Singapour, *Hire-Purchase Act*, 1969, en ligne : <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=a657563b-4850-4f7c-9fd6-258a4f6ea71a;page=0;query=DocId%3A8104c2dc-91f7-479c-a702-814eed66bc28%20%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0#pr3-he->> (consulté le 20 avril 2013), Section 3 "Requirements relating to hire-purchase agreements" ; Malaisie, *Hire-Purchase Act*, 1967, en ligne : <<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%205/Act%20212.pdf>> (consulté le 04 mai 2013), Sect. 4A et 4B : "(1) A hire-purchase agreement in respect of any goods specified in the First Schedule (for example, all consumer goods and motor vehicles) shall be in writing. (2) A hire-purchase agreement that does not comply with subsection (1) shall be void. (3) An owner who enters into a hire-purchase agreement that does not comply with subsection (1) shall, notwithstanding that the hire-purchase agreement is void, be guilty of an offence under this Act."; "Every hire-purchase agreement shall be signed by or on behalf of all parties to the agreement. A hire-purchase agreement that does not comply with the signature requirement shall be void and an owner, dealer, agent or person acting on behalf of the owner shall be guilty of an offence under this Act."

cas d'absence de l'écrit⁹¹, tels que : le contrat d'agence pour la vente de terrain ou le transfert des intérêts attachés⁹² ; la donation⁹³ ; le Partnership où la propriété immobilière fait partie de l'apport⁹⁴ ; et l'antichrèse⁹⁵.

B. Dans les pays sous l'influence de système de droit civil : Cambodge, Thaïlande et Vietnam

[52] Les pays de système civiliste utilisent la même technique que le *Statute of Frauds* des pays de Common-Law⁹⁶. La différence se trouve dans le fait que ces pays civilistes ne rassemblent pas les divers domaines contractuels sous un même axe d'exigence de l'écrit signé comme ce qui a été fait dans le *Statute of Frauds*. Cela ne veut pas dire qu'ils sont moins organisés, puisque les exigences d'un écrit signé pour de nombreux autres domaines contractuels ne sont pas non plus toutes introduites dans le *Statute of Frauds*, tels que vus précédemment.

[53] S'il est laborieux d'énumérer toutes les dispositions relatives au domaine contractuel qui prévoient l'exigence de l'écrit signé, il serait intéressant d'illustrer certains exemples qui nous sont fort intéressants à l'heure du commerce électronique. Les exigences de l'écrit signé sont

⁹¹ Araceli BAVIERA, *Civil Law Review: A Centennial Contribution to Legal Education*, Quezon, U.P. Law Complex, 2008., p. 227.

⁹² C.c.Ph., Art. 1874, voir aussi Araceli BAVIERA, *Sales*, Quezon, U.P. Law Complex, 2005., p. 39, Sec. 32.

⁹³ C.c.Ph., Arts. 748-9 ; Code de la Famille, Art. 83.

⁹⁴ C.c.Ph., Art. 1773.

⁹⁵ C.c.Ph., Art. 2134.

⁹⁶ Joseph M. PERIOLLO, «The Statute of Frauds in the Light of Functions and Dysfunctions of Form», (1974-1975) 43 *Fordham L. Rev.* 39., p. 40: "The Statute of Frauds does not stand alone and isolated in Anglo-American history. It is well within patterns of thought, custom, and legislation which are observable in the legal systems of the most disparate types, including ancient Babylon, the Soviet Union, the tribal law of the African Akan, and the Code Napoleon."

rassemblées de manière éparses dans les codes civils et/ou les codes du commerce et autres lois spéciales qui apparaissent au fur et à mesure, au grès des besoins sociétaux. Ces exigences sont généralement divisées en plusieurs catégories selon leurs finalités. Nous tenterons d'illustrer ces exigences sous deux catégories classiques, à savoir l'exigence à titre *probatoire* et celle à titre de *validité*, et que ces actes peuvent être exigés sous forme d'actes *authentiques* ou de *sous seing privé*.

[54] La source du droit des contrats actuel du Cambodge est principalement le Décret-loi N°38 portant sur le contrat et la responsabilité extracontractuelle du 28 octobre 1988 (ci-après « Décret-loi »)⁹⁷ adopté sous le régime de la République populaire du Cambodge (1979-1991) et le Code civil de 2007 adopté lors de la septième réunion de l'Assemblée nationale de la troisième législature (2008-2013), promulgué le 08 décembre 2007, et, par application de l'article 93 de la Constitution de 1994, entré en vigueur le 19 décembre 2007 pour Phnom Penh et le 29 décembre 2007 sur tout le territoire du Cambodge⁹⁸ (ci-après « C.c.C. »). Son application est subordonnée à l'adoption d'une autre loi, intitulée loi d'application du code civil⁹⁹. Cette dernière a été promulguée le 31 mai 2011 et a permis au présent code de prendre l'effet à compter de 21 décembre 2011¹⁰⁰. À ces deux textes, C.c.C. et Décret-loi, s'ajoutent

⁹⁷ Cambodge, *Décret-Loi N°38 portant le contrat et la responsabilité extracontractuelle du 28 octobre 1988*, en ligne : [http://www.sithi.org/admin/upload/law/Decree%20law%20No%2038%20on%20Contracts%20and%20Liabilities%20\(1988\).ENG.pdf](http://www.sithi.org/admin/upload/law/Decree%20law%20No%2038%20on%20Contracts%20and%20Liabilities%20(1988).ENG.pdf) (consulté le 04 mai 2013).

⁹⁸ Cambodge, *Code civil*, 2007, NS/RKM/1207/031, en ligne : [http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Civilian/Civil%20Code\(KH\).pdf](http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Civilian/Civil%20Code(KH).pdf) (consulté le 04 mai 2013), version anglaise : <http://cambodianlaw.wordpress.com/2012/03/12/cambodian-civil-code/> (consulté le 04 mai 2013).

⁹⁹ C.c.C., Art. 1305.

¹⁰⁰ DFDL-ADVISERS, « The Implementation of Cambodia's New Civil Code », le 5 décembre 2011, en ligne : <http://www.dfdl.com/easyblog/entry/the-implementation-of-cambodias-new-civil-code> (consulté le 04 mai 2013).

des lois et règlements qui ont vocation à régir les relations contractuelles dans des domaines spécifiques : telles que la *Loi sur le travail* de 1997 (*Labor Law*)¹⁰¹, la *Loi foncière* de 2001 (*Land Law*)¹⁰², etc.

[55] A la lecture de ces textes, nous dégagons des exigences juridiques de l'écrit et de la signature pour les actes juridiques, exigences que l'on peut diviser en deux catégories : certaines exigences sont à titre de preuve et certains d'autre à titre de validité. Les contrats dont l'exigence de l'écrit et de la signature n'est qu'à titre de preuve peuvent, sans être exhaustifs, être illustrés comme suit :

[56] D'abord, les actes juridiques, dont l'écrit est exigé, sont : le contrat dont la valeur dépasse 5000 riels¹⁰³, le contrat de travail à durée déterminée¹⁰⁴, le contrat de bail supérieur à un an¹⁰⁵, le cautionnement¹⁰⁶, le prêt à consommation sans intérêt¹⁰⁷ ou avec intérêt¹⁰⁸, la donation¹⁰⁹, etc.

[57] Concernant les contrats ou les actes relatifs aux biens immobiliers, l'écrit est généralement exigé pour but de preuve et non de validité, puisque le simple consentement

¹⁰¹ Cambodge, *Loi sur le travail (Labor Law)*, 1997, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_150856.pdf> (consulté le 04 mai 2013).

¹⁰² Cambodge, *Loi foncière (Land Law)*, 2001, en ligne : <[http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Land/Law%20on%20Land.%202001\(EN\).pdf](http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Land/Law%20on%20Land.%202001(EN).pdf)> (consulté le 04 mai 2013).

¹⁰³ Décret-loi, Sect. 4.

¹⁰⁴ Cambodge, *Loi sur le travail*, préc., note 101, Art. 67.

¹⁰⁵ Décret-loi, Sect. 101.

¹⁰⁶ Décret-loi, Sect. 112.

¹⁰⁷ C.c.C., Art. 580.

¹⁰⁸ C.c.C., Art. 583.

¹⁰⁹ C.c.C., Art. 570.

suffit pour que ces actes soient valides¹¹⁰, tels que le bail¹¹¹, le transfert de droits d'usage et de résider¹¹² et la servitude¹¹³. Notons également que l'absence de l'écrit, en plus du fait de se trouver dans l'impossibilité de prouver l'exigence des actes en question, d'autres sanctions spécifiques peuvent en découler pour celui/celle qui a intérêt à ce que ces actes soient exécutés. Pour le bail immobilier comme pour le transfert de droits d'usage et de résider ainsi que la servitude, l'absence de l'écrit donnera le droit au bailleur/propriétaire d'éteindre ces droits à n'importe quel moment¹¹⁴.

[58] Pour certains autres actes relatifs aux biens immobiliers qui représentent une certaine importance, l'écrit exigé doit être authentique et enregistré auprès de l'autorité cadastrale afin que la transaction soit effective et opposable au tiers. Un simple écrit entre les parties dans ces cas ne suffira point. C'est le cas de la vente¹¹⁵ et de la donation¹¹⁶. Notons que cet enregistrement n'est que la condition d'opposabilité au tiers et non de validité. Ces contrats sont valides par le seul échange de consentement¹¹⁷, l'absence de l'écrit authentique enregistré rend l'acte ineffectif à l'égard des tiers de bonne foi.

[59] Pour certains autres actes juridiques, le droit cambodgien donne plus d'importance à la présence de l'écrit en le prenant comme condition de validité de ces actes. Ces derniers, pour

¹¹⁰ C.c.C., Art. 133.

¹¹¹ C.c.C., Art. 599.

¹¹² C.c.C., Art. 276.

¹¹³ C.c.C., Art. 286.

¹¹⁴ Cambodge, *Loi foncière*, préc., note 102, Art. 109 ; C.c.C., Art. 276 et Art. 286.

¹¹⁵ Cambodge, *Loi foncière*, préc., note 102, Art. 65.

¹¹⁶ C.c.C., Art. 570 et Cambodge, *Loi foncière*, préc., note 102, Art. 81.

¹¹⁷ C.c.C., Art. 133.

n'en citer que quelques uns, sont : le contrat de rente viagère¹¹⁸, le contrat de bail perpétuel¹¹⁹, l'antichrèse¹²⁰, le gage¹²¹ et l'usufruit¹²². Ces derniers actes doivent être faits sous forme d'écrit authentique et enregistré, sous peine d'invalidité et d'inopposabilité au tiers.

[60] En droit vietnamien, par l'application de l'article 121 Code civil vietnamien (ci-après « C.c.V. »)¹²³, la condition de forme fait partie des conditions de validité d'un acte civil lorsque cette forme est exigée par la loi. Lorsque la loi dispose qu'un acte de la vie civile doit être établi par écrit, authentifié, enregistré ou autorisé, le respect de ces formalités légales est obligatoire¹²⁴. Tout acte qui ne remplit pas une des conditions de l'article 122 C.c.V. sera frappé de nullité. Il s'ensuit que l'exigence légale de l'écrit est toujours à titre de validité. L'écrit est à titre de preuve seulement lorsque l'exigence de l'écrit est une alternative du verbal/oral, tels que le contrat de dépôt¹²⁵ et le contrat de transport des personnes¹²⁶ prévus par le Code civil. On en trouve également dans la Loi du commerce vietnamienne de 2005¹²⁷, tels

¹¹⁸ C.c.C., Art. 719.

¹¹⁹ C.c.C., Art. 245.

¹²⁰ Cambodge, *Loi foncière*, préc., note 102, Art. 207 et 208.

¹²¹ C.c.C., Art. 220 et Art. 221

¹²² Cambodge, *Loi foncière*, préc., note 102, Art. 120.

¹²³ Le Code civil vietnamien auquel nous nous référons est celui qui est adopté en 2005 et en vigueur depuis janvier 2006. Ce Code de 2005 est venu remplacer son ancienne version de 1995 ; Voir notamment la *Résolution* de 2005, No. 45/2005/QH11, en ligne : <<http://lawfirm.vn/?a=doc&id=308>> (consulté le 12 avril 2013): "The Civil Code was passed on June 14, 2005, by the XIth National Assembly of the Socialist Republic of Vietnam, at its 7th session, and takes effect as from January 1, 2006. This Civil Code shall replace the Civil Code passed on October 28, 1995, by the National Assembly."

¹²⁴ C.c.V., Art. 124.

¹²⁵ C.c.V., Art. 563.

¹²⁶ C.c.V., Art. 528.

¹²⁷ Vietnam, *Commercial Law*, 2005, en ligne : <[http://www.vla.info.vn/doc/COMMERCIAL%20LAW%20\(REVISED%20-%202005\)_8.pdf](http://www.vla.info.vn/doc/COMMERCIAL%20LAW%20(REVISED%20-%202005)_8.pdf)> (consulté le 04 mai 2013).

que le contrat de services¹²⁸ ; le contrat de vente et d'achat des biens¹²⁹. Pour le reste, lorsque l'oral n'est pas précisément prévu comme l'alternative de l'écrit, c'est à titre de validité. On peut illustrer quelques uns comme suit :

[61] A titre d'exigence de l'écrit sous seing privé, peut-on citer le contrat de travail¹³⁰, le gage¹³¹, etc. A titre d'exigence de l'écrit authentique et/ou enregistré, citons comme exemples le contrat de cautionnement¹³², le contrat de bail dont la durée est supérieure à six mois (tel que le bail résidentiel¹³³), le contrat de vente d'une maison résidentielle¹³⁴, et d'autres contrats relatifs aux biens immobiliers tels que l'hypothèque¹³⁵, etc.

[62] L'exigence de signature n'est pas souvent citée. Seule l'exigence de l'écrit, qui est le terme que les dispositions légales utilisent comme forme à satisfaire, apparaît. L'exigence de la signature est, selon nous, implicite et s'attache à l'exigence de l'écrit. En effet, l'article 404 par. 4 C.c.V., concernant le *moment de formation du contrat*, prévoit que : « Le contrat passé par écrit est conclu au moment où la dernière partie signe l'acte ». La signature est donc l'élément principal de la formation du contrat comme elle détermine le moment de la conclusion du contrat. Elle vient donc avec l'écrit.

¹²⁸ *Id.*, Art. 74.

¹²⁹ *Id.*, Art. 24.

¹³⁰ Vietnam, *Code du travail*, 1994, en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/38229/64932/F94VNM01.htm> (consulté le 04 mai 2013), Art. 28.

¹³¹ C.c.V., Art. 327.

¹³² C.c.V., Art. 362.

¹³³ C.c.V., Art. 492.

¹³⁴ C.c.V., Art. 450.

¹³⁵ C.c.V., Art. 343.

[63] Quant au droit thaïlandais, l'exigence de l'écrit signé à titre de preuve peut se trouver dans des actes suivants : le contrat de vente d'une propriété mobilière dont la valeur excède 500 baht, prévu à l'article 456 du Code civil et commercial thaïlandais (ci-après « C.c.c.T. »)¹³⁶, le gage d'un bien mobilier¹³⁷, le contrat de prêt à consommation avec intérêt¹³⁸, la libéralisation d'une dette écrite¹³⁹, et certains actes relatifs au bien immobilier tels que le contrat de bail¹⁴⁰ et l'hypothèque¹⁴¹. Ce dernier acte doit en plus être enregistré auprès de l'autorité compétente pour pouvoir être opposable au tiers.

[64] L'exigence de l'écrit signé à titre de validité : c'est le cas, pour n'en citer que quelques uns, de la vente et de la donation d'un bien immobilier¹⁴². Ces actes doivent être en plus enregistrés auprès de l'autorité compétente sous peine d'inopposabilité au tiers. L'exigence de l'écrit signé peut également se trouver dans le cas de location-vente¹⁴³ ainsi que le contrat de transfert de l'obligation¹⁴⁴.

[65] A la différence du droit cambodgien, la signature est ici plus souvent invoquée juste après l'écrit : l'acte doit être écrit et signé. Force est de constater par ailleurs que l'article 9 C.c.c.T. prévoit clairement que : *“Whenever a writing is required by law, it is not necessary that it be written by the person from whom it is required, but it must bear his signature”*. Il

¹³⁶ Thaïlande, *Code civil et commercial*, Version 2008, en ligne : <<http://www.samuiforsale.com/other-miscellaneous/index-civil-and-commercial-code-of-thailand.html>> (consulté le 04 mai 2013).

¹³⁷ C.c.c.T., Art. 750.

¹³⁸ C.c.c.T., Art. 653.

¹³⁹ C.c.c.T., Art. 340.

¹⁴⁰ C.c.c.T., Art. 538.

¹⁴¹ C.c.c.T., Art. 714.

¹⁴² C.c.c.T., Art. 456 par. 1 et Art. 525.

¹⁴³ C.c.c.T., Art. 572.

¹⁴⁴ C.c.c.T., Art. 306.

s'ensuit que l'écrit est étroitement lié à la signature au point où aucun « écrit exigé par la loi » ne se forme sans apposition de signature par la personne concernée.

[66] Notons que ces exigences de l'écrit et de la signature sont en partie déjà exclues du champ d'application de l'ETA 2001. Sur ce, voir *infra* Paragraphe 2 de la Section 1 du Chapitre 2 qui suit.

Paragraphe 2 – Les références directes ou indirectes au support physique

[67] La dépendance du concept de l'écrit signé par rapport au support papier résulte du fait que dans les faits lorsque l'on parle de l'écrit, l'on fait référence au papier. En effet, lorsque l'on parle de l'écrit, notre pensée se réfère au papier gravé de traces au crayon ou au stylo à bille ou d'autres substances permettant de garder des traces sur un support tangible/physique, surtout le papier. S'il ne nous est pas surprenant qu'à l'époque lointaine où l'on n'avait pas encore de papier, mais lorsque les hommes savaient déjà écrire, il pouvait y avoir des inscriptions sur les pierres, les feuilles de latanier, la peau, et d'autres matières conservables longtemps, que l'on pourrait accepter aussi comme écrit, l'on n'a jamais pensé, avant cette ère du monde virtuel, à l'écrit dématérialisé. Face à l'arrivée de nouvelles technologies de l'information, il y a même une partie de la doctrine qui tire comme conséquence de cette dématérialisation la disparition de l'écrit, car ils croient que l'existence de l'écrit est subordonnée à la présence de papier. Selon eux, « l'écrit ne se conçoit pas en pratique sans le support papier... »¹⁴⁵. Et plus clairement, selon Eric Barbry, « la dématérialisation et le

¹⁴⁵ Propos de Xavier Linant de BELLEFONDS et Alain HOLLANDE, *Pratique du droit de l'informatique*, 4^eed., Delmas 1998, p. 288., repris par Isabelle de LAMBERTERIE, «L'écrit dans la société de l'information», (1999) dans *Mélanges Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit, Société de législation comparée.*, p. 122.

commerce électronique sous-tendent l'absence d'écrit »¹⁴⁶, ou encore selon certains autres, « l'une des conséquences de l'utilisation d'outils informatiques est de faire disparaître l'écrit »¹⁴⁷.

[68] Dans le même d'ordre idée, il y avait également l'idée de supprimer les exigences légales de l'écrit signé pour certains actes juridique prévus dans le *Statute of Frauds*, car il n'existerait plus d'écrit signé dans le contexte numérique :

« The arguments advanced in favor of the abolition of the statute of frauds tend to focus on the many exceptions to the application of the statute, and to the supposed realities of 'modern commerce' that transactions are created by exchanges of electronic or other communications that supposedly are not 'signed' 'writings.' »¹⁴⁸

[69] Par ailleurs, le professeur Vincent Gautrais semble aussi partager cette idée en mentionnant que « (...) Cet écrit fondateur, fondamental dans le droit traditionnel, peine à se définir dès lors que l'on souhaite le convertir dans l'univers numérique. Une difficulté bien normale d'ailleurs, l'écrit étant selon nous intimement lié au papier »¹⁴⁹. Il y a même plus d'une décennie qu'il a affirmé que « (...) l'écrit et l'original traduisent dans leur compréhension plusieurs siècles d'interprétations reliées au papier »¹⁵⁰. Il s'agit donc d'une compréhension généralisée de l'écrit à travers le temps et les pratiques.

¹⁴⁶ Eric BARBRY, « le droit du commerce électronique : de la protection ... à la confiance », *Le droit de l'informatique et des télécoms*, 1998/2, pp. 14-28, repris par *id.*, p. 122.

¹⁴⁷ Serge PARISIEN, Pierre TRUDEL et Véronique WATTIEZ-LAROSE, *La conservation des documents électroniques*, rapport du CRDP, Université de Montréal, décembre 1998, p. 21, repris par *id.*, p. 122.

¹⁴⁸ Richard Allan HORNING, «The Enforceability of Contracts Negotiated in Cyberspace», (1997) *5 International Journal of Law and Information Technology* 109., p. 155, dernier paragraphe.

¹⁴⁹ Vincent GAUTRAIS, «Convention internationale et droit québécois : l'écrit de la discorde», 16 Août 2008., en ligne : <<http://gautrais.com/Convention-internationale-et-droit>> (consulté le 23 avril 2013).

¹⁵⁰ Vincent GAUTRAIS, «Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le contexte nord-américain» dans Santiago Cavanillas MUGICA, Vincent GAUTRAIS et AUTRES (dir.), *COMMERCE ÉLECTRONIQUE : Le*

[70] Certains des pionniers en droit des technologies de l'information québécois, les professeurs Pierre Trudel et Daniel Poulin, ont bien affirmé que « (...) l'une des conséquences de l'utilisation d'outils informatiques est de faire disparaître l'écrit »¹⁵¹. Ce monopole de faits du papier induit donc la confusion totale entre l'écrit et papier¹⁵². Le papier est d'autant plus acculturé dans la vie juridique dans la mesure où certaines dispositions relatives à l'exigence de l'écrit et de la signature se réfèrent directement ou indirectement au support physique. On peut illustrer certains exemples en droit de certains des États membres de l'ASEAN comme suit.

[71] Un exemple éclairant en droit singapourien est l'exigence de l'écrit signé qui se réfère explicitement au manuscrit. Il s'agit de la Section 69 de *Evidence Act* avec l'intitulé "Proof of signature and handwriting of person alleged to have signed or written document produced" qui stipule que :

"If a document is alleged to be signed or to have been written wholly or in part by any person, the signature or the handwriting of so much of the documents as is alleged to be in that person's handwriting must be proved to be in his handwriting."¹⁵³

[72] En droit malaisien, d'abord concernant la cession légale et équitable des droits contractuels, on trouve la référence au support physique par l'expression « l'écrit fait sous la

temps des certitudes, Bruylant éd., vol. 17, coll. «CAHIERS CRID», Bruxelles, 2000, p. 107-128, à la p. 116, par. 1.

¹⁵¹ Serge PARISIEN, Pierre TRUDEL et V. W.-LAROSE, *La conservation des documents électroniques*, rapport du CRDP, Université de Montréal, décembre 1998., p. 21, cité par Abderraouf ELLOUMI, *Le formalisme électronique*, Manouba, Centre de Publication Universitaire, 2011., p. 119, par. 195.

¹⁵² A. ELLOUMI, préc., note 151, p. 118, par. 194.

¹⁵³ Singapour, *Evidence Act*, Chapter 97, en ligne : <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=CompId:e7d2a259-6ed6-4521-b23e-7e3d787a802b;rec=0> (consulté le 12 avril 2013).

main du cédant » (“*Writing, made under hand of assignor*”)¹⁵⁴ ; ensuite, les formalités dans l’exécution du testament, par l’expression « Écrit signé au pied ou à la fin du testament par le testateur » (“*Writing, signed at foot or end thereof by testator*”)¹⁵⁵ ; puis, d’autres expressions telles que « tampon, attestation et délivrance postale » (Stamping, attestation and postal delivery) qu’on retrouve respectivement dans la Section 27 de *The Money Lenders Act 1951*, la Section 2 de *The Stamp Act 1949*, et la Section 43 de *The Hire-purchase Act 1967*¹⁵⁶ ; enfin, en procédure civile relative au service du procès à l’étranger, par l’expression « la lettre de demande doit être accompagnée de deux copies dans le premier cas et une copie dans ce dernier » (letter of request must be accompanied by two copies in former case and one copy in latter)¹⁵⁷

[73] En droit cambodgien, on trouve également des expressions qui se réfèrent au support physique, telle que : l’exigence de « Manuscrit » pour le contrat de garantie prévue à l’article 901 du C.c.C.

¹⁵⁴ R. LOONG, préc., note 68, p. 4, 1ère colonne : *Assignment of Contractual Rights* “Apart from such specific statutory provisions, law on legal (i.e. statutory) assignments is contained in Civil Law Act (Act 67). Assignment of debt or other legal chose in action must be absolute, in writing, made under hand of assignor and must not purport to be by way of charge only.”

¹⁵⁵ *Id.*, p. 7, 1ère colonne : *Formalities of Execution of Will.*—“Every will must be in writing, signed at foot or end thereof by testator, or by some other person in his presence and by his direction, and signature must be made or acknowledged by testator as signature to his will in presence of two or more witnesses present at same time, and those witnesses must subscribe will in presence of testator. Gift to attesting witness or his spouse is void.”

¹⁵⁶ Rokiah KADIR, «Validity issues of Electronic Signatures under the Malaysian Law», (2008) 2 *MLJA* 108, p. cxv, par. 2 et s.

¹⁵⁷ R. LOONG, préc., note 68, p. 3, 2ème colonne. : *Service of Foreign Process.* “If civil proceedings are pending before court or tribunal of foreign country, being country in which there subsists Civil Procedure Convention providing for service in Malaysia of process of tribunal of that country, letter of request may be from consular or other authority of that country requesting service on person in Malaysia of any such process received by Registrar. In both cases, letter of request must be accompanied by two copies in former case and one copy in latter case of English translation of process to be served.”

[74] Un autre exemple, sans doute le plus pertinent, qui explique comment la culture du support physique est bien ancrée dans la langue cambodgienne, réside dans le sens littéral du concept de « Signature ». En langue cambodgienne, la signature est « ហត្ថលេខា » et se prononce « Hathalékha ». Elle n'a pas de définition juridique. Dans le langage courant, « Hathalékha » réfère à l'apposition par une personne de son nom par sa main¹⁵⁸. Et l'analyse étymologique du terme procure la même signification. En effet, « Hathalékha » est composée de deux mots : « ហត្ថ » (Hatha) qui signifie la « main »¹⁵⁹, et « លេខា » (Lékha) qui signifie « l'écriture, signe ou marque ou trace »¹⁶⁰.

[75] Le concept de signature en langue cambodgienne est alors littéralement lié à la matérialisation d'une écriture, d'un signe, d'une trace ou d'une marque, par la main. Dans ce sens, si la signature d'une personne peut se réaliser facilement par le biais d'un stylo appuyant sur le support papier ou autre support physique par sa main, il ne semble pas évident de concevoir la manière où cette signature puisse se concrétiser dans le contexte numérique. Car le sens littéral traditionnellement compris de la signature correspond mal à la réalité électronique où un « message de donnée » qui, prétendument représentant la signature, est attaché logiquement et non matériellement à un document électronique. Il y a des changements de nature et de rapport entre l'action et la trace, et de rapport de temps et d'espace :

¹⁵⁸ Samdach Nath CHOURN, *Dictionnaire en langue khmer*, Phnom Penh, Institut Bouddhique, 2è Éd, 2009, (La plus ancienne édition datait en 1967), voir : ហត្ថលេខា (ន) លាយដៃ ផ្ទាំងដៃ។ សម័យបច្ចុប្បន្នប្រើសំដៅការចុះនាមដោយដៃខ្លួនឯង ឧទាហរណ៍ ចុះហត្ថលេខា ឡាយព្រះហត្ថលេខា ។

¹⁵⁹ *Id.*, ហត្ថ (ន) ដៃ។

¹⁶⁰ *Id.*, លេខា (ន) ការសរសេរ ការគូស ការគូរ ការវាស គំនូស គ្រឿងសំគាល់។

« Passer de la plume ou du stylo à un clavier d'ordinateur n'est pas simplement substituer un outil à un autre, c'est modifier son rapport à la trace qui répond d'un nouveau statut. La trace numérique n'est pas la même que la trace graphique. Celle-ci est instable, presque magique, elle passe et repasse du visible à l'invisible, de la présence à l'absence, du plein au rien. Elle fonctionne dans un autre rapport au temps et à l'espace, c'est-à-dire qu'elle porte sur la question de la limite : elle questionne la délimitation du sujet. »¹⁶¹

[76] Ce qui cause alors, en reprenant l'expression du Doyen J. Carbonnier¹⁶², une « rupture socio-psychologique de compréhension » de ce que peut constituer une signature dans l'environnement électronique. Il est donc normal que beaucoup de juristes se perdent face à ce concept lorsqu'ils se plongent dans le numérique.

[77] Nous trouvons également en droit vietnamien du travail, l'expression « contrat écrit produit en deux exemplaires »¹⁶³ pour l'exigence de l'écrit relatif au contrat de travail.

[78] Force est de constater que même dans un pays développé tel que les États-Unis d'Amérique, la référence au support papier est encore une évidence lorsqu'on parle de l'« impression » ou « imprimer ». En effet, selon le Juge à la Cour d'appel de Circuit M. McKeown Margaret l'expression « Imprimer » dans la loi « *Fair and Accurate Credit Transactions Act* » se réfère à l'impression par la machine sur papier, et il ne s'applique pas au courriel, et ce, en raison de l'utilisation courante de ce mot :

« Although computer technology has significantly advanced in recent years, we commonly still speak of printing to paper and not to, say, iPad screens,

¹⁶¹ Éric BIDAUD, «L'adolescent et l'invention de sa signature», (2008) 4 *Adolescence* 1013., p. 1014 et 1015, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-adolescence-2008-4-page-1013.htm>> (consulté le 12 avril 2013).

¹⁶² Jean CARBONNIER, «Préface à : L'écriture du droit ... face aux technologies d'information (1996)» dans Raymond VERDIER (dir.), *Écrits / Jean Carbonnier*, Puf éd., Paris, Presse Universitaire de France, 2008, p. 1246, à la p. 1246

¹⁶³ Vietnam, *Code du Travail*, préc., note 130, Art. 28 : « Contrat dont la durée supérieure à 3 mois doit être écrit et produit en deux exemplaires, chaque partie en gardant un.»

McKeown wrote. "Nobody says, 'Turn on your Droid (or iPhone or iPad or Blackberry) and print a map of downtown San Francisco on your screen. »¹⁶⁴

[79] Ce monopole du papier dans les faits et son acculturation sociétale et juridique expliquent effectivement une bonne partie de notre dépendance par rapport au support papier. La rareté dans la définition juridique de ces deux notions participe aussi de cet argument de dépendance.

Section II – La rareté de définition de l’écrit et de la signature en droit traditionnel

[80] Dans les paragraphes qui suivent, nous tentons de montrer d’abord les raisons expliquant la rareté de leurs définitions (**Paragraphe 1**), avant d’analyser ensuite les définitions préexistantes qui ne s’adapteraient pas aux nouvelles technologies (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La rareté de définitions de l’écrit et de la signature en droit traditionnel

[81] En droit, avant l’arrivée de nouvelles lois régissant le commerce électronique, on se trouvait dans la situation où les notions de l’écrit et de la signature étaient rarement définies, tant dans le système de Common-Law que celui de droit civil, puisqu’il est évident que lorsque l’on parlait de l’écrit signé, l’on faisait référence au papier. Nous trouvons par ailleurs que les notions d’écrit et de signature sont plus ou moins définies dans les dispositions légales

¹⁶⁴ Nate RAYMOND, «9th Circuit Rules E-Mail Is Not an 'Electronically Printed' Receipt», (2011) *Law Technology News.*, le 26 Mai 2011, en ligne : http://www.law.com/jsp/lawtechnologynews/PubArticleLTN.jsp?id=1202495224637&9th_Circuit_Rules_EMail_Is_Not_an_Electronically_Printed_Receipt&slreturn=1&hblogin=1 (consulté le 06 mai 2013).

des États membres de l'ASEAN qui se développent sous l'influence du système de droit anglo-saxon, surtout du droit anglais, alors que dans ceux du système de droit civil, ces notions n'ont jamais été définies. *Comment peut-on expliquer cette rareté voire l'absence de ces définitions ?*

[82] D'emblée, parmi les six états membres de l'ASEAN sous étude, les quatre États membres sous l'influence de système civiliste (Philippines, Thaïlande, Cambodge et Vietnam), comme d'autres états du système civiliste (par exemple la France et la Belgique)¹⁶⁵, n'ont pas défini les notions d'écrit et de signature. L'écrit, comme la signature, était étroitement attaché au support papier. L'écrit est quasiment le synonyme du papier. Comme ce que l'on a vu précédemment, l'écrit papier bénéficiait de monopole de fait et certaines exigences juridiques de l'écrit et de la signature ont été même façonnées d'une manière telle que seul le papier peut remplir ces exigences¹⁶⁶. D'où la rareté voire l'absence de nécessité de définir ces deux concepts vieux comme le droit.

[83] On pourrait autrement expliquer que les deux concepts, écrit et signature, sont trop évidents¹⁶⁷. Ils sont très attachés à la réalité des faits : l'utilisation généralisée du papier pour établir l'écrit dans la vie juridique courante. Et l'on trouve rarement la nécessité de la définir,

¹⁶⁵ L'absence de la définition de l'écrit n'est pas propre à la France ou à la Belgique. Notons qu'en Europe, avant l'arrivée des directives communautaires portant le commerce électronique et les signatures électroniques et les nouvelles lois étatiques qui les transposent, l'écrit et la signature n'ont pas été définis dans aucun droit européen, sauf le Code de procédure civil allemand (Voir ISABELLE DE LAMBERTERIE, «Preuve et signature : les innovations du droit français», (2000) 123 *Lamy Droit de l'informatique.*, K, p. 9, cité par Dominique MOUGENOT, «Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?», (2000) 7 *Revue Ubiquité.*, p. 121, note 1.)

¹⁶⁶ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2 – *La référence directe ou indirecte au support physique.*

¹⁶⁷ François Guy TREBULLE, «La réforme du droit de la preuve et le formalisme», (2000) n° 79 *Petites affiches* 10., p. 10 : « On sait, depuis fort longtemps, les périls qu'implique tout travail de définition. Peut-être est-ce la raison pour laquelle aucune des deux notions aujourd'hui définies ne l'ont été auparavant ; peut-être est-ce dû au fait que l'une et l'autre relevaient de l'évidence. »

et avec les nouvelles méthodes de signature, par exemple, le travail d'analogie peut facilement suffire¹⁶⁸.

[84] D'ailleurs, le travail de définition en droit est dangereux, « Omnis definitio in jure periculosa est »¹⁶⁹, car il pourrait causer des risques : figer un concept qui nécessiterait un élargissement ou attribuer indûment un sens large à un concept qui ne s'engage qu'à une teneur réduite. En effet, comme ce que mentionne le professeur Gérard Cornu :

« Le sens des mots appartient à la langue. Leur signification est une donnée usuelle pour ceux qui, naturellement, parlent la langue et pour ceux qui, méthodiquement, recueillent le sens des mots dans des dictionnaires; la définition lexicale est, de plus, une activité scientifique »¹⁷⁰.

[85] Par ailleurs, le rattachement des notions de l'écrit et de la signature au support papier est généralisé, naturel et psychosociologique¹⁷¹. Car ce rattachement est lié au fait que le support papier procure une sécurité effective pouvant satisfaire à l'objectif original de l'exigence juridique de l'écrit signé, qui est de limiter les fraudes¹⁷². D'où l'absence d'une nécessité de définir l'écrit et la signature. Si elles avaient été définies, ces définitions n'auraient pas eu de teneurs qualificatives, puisque l'on tiendrait pour acquis leur matérialité dans le contexte

¹⁶⁸ Chris REED, «What is a Signature?», (2000) 3 *JILT.*, en ligne : <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/reed/> (consulté le 06 mai 2013) : «English law has rarely found it necessary to define what is meant by a signature, dealing with new signature methods by analogy with the ways in manuscript signatures have previously been treated by the law.»

¹⁶⁹ Gérard CORNU, «Les définitions dans la loi» dans *les Mélanges dédiés au doyen Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77, à la. par. 2, note 8.

¹⁷⁰ *Id.*, par. 2.

¹⁷¹ V. GAUTRAIS, préc., note 150, p. 116, par. 1 : « (...) l'écrit et l'original traduisent dans leur compréhension plusieurs siècles d'interprétation reliés au papier ».

¹⁷² P. BRASSEUR, préc., note 45, p. 646 : « Le papier présente, en effet, l'avantage de ne se dégrader que relativement peu et, de ce fait, a été le support généralisé de tout contrat écrit. L'écrit papier présente également l'avantage de n'exister aucun frais, d'être rapidement et facilement rédigé. Il permet, enfin, de détecter aisément les altérations de son contenu (...) et limite des fraudes ».

papier. On risquerait de définir simplement leurs domaines d'application. Telle est le cas de la définition juridique de l'écrit que l'on a pu trouver dans l'ouvrage *Le vocabulaire juridique* de Gérard Cornu dans son ancienne version¹⁷³, selon laquelle « *l'écrit est l'acte juridique rédigé par écrit et signé, soit par les seuls intéressés (acte sous seing privé), soit par un officier public (ex : acte notarié), que l'écrit soit établi ad probationem (acte probatoire) ou ad solemnitatem (acte solennel)* »¹⁷⁴. Ce n'est donc pas une définition réelle, mais il s'agit d'une définition terminologique¹⁷⁵ qui, au lieu d'avoir pour vocation primordiale contribuant à la qualification de la notion, a pour objet direct de déterminer le domaine d'application de la notion. Elle n'apporte donc pas des critères nous permettant de mieux saisir la notion d'écrit.

Paragraphe 2 – Les définitions existantes non adaptées aux nouvelles technologies

[86] Dans les quelques lignes que nous allons développer nous montrerons que les définitions de l'écrit et de la signature, si elles préexistent, ne s'adapteraient point aux nouvelles technologies ; d'abord les définitions de l'écrit en droit singapourien et malaisien (**A**), ensuite la définition de la signature en droit malaisien (**B**).

A. Les définitions de l'écrit en droit singapourien et malaisien

[87] Dans le cadre de notre recherche, nous évoquerons les cas de Singapour et de la Malaisie où l'écrit est défini par la loi d'interprétation. En droit singapourien, comme d'autres pays sous

¹⁷³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, Presses universitaires de France - Association H. Capitant, 1998. Cet ouvrage est l'ancienne version de l'œuvre de Gérard CORNU, avant la Loi française de 2000 portant adaptation aux preuves électroniques.

¹⁷⁴ *Id.*, voir « Écrit », p. 310.

¹⁷⁵ Car en droit on distingue deux catégories de définition, d'une part « définition réelle » et d'autre part « définition terminologique, voir G. CORNU, préc., note 169, par. 23 et s.

l'influence du droit anglais, l'*Interpretation Act* de 1965¹⁷⁶ a défini l'écrit à la Section 2 comme suit :

« "Writing" and expressions referring to writing include printing, lithography, typewriting, photography and other modes of representing or reproducing words or figures in visible form. »

[88] C'est une définition large de l'écrit où le législateur se contente d'énumérer des exemples ou une typologie non exhaustive de l'écrit qui peut se présenter sous formes très diverses telles que : l'impression, la lithographie, la dactylographie et la photographie. La dernière expression « *other modes of representing or reproducing words or figures in visible form* » donne une très grande ouverture qui permettrait à l'écrit d'embrasser des formes d'écrit autres que l'écrit papier à la main.

[89] Cette définition est effectivement reconnue par la doctrine comme susceptible d'avoir une *interprétation large* pour être à jour et rattraper le développement des technologies, puisqu'il a été mentionné que :

« Parliament intends the court to apply to an ongoing Act a construction that continuously updates its wording to allow for changes since the Act [CLA] was initially framed [an updating construction]. »¹⁷⁷

[90] Cette définition large embrassera-t-elle les informations sous forme numériques ou de messages de données, telles que les courriels, les transactions en ligne ?

¹⁷⁶ Singapore, *Interpretation Act* (Cap 1, 2002 Rev Ed), en ligne : <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%22d941b6c1-05c5-44e6-bd77-dfbb48c7b95c%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0> (consulté le 12 avril 2013)

¹⁷⁷ Francis BENNION, *Statutory Interpretation*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 2002., p 762, citation reprise dans l'affaire : *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, para. 78, qui conclut que : "Thus, the definition of "writing" can be extended to include modes that were not in existence at the time the Interpretation Act was enacted but are available at the date of interpretation."

[91] La phrase « *words in visible form* » semble être la seule condition de l'écrit émise dans cette définition. Ce critère « *words or figures in visible form* » n'est pas loin de la disposition de l'*Interpretation Act 1978* d'Angleterre qui, quant à elle, dispose que :

« Writing includes typing, printing, lithography, photography and other modes of representing or reproducing words in visible form, and expressions referring to writing are construed accordingly »¹⁷⁸ (Nos soulignements)

[92] Cette expression « *words in visible form* » a fait également l'objet de discussions parmi les universitaires et les juristes d'État de l'Angleterre. Selon Chris Reed, professeur de droit de l'Université de Queen Mary à Londres, dans la qualification de l'écrit au sens de l'*Interpretation Act 1978, Schedule 1*, selon lequel l'écrit peut être tous autres modes de représentation ou de reproduction des « mots sous forme visible », la « *digital information* » ne peut pas être qualifiée comme écrit dans le sens où « *it is clear that digital information, held either as on/off states of switches in a processing chip or as magnetic or optical variations on the surface of some recording medium, is not a representation or reproduction of words in a visible form.* »¹⁷⁹

[93] Il n'est pas le seul à avoir adopté cette position. On peut également la trouver dans le rapport de 1997 émis par le « *Legislative Working Party of the Society For Computers and Law Digital Information and Requirements of Form* »¹⁸⁰. Chris Reed a conclu que la condition d'écrit « *words in visible forme* » prévue par l'*Interpretation Act 1978* ne peut pas être

¹⁷⁸ Royaume-Uni, *Interpretation Act 1978*, en ligne : <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30>> (consulté le 24 avril 2013), Sch. 1.

¹⁷⁹ Chris REED, *Digital information law: Electronic Document and Requirements of Form*, Centre for Commercial Law Studies éd., London, Centre for Commercial Law Studies, 1996., p. 85, par. 2.

¹⁸⁰ LAW-COMMISSION, *Electronic commerce: Formal requirements in commercial transactions*, London, British Government, december 2001., p. 9, par. 3.12.

remplie par « digital information », mais que la question de savoir si l'« écrit » englobe « digital information » serait une question d'interprétation au cas par cas lorsqu'il n'y a pas de définition claire¹⁸¹. La « Law Commission » anglaise n'est pas d'accord avec ce point de vue. Elle trouve que la définition de l'écrit de l'*Interpretation Act* devrait recevoir une interprétation large de manière à inclure son sens naturel qui contient les sens construits de l'écrit, un sens qui reflète les développements de technologie¹⁸². En effet, une « communication électronique » se dote généralement d'une double forme : d'une part, son affichage sur l'écran et sa forme transmise ou stockée sous forme de fichiers binaires (information numérique) d'autre part¹⁸³. Si la dernière forme n'est pas capable de remplir la condition de l'écrit, la première l'est : « *Whilst the underlying digital information will not be writing, the screen display will satisfy the Interpretation Act definition* »¹⁸⁴, par exemple, l'e-mail et les transactions sur le site web peuvent être considérés comme écrit. Mais notons que ce point de vue n'est pas universellement partagé¹⁸⁵.

[94] Cette position de la *Law Commission* d'Angleterre va dans le même sens que le propos de Jacques Larrieu, professeur à la faculté de droit de l'université Toulouse 1 Capitole, qui avait mentionné dès des années 1980s que :

« L'écriture ne se réduit d'ailleurs pas aux procédés de figuration visuelle du langage. Les plus grands spécialistes admettent les alphabets Morse et Braille qui substituent l'ouïe et le toucher à la vue. La solution doit être étendue à l'enregistrement magnétique qui ne saurait être écarté sous le

¹⁸¹ C. REED, préc., note 179, p. 94, no. 2.5: "However, whether the term "writing encompass digital information will be a matter of interpretation in each case where there is no clear definition."

¹⁸² LAW-COMMISSION, préc., note 180, p. 8 par. 3.7.

¹⁸³ *Id.*, p. 8 par. 3.8.

¹⁸⁴ *Id.*, p. 10, par. 3.14.

¹⁸⁵ *Id.*, p. 12, par. 3.23.

mauvais prétexte que l'inscription tracée sur la bande n'est pas discernable à l'œil. »¹⁸⁶

[95] Pour lui, l'information numérique symbolisée par les chiffres 0 et 1 peut constituer l'écrit.

« La codification de l'information par la numérisation, c'est-à-dire la transformation des informations en signaux représentés par des nombres binaires par le « traducteur » de l'ordinateur aboutit aussi à la création d'une écriture. Comme le langage humain, le langage de l'ordinateur est représenté par des « caractères » et par des « mots ». Ceux-ci sont formés par la combinaison des deux uniques signes de l'alphabet informatique, les bits, symbolisés par 0 et 1. Ils constituent une sorte d'écriture. »¹⁸⁷

[96] Sharon Christensen, professeure à la *Queensland University of Technology* en Australie, a une position très ambiguë sur cette question :

« [i]t is apparent that the UCC defines writing by reference to 'tangible form' whereas the Queensland definition refers to 'visible form'. It could therefore be argued that if an unprinted email is capable of being considered in 'tangible form', then it should be able to satisfy the possibly lower benchmark requirement of being in 'visible form'. Ultimately, whether or not an unprinted electronic communication can be said to be 'in writing' is unclear and further research on the issue is warranted. »¹⁸⁸ (nous soulignons)

[97] Ces controverses montrent combien est flou le fait de savoir si l'expression « words in visible form » peut englober les informations numériques. Pour le professeur Vincent Gautrais, cette expression « word in visible form » présenterait des limites à l'interprétation

¹⁸⁶ Jaques LARRIEU, «Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ?», (1988) H (nov) et I (déc) Cahiers Lamy Droit de l'informatique., par. 15.

¹⁸⁷ *Id.*, (H), p. 12, par. 14.

¹⁸⁸ Sharon CHRISTENSEN, *Electronic Contract Administration – Legal and Security Issues, Literature Review*, Brisbane, 2005., p. 22, par. 2 et 3.

d'un juge et la pérennité d'application de ces termes n'est pas assurée¹⁸⁹. Il s'ensuit que la notion d'écrit définie comme équivalente à l'expression « word in visible form » présente plus de difficultés que d'avantages pour faire entrer des informations numériques dans le concept traditionnel d'écrit.

[98] En droit malaisien, nous constatons également qu'il existe des *Interpretation Acts*, à savoir *Interpretation Acts 1948 and 1967*¹⁹⁰. Ces législations définissent également l'écrit dans sa section 3 mais avec une certaine différence :

« “writing” or “written” includes typewriting, printing, lithography, photography, electronic storage or transmission or any other method of recording information or fixing information in a form capable of being preserved »

[99] Comme la notion de l'écrit en droit singapourien, la notion d'écrit est définie de manière large et la liste des formes d'écrit n'a pas de caractère exhaustif. Mais à la différence des énumérations des formes de l'écrit prévues par la disposition singapourienne, la présente définition ajoute « *electronic storage or transmission or any other method of recording information or fixing information in a form capable of being preserved* » au lieu de « *other modes of representing or reproducing words or figures in visible form* ».

[100] L'ouverture vers le monde numérique est plus nette/flagrante que celle du droit singapourien, par la mention même « *electronic storage or transmission or any other method of recording information or fixing information* ». Mais ces formes d'écrit doivent être capables d'être préservées : 1. *Electronic storage or transmission* ; 2. *Other method of recording*

¹⁸⁹ V. GAUTRAIS, préc., note 1, p. 396, par. 2.

¹⁹⁰ Malaisie, *Interpretation Acts*, projet de loi n° Act 388, art. amendé en 1997, en ligne : <<http://www.churassociates.com/download/InterpretaionActs1948.pdf>> (consulté le 12 avril 2013).

information or fixing information ; 3. *Information* ; and 4. “*a form capable of being preserved*”. Cette dernière expression « *a form capable of being preserved* » constitue la condition à remplir pour l’« *electronic storage* ». Il semble que cette définition embrasse facilement les écrits sous forme électronique. Par ailleurs, ces critères n’ont jamais été interprétés par les tribunaux. Si la décision *Leong Chee Kong & Anor v. Tan Leng Kee*, High Court (Kuala Lumpur) rendue le 27 septembre 2000¹⁹¹, a cité la disposition en question, elle n’en a pas eu précisé la teneur ; elle se contentait plutôt de donner une signification très large à la notion de « document »¹⁹².

[101] Il nous semble que ces critères ne présentent pas d’une sécurité technique qui correspondrait à la sécurité juridique à laquelle l’on s’attendait. La condition « capable d’être préservé » ne tient pas nécessairement à la possibilité d’accéder au contenu. Cette condition paraît donc inappropriée dans l’environnement électronique dans la mesure où elle n’assure pas des fonctions équivalentes au papier. Car pour être équivalente au papier, l’information ne doit pas être seulement préservée mais aussi accessible dans le cas d’une éventuelle consultation ultérieure.

[102] Cette définition a été reprise par la Section 2 de *Digital Signature Act 1997* de Malaisie¹⁹³ :

« "Writing" or "Written" includes any handwriting, typewriting, printing, electronic storage or transmission, or any other method of recording information or fixing information in a form capable of being preserved. »

¹⁹¹ *Leong Chee Kong & Anor v. Tan Leng Kee*, High Court (Kuala Lumpur), Civil Suit No S5-22-74-98, 27 September 2000, [2000] MLJU 753.

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ Malaisie, *Digital Signature Act*, 1997, préc., note 21, Section 2.

[103] Par ailleurs, une disposition clé de cette législation concernant l'écrit est la Section 64 qui prévoit que :

« **1).** A message shall be as valid, enforceable and effective as if it had been written on paper if: **(a)** it bears in its entirety a digital signature; and **(b)** that digital signature is verified by the public key listed in a certificate which – **i.** was issued by a licenced certification authority; and **ii.** was valid at the time the digital signature was created.
2). Nothing in this Act shall preclude any message, document or record from being considered written or in writing under any other applicable law. »

[104] Ainsi défini, l'écrit sous forme électronique est subordonné à l'existence de la signature numérique, sans laquelle l'écrit n'existe pas juridiquement selon cette disposition. Cette définition aura pour effet de mettre en cause d'autres formes d'écrit électronique qui n'ont pas nécessairement besoin de l'apposition de signature numérique. Cette définition ne doit donc pas être interprétée de manière à invalider d'autres formes d'écrit. Définir la notion de l'écrit de la sorte peut nuire à l'essence même de l'écrit.

B. Les définitions de la signature en droit malaisien

[105] En droit malaisien, nous avons trouvé deux définitions de la signature dans l'*Interpretation Acts 1948 and 1967* qui sont les suivantes :

Section 3: « sign includes the making of a mark or the affixing of a thumbprint; »

Section 66: « with reference to a person, who is unable to write his name, includes a mark. »

[106] Ces deux dispositions tentent de définir la signature d'une manière similaire. En effet, dans ces deux définitions, une simple marque peut être signature. Pourtant, une différence existe dans le fait que la Section 3 se cantonne aux deux principaux types de signature dans le

monde physique : marque et empreinte, alors que la Section 66 se réfère au « nom du signataire » et la marque n'est que l'exception lorsque la personne ne peut écrire son nom. Le sens général de cette dernière Section est que la signature d'une personne est l'apposition de son nom. Quelque soit la différence, ces deux définitions s'accordent à reconnaître une simple marque comme signature.

[107] Ces définitions donnent beaucoup de flexibilité à la notion de signature par la reconnaissance d'une simple marque pouvant la satisfaire. Si elles ne causeront pas de problème dans l'acceptation des diverses formes de signature électronique comme signature au sens du droit, ces définitions nous paraissent trop larges et garantiraient moins de fiabilité, moins d'intégrité, donc moins de sécurité tout en permettant trop facilement de satisfaire la notion de signature.

[108] Si la référence au « nom du signataire » permet d'établir le rattachement plus étroit entre l'identification du signataire et le document qu'il signe, l'apposition d'une marque en serait une garantie moindre. Car accepter une simple marque comme signature rendrait inessentiel ce lien de rattachement ; ce qui enlèverait quelque peu l'essence même de la signature. Or assurer ce lien de rattachement constitue une garantie de confiance dans l'économie numérique dans la mesure où la présence physique n'existe pas dans ce monde virtuel. Elle a besoin d'un relais pour garder une équivalence crédible et une garantie de confiance quant à l'authentification qui est primordiale dans l'environnement numérique.

[109] Il s'ensuit que ces deux définitions préexistantes ne semblent pas pouvoir procurer un niveau de satisfaction suffisant pour permettre à la fois d'embrasser les signatures électroniques et une garantie suffisante de fiabilité du lien entre le signataire et document.

Conclusion du Chapitre 1

[110] Ce présent chapitre montre clairement que les notions d'écrit et de signature sont culturellement et juridiquement dépendantes du support physique, surtout du papier qui a été la technologie la plus fiable jusqu'à l'arrivée des nouvelles technologies de l'information. Cette dépendance matérielle s'explique à la fois par les exigences juridiques quant aux formalités des actes juridiques qui se réfèrent soit directement soit indirectement au support physique « Papier », soit par l'évidence qu'implique la rareté de définition de ces deux notions dans les systèmes juridiques des États membres de l'ASEAN comme ailleurs.

[111] Avec l'avènement de nouvelles technologies de l'information, cette rareté voire absence de définition explique le besoin évident de la nouvelle législation pour mieux répondre à la vertu de sécurité juridique. L'incertitude, générée tant par la rareté de définition de l'écrit et de la signature que par le fait que les définitions existantes ne sont pas adaptées aux nouvelles technologies, accentue le besoin de nouvelles lois se devant de régir ces notions et leurs régimes juridiques afin de permettre à chaque État concerné de se plonger dans l'économie numérique en pleine confiance et avec moins de crainte d'insécurité juridique.

CHAPITRE 2 – La mise en œuvre différenciée des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique pour la redéfinition de l'écrit et de la signature

[112] L'équivalence fonctionnelle et la neutralité technologique sont deux nouveaux concepts innovants jamais connus des systèmes juridiques avant l'arrivée des lois régissant le commerce électronique. Originaires des travaux de la Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International (CNUDCI), surtout ceux relatifs à l'élaboration de la Loi type sur le commerce électronique 1996 et de la Loi type sur les signatures électroniques 2001, ils constituent à nos jours les piliers de la construction du droit des technologies d'information de manière générale et celle du commerce électronique en particulier. Le professeur Vincent Gautrais les a qualifiés comme « nouveaux outils juridiques pour faciliter l'utilisation de nouvelles technologies de l'information »¹⁹⁴ ou encore les « fictions juridiques »¹⁹⁵ qui, selon nous, tente d'instaurer ou de prédire les situations futures de l'encadrement juridique de l'immatériel. Ces deux concepts sont de plus en plus reconnus comme les principes généraux du droit du commerce électronique¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Vincent GAUTRAIS, «Libres propos sur le droit des affaires électroniques», (2006) *Lex Electronica*, vol.10 n°3, Hiver/Winter 2006., p. 17.

¹⁹⁵ Vincent GAUTRAIS, «Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies», (2003) *Lex electronica*.

¹⁹⁶ Voir notamment Éric A. CAPRIOLI, *Que veut dire neutralité technologique ? Du concept au principe général du droit*, Cinquième Conférence : le droit du commerce électronique est-il différent ? (02 octobre 2008), Faculté de droit - Université de Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électronique., en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/ppt/SeminaireQuebec_Pres021008.ppt> (consulté le 23 avril 2013) ; John D. GREGORY, *La Loi type des Nations unies sur le commerce électronique : Quelques questions essentielles*, Rencontre internationale de juristes d'expression française (2000), Montpellier., en ligne : <<http://www.euclid.ca/loitype.html>> (consulté le 03 mai 2013) ; V. GAUTRAIS, préc., note 195 ; V. GAUTRAIS,

[113] Dans le cadre de notre étude, l'ASEAN les a aussi élevés au rang de principes généraux du droit du commerce électronique. Elle rappelle aux législateurs nationaux dans le Cadre de référence d'E-ASEAN¹⁹⁷, ces deux principes généraux du droit du commerce électronique qui se lisent comme suit :

« The general principles of e-commerce laws are: (...) **c.** They should be technology neutral, i.e. no discrimination between different types of technology; **d.** They should be media neutral, i.e. paper-based commerce and e-commerce are to be treated equally by law. »¹⁹⁸ (Nos soulignements)

[114] Autrement dit, les États membres de l'ASEAN sont invités à suivre ces principes de bases comme un moyen d'intégrer les nouvelles technologies dans la vie juridique, tant dans le cadre des règles formalistes que celles probatoires. Ils constituent pour les États membres de l'ASEAN les colonnes de l'infrastructure harmonisée du droit du commerce électronique. Ceci accentue incontestablement l'importance de ces innovations théoriques qui nécessitent d'être clarifiées pour non seulement mieux comprendre l'état des lieux actuel de ce nouveau domaine du droit, mais aussi afin de mettre en perspective des mesures nécessaires en vue d'une harmonisation souhaitable en droit du commerce électronique dans l'ASEAN.

[115] Il importe alors en premier lieu de cerner le contenu de ces principes (**Section 1**) avant d'analyser son application par les législations nationales des États membres de l'ASEAN. Si l'adoption des deux principes novateurs, l'équivalence fonctionnelle et la neutralité technologique, se fait de manière unanime dans des six États membres de l'ASEAN (le cadre

préc., note 194 ; Hervé JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010., p. 339, par. 2.; etc.

¹⁹⁷ ASEAN-SECRETARIAT, «E-ASEAN Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure», (2001) *ASEAN Secretariat Publication.*, en ligne : <<http://www.aseansec.org/6265.htm>> (consulté le 12 avril 2013).

¹⁹⁸ *Id.*, p. 5, III, par. 19.

de notre études), leur mise en place se matérialise d'une manière différenciée au travers des dispositions des législations nationales régissant le commerce électronique (**Section 2**).

Section I – Le contenu des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique

[116] S'ils sont les deux facettes d'une même médaille, ils doivent être expliqués séparément pour mieux cerner leur teneur, d'une part l'équivalence fonctionnelle et d'autre part la neutralité technologique (**Paragraphe 1**) avant de nous nous attarder à leurs limites (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La définition de l'équivalence fonctionnelle et celle de la neutralité technologique

A. L'équivalence fonctionnelle

[117] L'équivalence fonctionnelle est l'approche ou le principe dégagé des réflexions du groupe de travail de la CNUDCI sur l'élaboration de la Loi type sur le commerce électronique. La CNUDCI a adopté une approche médiane entre d'une part l'orientation radicale consistant à « éliminer toute référence à des concepts aussi chargés d'histoire que, entre autres l'écrit, le document, la signature, l'original, la copie, pour imaginer directement les règles juridiques relatives, par exemple, à l'expression de volonté par courrier électronique »¹⁹⁹; et d'autre part celle consistant à « utiliser les concepts élaborés dans l'univers papier, avec foi dans l'aptitude

¹⁹⁹ Eric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, «Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», (1997) 124 *Journal du droit international (Clunet)* Page(s) 323 -393., p. 380, par. 4.

éprouvée des taxinomies juridiques à réduire le monde, sensible ou non, matériel ou « virtuel », à un ensemble de catégories que l'on savait rendre aussi fictives, diversifiées et flexibles que nécessaires pour assurer la stabilité des relations juridiques »²⁰⁰. Ces deux orientations constituent deux extrêmes qui sont susceptibles de tomber sous le coup de la « loi de la bipolarité des erreurs »²⁰¹ où la meilleure solution serait d'emprunter la troisième voie dialectique, celle intermédiaire ou mixte appelée, en l'occurrence, l'équivalence fonctionnelle. Sous la plume des MM Éric Caprioli et Renaud Sorieul, il s'agit d'une approche consistant à repenser la manière avec laquelle les situations juridiques connues dans le monde papier pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans l'univers électronique²⁰²; telles les dispositions relatives à l'écrit, à la signature et l'original.

[118] Dans un autre niveau d'abstraction dans la définition de ce principe, les professeurs Pierre Trudel et Daniel Poulin l'annoncent comme suit :

« Ce qui équivaut, la chose équivalente au regard des fonctions assurées par un objet ou une opération. Assurer l'équivalence fonctionnelle dans une loi, c'est indiquer que tous les procédés, mécanismes ou objets capables d'accomplir une fonction déterminée ont un statut équivalent. (...) »²⁰³

²⁰⁰ *Id.*, p. 381, par. 2. ; On peut lire également cette alternative dans CNUDCI, préc., note 18, p. 20, par. 15.

²⁰¹ François OST et Michel Van De KERCHOVE, «De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », (1988) 33 *Arch. Philo. Dr.* 177-206.

²⁰² E.A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, préc., note 199, p. 382. : « C'est une voie médiane qui a été adoptée par la CNUDCI. Les travaux préparatoires de la loi type et le guide font à de nombreuses reprises référence à la notion d'équivalence fonctionnelle. Il faut entendre par là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi-type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles. »

²⁰³ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, texte annoté et glossaire*, CRDP, septembre 2001., en ligne : <<http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformatiion/glossaire/>> (consulté le 22 avril 2013).

[119] Cette équivalence, en vertu de cette définition, n'est pas absolue. Elle n'est que fonctionnelle, et elle ne porte que sur une fonction déterminée d'un procédé, d'un mécanisme ou d'un objet. Par application de ce principe, on devrait accorder la même valeur juridique aux technologies qui peuvent remplir une même fonction déterminée. L'équivalence fonctionnelle est alors une passerelle permettant aux actes traditionnellement accomplis sous forme papier de pouvoir se réaliser sous forme électronique tout en conservant leur validité juridique ou à laquelle on devrait accorder la même valeur juridique dès lors qu'ils peuvent remplir la même fonction.

[120] Il ne faut pas confondre entre l'équivalence fonctionnelle et l'identité matérielle. Cette équivalence n'appartient qu'aux domaines des métaphores ou analogies. Il importe, pour appuyer cette affirmation, de nous rappeler les propos d'un juge à Cour suprême du Canada, Mahoney, dans l'affaire *Apple Computer* selon lesquels :

« La difficulté principale que j'ai rencontrée en l'espèce procède du caractère anthropomorphique de presque tout ce qui est pensé, dit ou écrit au sujet des ordinateurs. [...] Les métaphores et analogies que nous utilisons pour décrire leurs différentes fonctions ne demeurent que des métaphores et des analogies »²⁰⁴. Ainsi, il ne faudrait pas confondre « équivalence fonctionnelle » et « identité matérielle »²⁰⁵.

[121] Ce principe est clairement affirmé dans le Cadre de référence d'E-ASEAN qui tente aussi d'expliquer cette notion d'équivalence fonctionnelle comme suit :

« An electronic record can replace a written document.

36. In the physical world, a written document has the status of being the cornerstone of reliability, traceability and inalterability of any transactions

²⁰⁴ *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computer Ltd.*, (1987), 18 C.P.R. (3d) 129 (CAF), repris par Nicolas VERMEYS, « Pentacles et Pentiums : Cinq décisions ayant marqué le droit des technologies d'information en 2009 », (2010) 22 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 421., p. 445.

²⁰⁵ *Id.*, p. 445.

evidenced by that document. This is brought over into the virtual world where an electronic record satisfies any rule of law making provision for information to be written as long as the electronic record is accessible. To ensure that the record is accessible, the software required to make it accessible will also need to ensure it can be retained. »²⁰⁶ (Nous soulignons)

[122] Cette équivalence est ici bien clairement conditionnelle. Ce conditionnement permet à la notion de l'écrit de s'adapter à la spécificité de l'environnement en question : *assurer l'accessibilité et la conservation*, pour effectivement la consultation future selon le besoin, d'ordre légal ou conventionnel.

[123] Si ce principe est largement accepté, c'est parce qu'il présente un certain nombre d'avantages. D'abord, il permet de « ne pas rejeter du revers de la main un document électronique pour le seul fait qu'il n'est pas sur un support particulier »²⁰⁷. Ensuite, « une telle démarche permet de ne pas avoir besoin de changer toutes les lois qui font référence à un concept d'écrit, de signature ou d'original »²⁰⁸, ce qui constituerait un chantier quelque peu laborieux et toujours en construction.

[124] L'équivalence fonctionnelle imprègne en particulier les définitions de l'écrit, de la signature et de l'original que l'on peut trouver dans les législations nationales des États membres²⁰⁹. Sans être affirmée de manière claire par l'énoncé, l'équivalence fonctionnelle est un principe transversal des lois nouvelles qui régissent le commerce électronique. Les États membres de l'ASEAN se contentent de l'appliquer en identifiant les fonctions des formalités

²⁰⁶ ASEAN-SECRETARIAT, préc., note 197, p. 9, par. 36.

²⁰⁷ V. GAUTRAIS, préc., note 194, p. 20, par. 3

²⁰⁸ *Id.* Ou encore Vincent GAUTRAIS, « Les contrats électroniques au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies d'information » dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2005, p. 3, à la p. 10, par 8.

²⁰⁹ *Infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 – *L'application différenciée des principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique pour la redéfinition de l'écrit et de la signature.*

juridiques, à savoir l'écrit, la signature et l'original. En suivant les instructions proposées dans le Cadre de référence d'E-ASEAN, les états membres adoptent ainsi en leur sein des définitions fonctionnelles quelque peu différenciées de ces notions, l'écrit et la signature²¹⁰.

B. La neutralité technologique

[125] La neutralité technologique constitue pour nous un autre degré d'abstraction quant à la reconnaissance juridique des technologies. Il s'agirait non seulement de l'équivalence entre le document papier et le document électronique, mais aussi les documents technologiques entre eux. L'avantage principal de ce principe, comme l'équivalence fonctionnelle, est d'éviter le fait que l'on devrait élaborer une nouvelle loi à chaque fois qu'une nouvelle technologie voit le jour. C'est aussi pour rendre la loi la plus prévisible et durable possible.

[126] La définition de la neutralité technologique la plus connue est celle des professeurs Pierre Trudel et Daniel Poulin. Selon eux, la neutralité technologique est définie comme suit :

« Neutralité technologique : Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place. La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre. La détermination de la valeur juridique des documents et des procédés d'authentification s'appuie sur des critères n'emportant pas l'obligation d'agir selon des normes ou standards particuliers. Ainsi, le législateur demeure impartial par rapport aux standards et aux normes technologiques sur lesquels les intervenants ont porté leur choix pour les fins de la création et l'utilisation des documents.»²¹¹ (Nous soulignons)

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ D. POULIN et P. TRUDEL, préc., note 203.

[127] Deux volets de signification ressortent de cette définition, d'une part la neutralité technologique implique le désintéressement des technologies dans la loi, et d'autre part elle consiste à ne pas spécifier une technologie particulière pour satisfaire une règle juridique donnée ni ne favoriser une technologie plutôt qu'une autre.

[128] Le professeur Vincent Gautrais quant à lui identifie deux catégories de signification de ce principe. D'une part, la neutralité technologique consiste à « ne pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre », et d'autre part qu'« il fallait s'assurer que le traitement d'un document soit indépendant du support utilisé, qu'il devait être interprété et évalué juridiquement sans référence directe à son support mais simplement quant à la qualité de son contenu. »²¹² Si la première catégorie n'est pas différente de ce qui vient d'être mentionné, la deuxième veut que la neutralité technologique s'intéresse également au support. Le professeur Vincent Gautrais résume la teneur de la neutralité technologique avec la phrase suivante :

« Le concept de neutralité technologique est donc une fiction, un dogme, dont nous comprenons la finalité; une finalité fonctionnelle, utilitariste, permettant, d'une part, d'éviter que des technologies ne soient invalidées par le seul fait d'être électroniques et, d'autre part, que des dispositions législatives empêchent, par leur attachement au papier, que les nouvelles technologies ne soient utilisées. »²¹³

[129] Maître Éric A. Caprioli a également tenté de clarifier cette notion de neutralité technologique²¹⁴ lors d'une conférence organisée par le professeur Vincent Gautrais, Chaire en droit des affaires et de sécurité électronique de la Faculté de droit de l'Université de Montréal,

²¹² V. GAUTRAIS, préc., note 194, p. 17.

²¹³ *Id.*, p. 19, par. 3.

²¹⁴ É.A. CAPRIOLI, préc., note 196.

en 2008 intitulé « *Le Droit du commerce électronique est-il différent ?* »²¹⁵. Selon lui, on devrait distinguer la notion de neutralité technologique de la neutralité médiatique, les deux sont utilisées en pratique de manière confuse. Alors que la première est utilisée plutôt en rapport avec les différentes technologies utilisées, la deuxième plutôt en rapport avec la notion de la discrimination papier *versus* électronique. Pour lui, comme pour le professeur Vincent Gautrais²¹⁶, la neutralité technologique est une fiction juridique. Elle est un principe flou qui ne fonctionne pas tout seul. Elle n'a de sens que lorsqu'elle est associée à d'autres principes de la CNUDCI, à savoir l'équivalence fonctionnelle et l'autonomie de la volonté. Elle est devenue un principe général d'interprétation pour les juges et les arbitres. Il conclut sa présentation par :

« Conçue à l'origine comme une passerelle, la neutralité technologique est un des éléments fondateurs du droit du commerce électronique qui est un droit de plus en plus spécifique. »

[130] Ce principe s'est exprimé d'abord dans la Loi type sur le commerce électronique sous l'aspect de non-discrimination entre le support papier et le support électronique, et s'est prolongé ensuite à un autre aspect qui va au-delà de la non-discrimination « papier *versus* électronique », mais entre les différentes technologies elles-mêmes²¹⁷.

²¹⁵ Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique : un droit différent ?*, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électronique, Montréal, 2008, en ligne : <<http://gautrais.com/-Le-droit-du-commerce-electronique,108->> (consulté le 3 mai 2013).

²¹⁶ V. GAUTRAIS, préc., note 195.

²¹⁷ CNUDCI, préc., note 19, p. 14, par. 5 : « Les mots “une approche techniquement neutre”, tels qu'ils sont utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, expriment le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique. La nouvelle Loi type reflète également le principe selon lequel aucune discrimination ne devrait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé “neutralité technologique” ».

[131] Pour Renaud Sorieul, « la neutralité technologique est le double souci d'éviter de conférer un monopole à une technologie ou un produit commercial déterminé, et également d'éviter de figer le droit par rapport à un état transitoire de la technique »²¹⁸.

[132] Au niveau de l'ASEAN, on peut trouver ce principe dans le Cadre de référence d'E-ASEAN qui se lit comme suit :

« There is no difference between electronic records and paper documents.
35. There should be no distinction in form between intangible electronic records and tangible paper documents. The form in which electronic records are presented or retained (e.g. utilising digital bits and bytes) cannot be used as the only reason to deny them legal effect, validity or enforceability. »

[133] Le principe de la neutralité technologique dans ce Cadre de référence d'E-ASEAN se concrétise donc par l'absence de discrimination entre les documents en papiers et les documents électroniques. Le fait d'être électronique ne doit pas être l'unique raison qui enlève aux documents leurs effets ou leur validité juridique. C'est ce que l'on peut trouver également dans les législations nationales des États membres de l'ASEAN. A part la loi vietnamienne qui a pris soin de mentionner la neutralité dans le sens de non-préférence d'une technologie particulière, par l'intitulé même de son article 5 dédiant aux principes généraux des transactions électroniques²¹⁹, celles de Singapour²²⁰, de la Malaisie²²¹, des Philippines²²², de la

²¹⁸ Renaud SORIEUL, «La Loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques» dans GEORGES CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 403-411, à la p. 409, par. 3.

²¹⁹ Vietnam, *Law on E-Transactions*, préc., note 248, l'article 5 : E-transactions shall be conducted on the following general principles: 1. (...) 3. No technology to be considered as the sole [technology] in e-transactions; 4. Ensuring equality and security in e-transactions; 5. (...).

²²⁰ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 2010, en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN-DPADM/UNPAN040992.pdf>> (consulté le 03 mai 2013) ou <<http://www.ida.gov.sg/Policies-and-Regulations/Acts-and-Regulations/Electronic-Transactions-Act-and-Regulations>> (consulté le 03 mai 2013), Sect. 6: "Legal recognition of electronic records 6. For the

Thaïlande²²³ et celle du Cambodge²²⁴ se sont contentées seulement d'émettre une disposition qui matérialise ce principe par la mention de l'expression non-discriminatoire entre l'écrit papier et le message de données.

[134] Il importe de nous attarder aux expressions nous paraissant intéressantes et qui se retrouvent dans les législations nationales susmentionnées : « *solely on the ground ; on the sole ground ; only because ; on the sole reason* ». Cela veut dire tout simplement que le seul fait d'être électronique n'est pas suffisant pour enlever toute valeur juridique aux documents en question ; il faut vérifier s'ils ne remplissent pas d'autres exigences juridiques, selon la règle de droit ou l'obligation résultant de l'accord ou d'un consentement des parties, avant de conclure à leurs validité et effets juridiques, telles que : l'obligation contractuelle résultant de la volonté des parties, la règle spécifique exigeant une forme particulière de l'écrit, etc. Les exemples ne manquent pas et peuvent être lus à travers des dispositions nationales

avoidance of doubt, it is declared that information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the ground that it is in the form of an electronic record.”

²²¹ Malaisie, *Electronic Commerce Act*, préc., note 243, Sect. 6(1): “Legal recognition of electronic message 6. (1) Any information shall not be denied legal effect, validity or enforceability on the ground that it is wholly or partly in an electronic form. (2) Any information shall not be denied legal effect, validity or enforceability on the ground that the information is not contained in the electronic message that gives rise to such legal effect, but is merely referred to in that electronic message, provided that the information being referred to is accessible to the person against whom the referred information might be used.” Notons qu'à la différence de l'*Electronic Transaction Act 2006*, la Digital Signautre Act de la Malaisie adoptée en 1997 n'est pas neutre technologiquement et qui continue à s'appliquer en parallèle de la première.

²²² Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22, “Sec. 6. Legal Recognition of Data Messages. - Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the data message purporting to give rise to such legal effect, or that it is merely referred to in that electronic data message.”

²²³ Thaïlande, *Electronic Transaction Act*, préc., note 252, “Section 7. Information shall not be denied legal effect and enforceability solely on the ground that it is in the form of a data message.”

²²⁴ Cambodge, *Electronic Commerce Law*, (Draft 2009), “Art. 7: Legal recognition of data messages and electronic communications: (1) Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is in the form of a data message. (2) A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication.”

respectivement : Sect. 5 de l'ETA 2010 de Singapour²²⁵, Sect. 3 et 4 ECA 2006 de la Malaisie²²⁶, Sect. 24 ECA 200 des Philippines²²⁷, Article 2 (3), Article 14 (4) et (5) ECL (Draft) 2009 du Cambodge²²⁸, Article 5 (1) et (2) LET 2005 du Vietnam²²⁹.

²²⁵ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 2010, préc., note 220, “Party Autonomy 5.—(1) Nothing in Part II shall affect any rule of law or obligation requiring the agreement or consent of the parties as to the form of a communication or record, and (unless otherwise agreed or provided by a rule of law) such agreement or consent may be inferred from the conduct of the parties. (2) Nothing in Part II shall prevent the parties to a contract or transaction from — (a) excluding the use of electronic records, electronic communications or electronic signatures in the contract or transaction by agreement; or (b) imposing additional requirements as to the form or authentication of the contract or transaction by agreement. (3) Subject to any other rights or obligations of the parties to a contract or transaction, the parties may, by agreement — (a) exclude section 6, 11, 12, 13, 14, 15 or 16 from applying to the contract or transaction; or (b) derogate from or vary the effect of all or any of those provisions in respect of the contract or transaction.”

²²⁶ Malaisie, *Electronic Commerce Act*, préc., note 243, “Use not mandatory 3. (1) Nothing in this Act shall make it mandatory for a person to use, provide or accept any electronic message in any commercial transaction unless the person consents to the using, providing or accepting of the electronic message. (2) A person’s consent to use, provide or accept any electronic message in any commercial transaction may be inferred from the person’s conduct. Reference to other written laws 4. The application of this Act shall be supplemental and without prejudice to any other laws regulating commercial transactions.”

²²⁷ Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22, “Sect. 24.—Nothing in this Act shall be construed as— (a) requiring a person or public body to generate, communicate, produce, process, send, receive, record, retain, store or display any information, document or signature by or in electronic form, or (b) prohibiting a person or public body engaging in an electronic transaction from establishing reasonable requirements about the manner in which the person will accept electronic communications, electronic signatures or electronic forms of documents.”

²²⁸ Cambodge, *Electronic Commerce Law*, (Draft 2009), préc., note 224, “Art 14(4) Nothing in this Law affects the application of any rule of law that may require a party that negotiates some or all of the terms of a contract through the exchange of electronic communications to make available to the other party those electronic communications that contain the contractual terms in a particular manner, or relieves a party from the legal consequences of its failure to do so. (5) Nothing in this Law affects the requirements imposed under the Contract Law...”

²²⁹ Vietnam, *Law on E-Transactions*, No. 51-2005-QH11, en ligne : <http://chinhphu.vn/portal/page/portal/English/legaldocuments/Policies?categoryId=886&articleId=10001393> (consulté le 24 avril 2013), “Article 5 E-transactions shall be conducted on the following general principles: 1. Voluntary selection of electronic means to conduct transactions. 2. Self-agreement on selection of a type of technology to conduct e-transactions. (...)”

Paragraphe 2 – Le champ d’application de l’équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique

[135] La reconnaissance des nouvelles technologies dans le système juridique à travers les principes novateurs « neutralité technologique et équivalence fonctionnelle » est susceptible de s’étendre de manière très large à une grande diversité de formalités entourant la vie du contrat. Cependant, ces formalités ne sont pas toutes soumises à cette reconnaissance. En effet, parmi les États membres, plusieurs ont limité le champ d’application de leurs lois régissant le contrat électronique en excluant les formalités relatives à certaines catégories de contrats (B), et ce en suivant la philosophie flexible dans l’ASEAN (A).

A. La philosophie flexible de l’ASEAN quant à la détermination du champ d’application des nouveaux textes

[136] La flexibilité quant à détermination du champ d’application des nouveaux textes est due en partie à la structure institutionnelle de l’ASEAN qui sous-tend la nature non-obligationnelle du Cadre de référence d’E-ASEAN sur le commerce électronique. Ce Cadre de référence constitue plutôt comme une recommandation qu’une directive au sens du droit institutionnel européen.

[137] Le Cadre de référence d’E-ASEAN mentionne que les lois sur le commerce électronique ont pour objectif principal d’assurer la prévisibilité et la certitude juridique quant à l’utilisation de communications électroniques afin d’encourager et de promouvoir la confiance des consommateurs au commerce électronique par la reconnaissance juridique des transactions,

des documents électroniques et des signatures électroniques²³⁰. Mais cette reconnaissance n'est pas sans limite. Sans imposer une liste des actes susceptibles d'être exclus du champ de reconnaissance, le Cadre de référence d'E-ASEAN présente des exemples existant à l'époque dans les lois de certains États membres. Il présente essentiellement le champ d'application choisi par l'ETA de 1998 de Singapour qui excluait certains actes (tels que testament, disposition de biens immobiliers, lettre de changes, etc.) et qui est suivi presque à la lettre par l'ETO (*Electronic Transaction Order*) de Brunei. Il mentionne également que la Thaïlande a choisi aussi cette approche limitative dans l'*Electronic Transaction Bill* (ci-après « ETB ») 2001 mais elle n'en précise pas le contenu en laissant le soin au Décret Royal subséquent d'en prendre le relais ; et que les Philippines quant à eux n'ont pas un tel champ d'application²³¹.

[138] Cette présentation donne l'impression que le Cadre de référence d'E-ASEAN, sans illustrer une préférence particulière quant à l'approche choisie dans cette limitation, laisse le choix discrétionnaire aux législateurs nationaux de déterminer le champ selon leur préférence et leur politique législative. Il s'ensuit que les États n'ayant pas encore de législations régissant le commerce électronique s'en inspirent tout en gardant cette discrétion d'articuler le champ d'application de leurs lois respectives.

[139] Les raisons derrière cette exclusion ne manquent pas. D'abord, il semble trop prématuré d'appliquer ces principes dans tous les domaines du droit où les risques y étant attachés ne sont pas encore tous mesurés²³². Ensuite, le commerce électronique dans la plupart des États

²³⁰ ASEAN-SECRETARIAT, préc., note 197, p. 6, par. 20.

²³¹ *Id.*

²³² John GREGORY, «Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts» dans Daniel POULIN (dir.), *Actes du colloque international « Internet pour le droit »*, Montréal, 2002, par. 9, en ligne : <<http://www.lexum.com/conf/conf2002/actes/gregory.pdf>> (consulté le 21 avril 2013).

en voie de développement est encore en phase infantile et d'expérimentation. Par ailleurs, les actes exclus sont ceux qui exigent des règles détaillées et davantage d'étude quant à la faisabilité sous forme électronique²³³. Si certains croient qu'il est avantageux de limiter ce champ d'application, certains d'autres ne le pensent pas (le cas du Nouveau Brunswick²³⁴). Il est pourtant, selon nous, plus prudent de le faire.

B. Le champ d'application choisi par chaque État membre de l'ASEAN

[140] Pour les lignes qui suivent, attardons-nous au champ d'application des lois régissant le commerce électronique des six États membres de l'ASEAN, objet de l'étude : a) Singapour; b) Malaisie; c) Philippines; d) Vietnam; e) Thaïlande et f) Cambodge.

a) Singapour

[141] L'*Electronic Transaction Act 1998* (ci-après « ETA 1998 »)²³⁵ de Singapour est présentement remplacé par l'*Electronic Transaction Act 2010* (ci-après « ETA 2010 »)²³⁶ qui est entré en vigueur dès le 1^{er} juillet 2010²³⁷. Cette loi s'applique à tous les actes juridiques, sauf certains actes qui sont exclus de son champ d'application. Le Ministre compétent peut modifier en cas de besoin la liste d'exclusion auquel la Section 4 se réfère. Cette exclusion reprise par l'amendement en 2010 dans la même Section 4, qu'on peut lire comme suit :

²³³ IDA-AGC, *Joint IDA-AGC Review of Electronic Transactions Act: Section 4 - Exclusion*, Singapore, iDA-Singapore, 2004., en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan018651.pdf>> (consulté le 23 avril 2013).

²³⁴ *Id.*, p. 15, par. 2.2.4.

²³⁵ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 1998, préc., note 20.

²³⁶ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 2010, préc., note 220.

²³⁷ Singapour, *Government Gazette* No. S 358/2010.

« **Excluded matters 4.**—(1) The provisions of this Act specified in the first column of the First Schedule shall not apply to any rule of law requiring writing or signatures in any of the matters specified in the second column of that Schedule. (2) The Minister may, by order published in the Gazette, amend the First Schedule. » (Nos soulignements)

[142] Le « First Schedule » annexé au présent texte contient dans sa deuxième colonne les actes suivants : la création et l'exécution du testament, les instruments négociables, des titres de propriété, les lettres de change, les billets à ordre, les bordereaux d'expédition, les connaissements, les récépissés d'entrepôt ou de tout document ou instrument transférable donnant droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de biens ou le versement d'une somme d'argent ; la création, la réalisation ou l'exécution d'un acte, déclaration de fiducie ou procuration, à l'exception des garanties implicites, des fiducies constructifs et résultants ; tout contrat pour la vente ou d'autres aliénations de biens immobiliers, ou tout intérêt dans ces biens ; la cession de biens immeubles ou le transfert de tout intérêt dans des biens immobiliers²³⁸.

[143] Malgré l'amendement, la nouvelle version législative de l'ETA 2010 n'a pas touché la Section 4 relative à cette exclusion. Comme ce qui est illustré dans le propos du Ministre de l'information, de la communication et des arts, Lui Tuck Yew, le 19 mai 2010, lors de la deuxième lecture de l'*Electronic Transactions Bill 2010* :

« Based on the responses to the public consultation exercises, there is a general agreement that the exclusions should be maintained. (...) There will hence be no change made to the classes of documents and transactions excluded from the ETA. The amendments to the list of exclusions presented in this Bill are merely additions that highlight the specific examples of documents and transactions excluded from the legislation. They are meant to

²³⁸ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 2010, préc., note 220, Section 39, First Schedule : MATTERS EXCLUDED BY SECTION 4, p. 26.

provide greater clarity on the exclusions and for consistency with the UN Convention. »²³⁹

[144] Si cette exclusion est maintenue, une question importante quant à la validité de la forme électronique des actes exclus du champ d'application demeure. Répondant à cette question, on pourrait prétendre que ces actes exclus peuvent être valides seulement s'ils se trouvent sur les documents papiers²⁴⁰. Alors que, à trois reprises, la Haute Cour de Singapour n'a pas adopté cette position, d'abord en 2005, ensuite en 2008 et enfin en 2009²⁴¹. En effet, interpréter de la sorte tente à négliger l'objectif premier de l'ETA qui est de favoriser le commerce électronique en levant les obstacles juridiques liés à l'utilisation des nouvelles technologies. Selon la Haute Cour, le fait que ces actes soient exclus du champ d'application de l'ETA ne veut pas nécessairement dire qu'ils sont invalides lorsqu'ils se trouvent sous une forme électronique. Il s'agirait d'interprétation au cas par cas pour savoir si la forme électronique d'un acte exclu peut satisfaire l'exigence de l'écrit et de la signature²⁴².

b) Malaisie

²³⁹ Lui Tuck YEW, «Second Reading Speech on the Electronic Transactions Bill 2010 by Mr Lui Tuck Yew, Acting Minister for Information, Communications and the Arts, 19 May 2010», (2010) *GovMonitor.*, en ligne : <http://www.thegovmonitor.com/civil_society_and_democratic_renewal/singapore-passes-2010-electronic-transactions-bill.html> (consulté le 12 avril 2013).

²⁴⁰ Jeffrey Chan WAH TECH, «Legal issues in e-commerce and electronic contracting: the Singapore position», (2003) *ASEAN LAW ASSOCIATION.*, en ligne : <http://www.aseanlawassociation.org/docs/w5_sing.pdf> (consulté le 13 avril 2013).

²⁴¹ Il s'agit des trois décisions *SM Integrated Transware Pte Ltd v Schenker Singapore (Pte) Ltd* [2005] 2 SLR 651, *Singh Chiranjeev and Another v Joseph Mathew and Others* [2008] SGHC 222 et *Singh Chiranjeev and Another v Joseph Mathew and Others* [2009] SGCA 51 ou bien 2 SLR 73 ; Ces décisions sont aussi rappelées dans le document de consultation publique iDA-AGC, *Joint IDA-AGC Review of Electronic Transactions Act: Proposed Amendments 2009*, Singapore, iDA-Singapore, 2009., en ligne : <<http://www.ida.gov.sg/Policies-and-Regulations/Consultation-Papers-and-Decisions/Store/Joint-IDA-AGC-Review-of-Electronic-Transactions-Act-ETA-Remaining-Issues>> (consulté le 12 avril 2013), par. 3.6.4, note 83.

²⁴² *Id.* Pour les analyses plus critiques de ces décisions relatives à cette question, nous nous référons *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 – *L'interprétation a contrario quant au champ d'application.*

[145] L'Electronic Commerce Act 2006 (ci-après « ECA 2006 »)²⁴³ de Malaisie prévoit également son champ d'application à la Section 2 (**Application**) qu'on peut lire ainsi :

« 2. (1) Subject to section 3, this Act shall apply to any commercial transaction conducted through electronic means including commercial transactions by the Federal and State Governments. (2) This Act shall not apply to the transactions or documents specified in the Schedule. (3) The Minister may by order amend, vary, delete from or add to the Schedule.

(...)

SCHEDULE (Section 2): This Act shall not apply to the following transactions or documents: 1. Power of attorney; 2. The creation of wills and codicils; 3. The creation of trusts; 4. Negotiable instruments. » (Nous soulignons)

[146] D'abord la Section 2 limite le champ d'application de cette loi à toutes les transactions commerciales (*Commercial transactions*). Cette dernière est définie à la Section 5 de la loi comme une communication unique ou plusieurs communications de nature commerciale, contractuelle ou non contractuelle, qui comprend tous les domaines relatifs à la fourniture ou l'échange de biens ou de services, l'agence, les investissements, le financement, les opérations bancaires et d'assurances²⁴⁴. Ceci exclut alors les actes de nature non commerciale.

[147] Les professeurs Abu Barka Munir et Siti Hajar Mohd. Yasin souhaitent par ailleurs que ce champ soit, au-delà de la transaction commerciale, élargi à toute communication électronique, dont la « communication » est comprise comme toute mention, déclaration, demande, avis, y compris une offre et l'acceptation d'une offre²⁴⁵. C'est une approche large

²⁴³ Malaisie, *Electronic Commerce Act*, 2006, en ligne : http://www.kpkk.gov.my/akta_kpkk/Electronic%20Commerce.pdf (consulté le 23 avril 2013).

²⁴⁴ *Id.*, "Section 5 Interpretation: "commercial transactions" means a single communication or multiple communications of a commercial nature, whether contractual or not, which includes any matters relating to the supply or exchange of goods or services, agency, investments, financing, banking and insurance."

²⁴⁵ Abu Bakar MUNIR et Siti Hajar Mohd. YASIN, «Electronic Commerce Legal Framework: Some Lessons From Malaisia» dans (dir.), *Electronic Transactions Conference*, Faculty of Sharia and Law, Emirates Centre for

qui est par ailleurs adoptée par des pays comme Singapour, l’Australie, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis, l’Union européenne, la Thaïlande et de nombreux autres pays²⁴⁶.

[148] L’ECA de Malaisie exclut également, comme ce qui est prescrit dans le « Schedule Section 2 », les actes concernant le pouvoir de l’avocat, le testament, la fiducie et les instruments négociables. Le Ministre compétent peut, s’il juge nécessaire, apporter des ajouts ou des modifications à cette liste d’exclusions.

c) Philippines

[149] L’*Electronic Commerce Act 2000* des Philippines (ci-après « ECA 2000 »)²⁴⁷ a choisi un champ d’application très élargi à tout type de message de données et document électronique, tant dans le contexte commercial que dans les activités non-commerciales, au niveau national et international, où l’on peut lire dans sa Section 4 :

“Sec. 4. Sphere of Application. - This Act shall apply to any kind of data message and electronic document used in the context of commercial and non-commercial activities to include domestic and international dealings, transactions, arrangements, agreements, contracts and exchanges and storage of information.”

[150] A la différence des autres États membres, l’ECA des Philippines a pour l’ambition de s’appliquer à toutes les transactions de toutes natures sans délimiter la sphère de son application.

Strategic Studies and Research, 2009, p. 2, en ligne : http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf17/english_prev_conf2009.asp (consulté le 12 avril 2013).

²⁴⁶ *Id.*, p. 2

²⁴⁷ Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22.

d) *Vietnam*

[151] Le champ d'application de la Loi vietnamienne sur les transactions électroniques, *Law on E-Transaction 2005*²⁴⁸ (ci-après « LET 2005 »), est prévu par son article 1^{er} et précisé par un décret rendu en 2006²⁴⁹ (ci-après « Décret 2006 »). L'un comme l'autre présentent un champ d'application élargi régissant les transactions électroniques dans le contexte tant civil que commercial, avant de s'attarder aux types d'actes, objet de l'exclusion du champ d'application. On peut les lire comme suit :

« **Article 1** Governing scope: This Law stipulates e-transactions in activities of State bodies; in civil, business and commercial sectors and in other sections stipulated by law. The provisions of this Law shall not apply to the issuance of certificates of land use right or ownership of housing and other real estate, documents on inheritance, certificates of marriage, decisions on divorce, certificates of birth, certificates of death, bills of exchanges and other valuable papers. »²⁵⁰

« **Article 1** Scope of regulation: This Decree regulates:

1. The use of e-documents in commercial activities and trade-related activities within the territory of the Socialist Republic of Vietnam.
2. The use of e-documents in commercial activities and trade-related activities conducted outside the territory of the Socialist Republic of Vietnam in cases where parties agree to apply the Commercial Law and this Decree.
3. This Decree's provisions shall not apply to the use of e-documents being bills of exchange, promissory notes, bills of lading, goods consignment invoices, warehousing or ex-warehousing bills or any negotiable documents which entitle their holders or beneficiaries to receive goods, services or certain sums of money. »²⁵¹

²⁴⁸ Vietnam, *Law on E-Transactions*, préc., note 229.

²⁴⁹ Vietnam, *Decree on E-Commerce*, No. 57/2006/ND-CP OF JUNE 9, 2006, en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan042016.pdf>> (consulté le 24 avril 2013).

²⁵⁰ Vietnam, *Law on E-Transactions*, préc., note 248, Article 1er.

²⁵¹ Vietnam, *Decree on E-Commerce*, préc., note 249, Article 1er.

[152] Les actes exclus du champ d'application en combinant ces deux textes sont : délivrance de certificats de droit d'utilisation des terrains ; délivrance de certificats de propriété du logement ; délivrance de certificats d'autres biens immobiliers ; documents sur les successions ; certificats de mariage ; décisions en matière de divorce ; certificats de naissance ; certificats de décès ; lettre de changes ; billets à ordre ; connaissements ; factures des marchandises en consignation ; factures d'entreposage ou d'ex-entrepôt ; documents négociables ; et d'autres papiers de valeurs.

e) *Thaïlande*

[153] L'*Electronic Transaction Act 2001* de la Thaïlande, (ci-après « ETA 2001 »)²⁵², a choisi une approche large dans la définition de son champ d'application. En vertu de la Section 3, la présente loi s'applique largement aux transactions civiles et commerciales effectuées au moyen de messages de données, tout en laissant une possibilité réservée au Décret Royal d'articuler au besoin son champ d'application :

« **Section 3.** This Act shall apply to civil and commercial transactions made by means of a data message, except the transactions prescribed by a Royal Decree as being exempted from the entire or partial applicability of this Act.»²⁵³

[154] Force est de constater que ledit Décret Royal n'a jamais vu le jour à date. L'amendement est cependant intervenu en 2008 en vue de préciser, dans le sens d'un élargissement, ce champ d'application afin d'inclure d'autres actes à savoir les droits de timbre électronique, les sceaux

²⁵² Thaïlande, *Electronic Transaction Act*, BE 2544 (2001), en ligne : <http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0073.pdf> (consulté le 23 avril 2013).

²⁵³ *Id.*

et les données électroniques publiées (*electronic stamp duties, corporate seals and published electronic data*)²⁵⁴ ; tel que :

« Section 8 [i]f any instrument is required by law to be affixed with stamp duties, if it is paid or otherwise processed by electronic methods in accordance with the rules and methods stipulated by the related government agencies, it shall be deemed that such instrument is affixed with stamp duties. »²⁵⁵

[155] Le champ d'application du droit thaïlandais, déjà large en s'appliquant à la fois aux actes civils et commerciaux, tente de préciser davantage son royaume.

f) Cambodge

[156] L'*Electronic Commerce Law (Draft)* 2009 du Cambodge a choisi une approche combinée entre « établir une liste d'exclusions » et « laisser le soin aux précisions réglementaires ». Applicable tant aux actes de commerce qu'aux actes civils régis par le Code civil et la Loi sur les entreprises commerciales²⁵⁶, cette loi a à la fois énuméré certains actes exclus du champ d'application et mentionné la possibilité offerte au Premier Ministre d'en exclure certains autres par un Sous-Décret lorsqu'il juge nécessaire et utile pour donner plein effet aux dispositions de la présente loi²⁵⁷.

« Article 2: Sphere of Application

(1) Parts 2 through 5 of this Law shall apply to all civil and commercial acts, documents and transactions, governed under the Civil Code or the Law on Commercial Enterprises, except those acts, documents and transactions

²⁵⁴ Apichart PHANKEASORN et Anon BOVANANT, «Thailand: Amendments To The Electronic Transaction Act Promote E-Commerce Transactions», Mai 2008, *Telecommunications & Media, Mayer-Brown JSM.*, en ligne : <<http://www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=4480&nid=6>> (consulté le 12 avril 2013).

²⁵⁵ Thaïlande, *Electronic Transaction Act*, (No.2) BE 2551, (2008)

²⁵⁶ Cambodge, *Electronic Commerce Law*, (Draft 2009), préc., note 224, Art. 2(1).

²⁵⁷ *Id.*, Art. 2(1) et Art. 6(1).

exempted under subsection (2); by Prime Ministerial sub-decree issued under Article 6(1) of this Law, or expressly exempted in Government legislation.

(2) Parts 2 through 5 of this Law do not apply to the following legal acts, documents and transactions: (a) The creation, performance or enforcement of a power of attorney; (b) The creation or execution of a will, codicil or other matters relating to inheritance; (c) Any contract for the sale, conveyance, transfer or other disposition of immovable property, or any interest in such property; (d) Negotiable instruments, as defined in the Law on Negotiable Instruments and Payment Transactions; and (e) Those activities or entities regulated under the Law on Banking and Financial Institutions and the Law on Non-Government Securities. »

[157] Apparemment, ce champ d'application s'inspire largement du droit singapourien.

[158] Pour en conclure, le champ d'application des lois nationales régissant le contrat électronique émet des limites quant à la mise en application des principes clés, la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle, et il varie d'un État à l'autre²⁵⁸. Une inquiétude liée à la divergence quant à la reconnaissance juridique des documents électroniques dans un domaine contractuel donné s'avère légitime. Mais cette inquiétude serait quelque peu atténuée par le fait qu'un acte donné exclu du champ d'application de ces textes n'équivaut pas nécessairement à la non-reconnaissance juridique de sa forme électronique. Dans un tel cas, il s'agirait de l'interprétation par le juge au cas par cas²⁵⁹.

²⁵⁸ *Infra* Annexe I TABLEAU N°1 : Champ d'application des textes régissant le formalisme du contrat électronique

²⁵⁹ *Infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 – *L'interprétation a contrario quant au champ d'application*.

Section II – L’application différenciée des principes d’équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique pour la redéfinition de l’écrit et de la signature

[159] Les principes de neutralité technologique et d’équivalence fonctionnelle ont été mis en œuvre d’une manière différenciée parmi les États membres de l’ASEAN. Si les textes nationaux sont plus ou moins proches des dispositions modèles des deux lois types de la CNUDCI, sur le commerce électronique et sur les signatures électroniques, ils gardent une particularité quant au contenu substantiel relatif aux critères de l’écrit (**Paragraphe 1**) et à l’approche législative dans l’encadrement des signatures électroniques (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La redéfinition de l’écrit

[160] Influencés par l’instance internationale (CNUDCI), les États de l’Asie du Sud-est, sous l’auspice de l’ASEAN, sont convaincus qu’il est nécessaire de redéfinir le concept d’écrit en vue d’intégrer les nouvelles technologies de l’information dans la vie juridique (**A**). On constatera par la suite que si certains États membres sont fidèles au modèle législative de la CNUDCI, d’autres se contentent de simplement s’en inspirer tout en créant leur « recette personnalisée » quant à la définition de l’écrit. Cela poserait-il de problème ? (**B**).

A. La redéfinition de l’écrit pour l’écrit électronique

[161] Le concept d’écrit défini par les dispositions types de la CNUDCI constitue le modèle, ce qui nécessite de s’y intéresser de plus près (**a**) avant d’examiner sa transposition dans les législations nationales des États membres de l’ASEAN (**b**).

a) La définition de l'écrit selon le modèle de la CNUDCI

[162] Cette tentative de redéfinition de l'écrit est faite dans le but d'intégrer les technologies de l'information dans la vie juridique, et ce en vue de reconnaître la valeur juridique de l'écrit pour des supports autres que le papier, en suivant les deux fameux principes innovateurs. Dans cette perspective, la CNUDCI, lors de l'élaboration de la Loi type de 1996²⁶⁰ (comme celle de la Convention 2005²⁶¹), a porté une attention particulière aux fonctions traditionnellement assurées par diverses formes d'écrit sur papier en établissant une liste non exhaustive indiquant les raisons pour lesquelles la législation nationale exige la présence de l'écrit. Ces raisons sont :

« 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. »²⁶²

[163] Il s'agit donc des fonctions que peut assurer l'écrit papier et qui justifient des raisons législatives ou réglementaires de l'exigence de l'écrit comme ce qu'ont bel et bien rapporté

Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul :

²⁶⁰ CNUDCI, préc., note 18.

²⁶¹ CNUDCI, préc., note 46.

²⁶² CNUDCI, préc., note 260, para. 48, p. 37 reprise dans le Guide de la Convention de 2005 de la CNUDCI, préc., note 261, para. 144, p. 54.

« Dans leurs tentatives d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi-type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles ».²⁶³

[164] Sans avoir l'ambition de définir la notion d'écrit dans un sens général qui embrasse toutes ces fonctions, les auteurs de la Loi type tentent de sélectionner celles qui sont les plus inhérentes à l'écrit et indépendantes de son support papier. En effet, les dizaines de fonctions sus-énumérées ne sont pas, selon eux, toutes les fonctions de l'écrit mais plutôt celles qui sont attachées à la nature du support papier et à d'autres qualités attribuées à l'écrit, telles que : "écrit signé", d'un "original signé" ou d'un "acte juridique authentifié"²⁶⁴. Alors que l'écrit ne serait qu'une strate inférieure dans la hiérarchie relative à ces dernières conditions de forme. Pour cette raison, l'article 6 de la Loi type prévoit l'écrit comme suit :

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

[165] Pour bien comprendre cette disposition, il est nécessaire de déterminer ce que signifie le terme « message de données ». Ce terme a été défini de manière large dans l'article 2 de la Loi-type et comprend notamment, et non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie :

²⁶³ E.A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, préc., note 199, p. 382 ; Voir aussi Eric A. CAPRIOLI, «Ecrit et preuve électroniques dans la Loi n°2000-230 du 13 mars 2000», (2000) N°2 *JCP Cahier de Droit de l'Entreprise* 1., p. 7.

²⁶⁴ CNUDCI, préc., note 260, p. 38, par. 49.

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

[166] Il s’ensuit que, pour pouvoir être considéré comme un écrit, le message de données ou l’information doit être accessible pour être consulté(e) ultérieurement, quelque soit le moyen de sa création, de son envoi de sa réception ou de conservation. Autrement dit, l’écrit peut donc se représenter sous forme de message de données générées par l’EDI, la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou encore par la télécopie, à condition qu’il soit *accessible et consultable ultérieurement*.

[167] D’abord, la première condition d’ « *accessibilité* » implique, d’après les commentaires du Guide d’incorporation de la Loi-type, l’idée de lisibilité et d’interprétabilité de l’information, et que le moyen technique nécessaire pour assurer cette lisibilité de l’information doit être préservé²⁶⁵. Ensuite, la deuxième condition, « *consultée ultérieurement* », a été préférée à la « durabilité » et à l’« inaltérabilité » pour ne pas poser des normes trop strictes, ainsi qu’à la « lisibilité » et à l’« intelligibilité », qui auraient représenté des critères trop subjectifs²⁶⁶. Le mot « consulté » vise à la fois la consultation par l’homme et le traitement par l’ordinateur²⁶⁷.

[168] Alors, l’écrit est ici défini d’une manière qui permet d’inclure dans la vie juridique des supports de l’information autres que le papier afin qu’ils bénéficient du même degré de reconnaissance juridique que le document papier.

²⁶⁵ *Id.*, p. 38, par. 50.

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ *Id.* ; Voir également I.D. LAMBERTERIE, préc., note 145, p. 132.

[169] Cette approche fonctionnelle dans la définition de l'écrit a été suivie par plusieurs Etats du monde entier²⁶⁸, ce qui caractérise la réussite de la Loi-type. Pourtant, ceux-ci ne l'ont pas mise en œuvre de la même manière. Certains ont suivi à la lettre le texte de la Loi-type en adoptant le critère de la « consultation ultérieure », certains en ajoutent d'autres critères.

b) Les définitions de l'écrit adoptées par les États membres de l'ASEAN

[170] Dans le cadre de notre étude, trois États membres de l'ASEAN parmi les six adhèrent à la définition de l'écrit proposée par la CNUDCI (1), et les trois autres en ajoutent d'autres conditions pour l'écrit sous forme électronique (2).

- 1) L'adoption du modèle définitionnel de l'écrit par Singapour, le Vietnam et le Cambodge.

[171] D'abord, Singapour, même après l'amendement, ces critères ne sont pas changés. L'ETA 1998 de Singapour est la 1^{ère} loi nationale ayant adopté la Loi type. L'amendement de l'ETA en 2010 était dans le but d'actualiser ses dispositions et se conformer à la Convention 2005. Mais la définition de l'écrit reste fidèle à celle proposée par la Loi type qu'on peut lire comme suit :

« Requirement for writing 7 Where a rule of law requires information to be written, in writing, to be presented in writing or provides for certain

²⁶⁸ Voir par exemple Eric A. CAPRIOLI, «Le juge et la preuve électronique. Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique», (2000) *Caprioli-avocats.com.*, en ligne : <<http://www.caprioli-avocats.com/publications/1-commerce-electronique-et-internet/23-juge-et-preuve-electronique>> (consulté le 23 avril 2013) : « Consécutivement à la loi-type, l'approche dite de l'équivalent fonctionnel a été reprise dans toutes les législations en vigueur (Singapour), République de Corée, Californie, Illinois, Missouri, Italie, Portugal, Autriche, Colombie, ...), ainsi que dans les projets de lois aussi bien en Europe (France, Allemagne, Luxembourg, Royaume Uni, Espagne, Belgique, Irlande, Danemark, que sur d'autres continents (Argentine et Maroc) ».

consequences if it is not, an electronic record satisfies that rule of law if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference. »

[172] Il en va de même pour le droit vietnamien. Tant dans la LET 2005 que dans le Décret 2006, les mêmes critères sont adoptés. Les critères sont les mêmes mais la différence se trouve dans l'énoncé des deux articles.

LET 2005: Article 12 Data messages being valid as documents « Where the law requires information to be in writing, a data message shall be deemed to have met this requirement if the information contained in such data message is accessible and usable for reference when necessary. »

Décret 2006: « E-documents shall be as legally valid as written documents if information contained in such e-documents is accessible for use when necessary. »

[173] La disposition légale utilise l'« information » alors que la disposition réglementaire « e-documents ». Cette légère différence ne posera pas de problème dans la mesure où la nature d'e-documents est tout simplement l'information sous forme électronique.

[174] Le droit vietnamien semble aller plus loin que cette simple reconnaissance générale de l'écrit électronique. L'amendement du Code civil vietnamien en 2005 a introduit, dans son article 124 en modifiant l'ancien article 133, une phrase « *Civil transactions through electronic means in form of data messages shall be considered transactions in writing* »²⁶⁹ qui a pour effet de libéraliser la reconnaissance des moyens électronique encore plus éclairants dans les transactions civiles. Cette approche ayant pour ambition de promouvoir les moyens électroniques nous semble redondante. En effet le caractère transversal de la LET 2005 et du Décret 2006 constituent suffisamment de solides fondements de reconnaissance des

²⁶⁹ Comparer le C.c.V. version 1995 et sa dernière version après la modification en 2005, préc., note 123.

documents électroniques dans les actes civils sans qu'il soit besoin d'apporter cette précision répétitive.

[175] Quant au droit cambodgien, jusqu'à la 3^{ème} version 2009 du projet de loi sur le commerce électronique, ces critères demeurent inchangés :

Article 8 (1): Writing requirements: « Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference. »

[176] Ce critère « consultation ultérieure » est assez populaire et persuasif puisqu'il y a de nombreuses autres législations des autres juridictions du globe qui l'ont également adopté. On peut notamment citer : les lois provinciales canadiennes de certaines provinces anglophones, telles que l'Alberta²⁷⁰, la Colombie-Britannique²⁷¹, l'Île-du-Prince-Édouard²⁷², le Nouveau-

²⁷⁰ Alberta, *Electronic Transaction Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20060115/whole.htm>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷¹ Colombie-Britannique, *Electronic Transaction Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/bc/laws/stat/sbc-2001-c-10/latest/sbc-2001-c-10.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷² Île-du-Prince-Édouard, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/pe/laws/stat/rspei-1988-c-e-4.1/latest/rspei-1988-c-e-4.1.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Brunswick²⁷³; la Nouvelle-Écosse²⁷⁴, l'Ontario²⁷⁵; le Saskatchewan²⁷⁶, Terre-Neuve²⁷⁷ et le Yukon²⁷⁸; La loi australienne²⁷⁹; La loi de Nouvelle-Zélande²⁸⁰; ...etc²⁸¹.

2) Les « infidèles » au modèle définitionnel de l'écrit : Malaisie, Thaïlande et Philippines

[177] En droit malaisien, L'ECA 2006 ajoute à la consultation ultérieure une autre condition « d'intelligibilité » qu'on peut lire comme suit :

Section 8: « Where any law requires information to be in writing, the requirement of the law is fulfilled if the information is contained in an electronic message that is accessible and intelligible so as to be usable for subsequent reference. »²⁸²

[178] Ce critère d'« intelligibilité » de l'information semble redondant dans cette définition dans la mesure où l'accessibilité englobe aussi la possibilité d'en prendre connaissance.

²⁷³ Nouveau-Brunswick, *Loi sur les opérations électroniques*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/fr/nb/legis/lois/lrn-b-2011-c-145/derniere/lrn-b-2011-c-145.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷⁴ Nouvelle-Écosse, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/ns/laws/stat/sns-2000-c-26/latest/sns-2000-c-26.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷⁵ Ontario, *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/fr/on/legis/lois/lo-2000-c-17/derniere/lo-2000-c-17.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷⁶ Saskatchewan, *Electronic Information and Document Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/sk/laws/stat/ss-2000-c-e-7.22/latest/ss-2000-c-e-7.22.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷⁷ Terre-Neuve, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/nl/laws/stat/snl-2001-c-e-5.2/latest/snl-2001-c-e-5.2.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷⁸ Yukon, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/ns/laws/stat/sns-2000-c-26/latest/sns-2000-c-26.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁷⁹ Australia, *Electronic Transactions Act*, en ligne : <<http://www.comlaw.gov.au/Series/C2004A00553>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁸⁰ New Zealand, *Electronic Transactions Act*, en ligne : <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0035/latest/DLM154185.html>> (consulté le 22 avril 2013).

²⁸¹ Voir les lois des États qui adoptent la Loi type sur le commerce électronique : en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html> (consulté le 22 avril 2013).

²⁸² Malaisie, *Electronic Commerce Act*, préc., note 243, Section 8.

Notons d'ailleurs que cette disposition ressemble beaucoup à celle de la « Loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information » dans laquelle la définition de l'écrit est définie par l'article 16 qui se lit comme suit : « *l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ». Comme la disposition de Loi Malaisienne, cet article ajoute aussi le critère d'« intelligibilité », et contrairement à ce qu'ont affirmé les professeurs Abu Bakar Munir et Siti Hajar Mohd Yasin qui croyaient que ce critère n'existait pas ailleurs²⁸³.

[179] Yogeswaran Subramaniam émet deux observations à ce propos. D'une part, comme les deux précédents auteurs, il pense que la condition « intelligible » n'a pas été choisie comme critère de l'écrit ni par la Loi type, ni par certains d'autres pays de la région. Et elle n'ajoute rien de substantiel, puisque la CNUDCI a bel et bien expliqué le mot « accessible » comme signifiant l'information qui peut être accessible, extraite, possible de lire, et susceptible de faire l'objet d'interprétations²⁸⁴. D'autre part, la présente Section 8 ne couvre pas nécessairement les situations où la loi ne prévoit pas l'exigence de l'écrit, mais tout simplement certaines conséquences juridiques en cas d'absence d'écrit²⁸⁵. Nous ne sommes pas sûrs si cette dernière observation trouve un solide fondement, puisqu'il faudrait selon nous

²⁸³ Abu Bakar MUNIR et Siti Hajar Mohd YASIN, «Electronic Commerce Bill 2006: An oversight or wanting a different or ...?», (2006) 4 *The Malayan Law Journal* i., p. vii, par. 3: "For the electronic message to satisfy the requirement of writing, the drafters of the ECB have included an additional requirement that the message must not only be accessible but also intelligible. This additional requirement of intelligibility is non-existent elsewhere."

²⁸⁴ Yogeswaran SUBRAMANIAM, «An Assessment of The Malaysian Electronic Commerce Act 2006: Is There Now A Secure Legal Environment For Electronic Commerce That Facilitates Electronic Business For The Consumer? », (2007) 1 *Current Law Journal* xxv., p. xxxvi.

²⁸⁵ *Id.*

qu'on interprète de manière large cette disposition en couvrant aussi les cas où l'absence de l'écrit entraînerait des conséquences juridiques.

[180] Quant au droit thaïlandais, notons d'emblée qu'une disposition du Code civil et commercial thaïlandaise subordonne la présence de l'écrit à l'apposition de sa signature par l'auteur de l'acte. Cet article se lit comme suit :

« **Section 9:** Whenever a writing is required by law, it is not necessary that it be written by the person from whom it is required, but it must bear his signature. »

[181] La notion de l'écrit est alors étroitement liée à la signature, mais seulement dans les cas où « *writing required by law* », à l'exclusion donc, nous semble-t-il, d'autres cas où l'écrit n'est pas exigé par la loi et où son absence entraînerait certaines conséquences juridiques.

[182] A la différence de la loi malaisienne, la loi thaïlandaise ajoute à la consultation ultérieure une autre condition à l'écrit sous forme électronique par l'expression « *without its meaning being altered* » qu'on peut lire comme suit :

« **Section 8:** Subject to the provision of Section 9, in the case where the law requires any transaction to be made in writing, to be evidenced in writing or supported by a document which must be produced, if the information is generated in the form of a data message which is accessible and usable for subsequent reference without its meaning being altered, it shall be deemed that such information is made in writing, is evidenced in writing or is supported by a document. »²⁸⁶

²⁸⁶ Thaïland, *Electronic Transaction Act*, préc., note 252, Section 8.

[183] Le professeur Pinai Nanakorn de l'Université de Thammasat, dans son commentaire sur cette disposition²⁸⁷, n'avait pas porté son attention à cette expression qui nous paraît cruciale dans la mesure où, par l'expression « *without its meaning being altered* » ajoutée à la consultation ultérieure, il nous semble que cette définition insère implicitement le critère d'intégrité qui conditionne l'équivalence fonctionnelle entre l'écrit papier et l'écrit sous forme électronique à l'absence de l'altération du contenu informationnel du message de données. Et ce critère est susceptible de générer une autre couche de condition plus lourde à l'écrit électronique que la simple consultation ultérieure.

[184] Ce critère d'intégrité nous rappelle l'exemple du droit québécois, le plus parlant au Canada en ce qui concerne le concept d'écrit. A la différence de la Loi thaïlandaise où le critère d'intégrité ne porte que sur le contenu informationnel de l'écrit, en droit québécois l'exigence de l'intégrité porte non seulement sur le contenu de l'écrit, mais aussi le support, en effet, en vertu de l'article 6 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies d'information 2001* (ci-après « LCCJTI »)²⁸⁸, l'intégrité d'un document est assurée lorsque l'information qu'il contient n'a pas été altérée et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.

[185] Enfin, la définition de l'écrit dans l'ECA 2000 des Philippines émet des critères très sévères à l'écrit électronique pour pouvoir être équivalent à son homologue papier. Au-delà de la condition de consultation ultérieure, l'écrit électronique doit remplir trois autres conditions

²⁸⁷ Pinai NANAKORN, «Electronic Transactions Law in Thailand», (2001) 118 *Government Gazette* Part 112a., p. 258, par. 1.2.1.

²⁸⁸ Québec, *Loi concernant le cadre juridique des technologies d'information*, 2001, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/lrq-c-c-1.1/derniere/lrq-c-c-1.1.html>> (consulté le 23 avril 2013), l'article 6, transposé à l'article 2839 du Code civil du Québec.

à savoir : Intégrité, Fiabilité et Authenticité. Ces exigences sont prévues et décrites dans la section 7 de la Loi comme suit :

« **Section 7. Legal Recognition of Electronic Documents** - Electronic documents shall have the legal effect, validity or enforceability as any other document or legal writing, and – **(a)** Where the law requires a document to be in writing, that requirement is met by an electronic document if the said electronic document maintains its integrity and reliability and can be authenticated so as to be usable for subsequent reference, in that - **i**) The electronic document has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any authorized change, or any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and **ii**) The electronic document is reliable in the light of the purpose for which it was generated and in the light of all the relevant circumstances (...)» (Nos soulignements)

[186] Avant d’analyser les critères établis par la présente disposition, comprenons d’abord le document électronique « e-document ». Dans le cadre de la Loi philippine 2000, la notion de document électronique est comprise comme information ou représentation de l’information, des données, des symboles ou des autres modes d’expression par écrit qui établissent le droit ou une obligation. Cette information est produite, transmise et stockée électroniquement²⁸⁹. Le document électronique se réfère donc seulement à l’information et non à son support.

[187] Les critères ou les conditions permettant à l’écrit électronique d’être équivalent juridiquement à l’écrit papier sont au nombre de quatre dont trois sont ici à éclairer.

[188] *Premièrement*, il s’agit de l’« *intégrité* ». Si la Section 7 (a), i tente d’expliquer brièvement la notion d’intégrité comme étant l’état restant complet et inaltéré, la Section 11

²⁸⁹ Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22, Section 5 (f): “Electronic document - refers to information or the representation of information, data, figures, symbols or other modes of written expression, described or however represented, by which a right is established or an obligation extinguished, or by which a fact may be proved and affirmed, which is received, recorded, transmitted, stored, processed, retrieved or produced electronically.”

émet plus clairement des modes possibles d'établir l'intégrité d'un document en prévoyant que :

« In the absence of evidence to the contrary, the **integrity of the information** and communication system in which an electronic data message or electronic document is recorded or stored may be established in any legal proceeding - (a) By evidence that at all material times the information and communication system or other similar device was operating in a manner that did not affect the integrity of the electronic data message and/or electronic document, and there are no other reasonable grounds to doubt the integrity of the information and communication system; (b) By showing that the electronic data message and/or electronic document was recorded or stored by a party to the proceedings who is adverse in interest to the party using it; or (c) By showing that the electronic data message and/or electronic document was recorded or stored in the usual and ordinary course of business by a person who is not a party to the proceedings and who did not act under the control of the party using the record. » (Nos soulignements)

[189] En fait, il ne s'agit pas ici d'une liste exhaustive des moyens de preuve d'intégrité. D'autres moyens peuvent très bien exister. Et si on pousse encore à l'extrême, on peut ignorer cette liste dans la démonstration de l'intégrité dans la mesure où des preuves de circonstances pouvant établir l'intégrité d'un document sont très diverses.

[190] *Deuxièmement*, c'est le critère de « *fiabilité* ». La *Section 7 (a), ii* précise comment caractériser la fiabilité. En vertu de cette disposition, le document électronique est fiable à la lumière de l'objectif pour lequel il est créé et en fonction de toutes autres circonstances pertinentes.

[191] Enfin, *troisièmement*, il s'agit de l'« *authentification* ». La *Section 11* de Loi philippine 2000 prévoit que l'authentification peut être prouvée par la démonstration, la justification et la validation de l'identité prétendue d'un utilisateur, d'un dispositif, ou d'une autre entité, dans un système d'information ou de communication. Cette disposition distingue par la suite deux

sortes d'authentification; d'une part pour la signature et d'autre part pour le message de données ou document électronique. Concernant l'authentification d'un document électronique qui nous intéresse ici, il faut apporter la preuve selon laquelle une procédure de sécurité appropriée, le cas échéant, a été adoptée et utilisée dans le but de vérifier l'origine du document électronique (ou le message de données) ou de détecter l'erreur ou l'altération intervenue au cours de communication ou de stockage à un point spécifique²⁹⁰. La charge de preuve de cette authentification pèse sur celui qui invoque le document électronique²⁹¹.

[192] Une dernière remarque en droit philippin est que cette Loi philippine 2000 prétendait distinguer entre l'écrit et l'original, alors qu'en réalité les dispositions portant respectivement sur l'écrit (Section 7) et l'original (Section 10), coïncident et se chevauchent drôlement ; ce qui corrompt de manière flagrante cette distinction :

« Section 10 : Original Documents. - **(1)** Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by an electronic data message or electronic document if: (a) the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as an electronic data message or electronic document is shown by evidence aliunde or otherwise; And (b) where it is required that information be presented, that the information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented. **(2)** Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences

²⁹⁰ Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22, Section 11: "Authentication of Electronic Data Messages and Electronic Documents. - Until the Supreme Court by appropriate rules shall have so provided, electronic documents, electronic data messages and electronic signatures, shall be authenticated by demonstrating, substantiating and validating a claimed identity of a user, device, or another entity in an information or communication system, among other ways, as follows: (a) (...); (b) The electronic data message and electronic document shall be authenticated by proof that an appropriate security procedure, when applicable was adopted and employed for the purpose of verifying the originator of an electronic data message and/or electronic document, or detecting error or alteration in the communication, content or storage of an electronic document or electronic data message from a specific point, which, using algorithm or codes, identifying words or numbers, encryptions, answers back or acknowledgment procedures, or similar security devices."

²⁹¹ Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22, Section 11: "(...). The person seeking to introduce an electronic data message and electronic document in any legal proceeding has the burden of proving its authenticity by evidence capable of supporting a finding that the electronic data message and electronic document is what the person claims it to be."

for the information not being presented or retained in its original form. **(3)** For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1): (a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and (b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all relevant circumstances. » (Nos soulignements)

[193] La disposition relative à l'écrit en droit philippin est la plus stricte parmi les six définitions de l'écrit des six États membres de l'ASEAN. Elle nous rappelle les exigences similaires dans le droit français qui, dans son article 1316-1 du Code civil français (ci-après C.c.F.), accumule les critères de l'intégrité et de l'authentification en disposant que « 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* ». De cet article on peut donc déduire deux conditions à savoir : l'intégrité et l'authentification, mais, aucun critère de fiabilité, ni de consultation ultérieure.

B. Les différents critères de l'écrit adoptés par les États membres

[194] On peut en conclure que les critères consacrés à la notion d'écrit parmi les États membres de l'ASEAN sont assez variés²⁹². Posons-nous alors une question de savoir si cette variation engendrait de problème en termes d'harmonisation de droit dans l'ASEAN.

[195] La réponse serait plutôt affirmative : ces différences poseront effectivement des problèmes. En effet, la notion d'« écrit électronique » n'est pas définie d'une manière similaire

²⁹² *Infra* Annexe II TALBEAU N°2 : Tableau de comparaison de la notion d'écrit « writing »

par les États membres de l'ASEAN, ce qui risque de créer des conflits d'interprétation d'une même notion dans ce cadre communautaire. On pourrait très bien imaginer l'hypothèse où un même document électronique est susceptible d'être qualifié d'écrit électronique valide dans le droit d'un État membre et non nécessairement dans l'autre en raison de différents critères. Ainsi, les différents critères de l'écrit pourraient amener aux différentes manières de réaliser l'écrit dans l'environnement électronique. Pour une analyse plus critique, nous nous référons à *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 – *L'analyse critique relative aux notions d'écrit et signature électroniques implantées par les nouveaux textes*.

Paragraphe 2 – La redéfinition de la signature

[196] Comme lors de l'analyse de la notion de l'écrit, l'on se trouve devant la nécessité de redéfinir la notion de la signature en vue d'élargir l'empire de ce vieux concept juridique au nouveau territoire dit immatériel où sont nées les signatures électroniques (A). Nous montrerons que la divergence ne réside pas dans les fonctions fondamentales de la signature, mais dans l'approche législative des signatures électroniques (B).

A. Les définitions de la signature pour la signature électronique

[197] Examinons d'abord la définition de la signature dans les lois types de la CNUDCI (a) avant d'étudier les définitions et les encadrements nationaux de la notion de la signature à l'ère électronique dans le cadre de l'ASEAN (b).

a) *La définition de la signature selon le modèle de la CNUDCI*

[198] Dans la recherche de la redéfinition de la signature, la CNUDCI a choisi, comme pour les concepts d'écrit qu'on vient de voir, une approche d'équivalence fonctionnelle en vue de traverser le pont pour passer du monde « papier » au monde « électronique »²⁹³.

[199] Diverses fonctions de la signature ont été identifiées par les auteurs de la Loi type de la CNUDCI de 1996 sur le commerce électronique. Elles sont à savoir : (1) *identifier une personne*, (2) *apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à l'acte de signer*, (3) *associer cette personne à la teneur d'un document*, (4) *attester l'intention d'une partie d'être liée par le contrat qu'elle avait signé*, (5) *attester l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte*, (6) *attester l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document écrit par quelqu'un d'autre*, (7) *attester le fait qu'une personne s'était rendue en un lieu donné, à une heure donnée*.²⁹⁴

[200] L'article 7 de la Loi type de 1996 a fait le choix explicite des fonctions essentielles de la signature que doivent remplir le message de données afin qu'il ne se voit pas refuser la valeur juridique du simple fait qu'il n'a pas été authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier. Elles sont deux à savoir : *identification de l'auteur d'un document* et *confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document*. L'article 7 est prévu ainsi :

« Article 7. — Signature

1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données : a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle

²⁹³ CNUDCI, préc., note 18, para. 18 : « (...) On notera également que l'approche de l'équivalent fonctionnel a été retenue aux articles 6 à 8 de la Loi type pour ce qui est des notions d'"écrit", de "signature" et d'"original" mais non pour les autres notions juridiques traitées dans cette Loi type.»

²⁹⁴ *Id.*, p. 40, par. 53 et 54.

approuve l'information contenue dans le message de données; et b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière » ; **2.** Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]. » (Nos soulignements)

[201] Ces deux critères constituent une « norme d'authentification de base » pour le message de données²⁹⁵. Il suffit de remplir ces deux conditions pour être reconnu juridiquement comme signature tout en se trouvant sous la forme électronique, et ce sans qu'il y ait besoin de relations contractuelles préalables qui prédétermine cette reconnaissance.

[202] Pourtant, le paragraphe **1. b)** de l'article 7 précise que cette reconnaissance est relative et en fonction du niveau de fiabilité. La méthode utilisée pour cette signature doit pouvoir assurer *la fiabilité suffisante* au regard de l'*objet* pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, *compte tenu de toutes les circonstances*, y compris de tout accord en la matière. Ce dernier critère « fiabilité suffisante » est fort variable, dont la satisfaction dépend largement de l'*objet* et de *toutes les circonstances* pour lesquels le message de données a été créé ou communiqué. L'appréciation de ce critère relève donc du pouvoir du juge qui tranchera au cas par cas. Les parties peuvent par ailleurs s'entendre sur le niveau de fiabilité qu'elles considèrent approprié dans toutes les circonstances et décisif en limitant alors le pouvoir d'appréciation du juge. Il est important de noter qu'il est dans l'intérêt des deux parties qu'un niveau de fiabilité soit déterminé à l'avance au moment des négociations précontractuelles.

²⁹⁵ *Id.*, p. 42, par. 59.

[203] Si le critère de « fiabilité suffisante » est fort variable, le Guide d'incorporation en précise la teneur en illustrant les facteurs juridiques, techniques et commerciaux contribuant à déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 est appropriée. Ces facteurs sont :

« 1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; 9) l'observation des coutumes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et 14) tout autre facteur pertinent. »²⁹⁶

[204] Ces facteurs ne sont que des indications non exhaustives, à notre sens, dans l'évaluation ou la détermination du niveau de fiabilité attendue de la méthode utilisée dans une transaction donnée. Ils serviront à apprécier une signature en fonction de l'exigence légale pour un contexte donné. En effet, « le point de savoir si un message de données qui satisfaisait à l'exigence de la signature est juridiquement valable doit être réglé par le droit applicable en dehors de la Loi type. »²⁹⁷

[205] On trouvera certaines précisions quant à la question de fiabilité de la signature électronique dans la Loi type de la CNUDCI de 2001 portant les signatures

²⁹⁶ *Id.*, p. 41, par. 48.

²⁹⁷ *Id.*, p. 42, par. 61.

électroniques²⁹⁸. Celle-ci constitue comme un supplément²⁹⁹ ou une extension de la loi type de 1996 sur le commerce électronique³⁰⁰. La précision faite concerne le régime juridique des signatures électroniques et vise à assurer une sécurité juridique plus sûre dans l'utilisation des signatures électroniques. Pour ce faire, elle établit une *présomption* selon laquelle les signatures électroniques qui sont capables de remplir certaines exigences techniques (conditions de fiabilité de l'Article 6(3)) sont considérées comme équivalentes à des signatures faites à la main.

[206] On constate la reprise des exigences de la signature électronique que doit satisfaire le message de données dans son article 2 a) qui prévoit comme suit :

« Article 2, a) : Le terme “signature électronique” désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue; » (nos soulignements).

[207] De plus, le critère variable « fiabilité suffisante » bénéficie cette fois-ci d'une certaine précision prévue par l'article 6 (3) de la présente Loi type de 2001 :

« Article 6 : Satisfaction de l'exigence de signature

1) Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

2) (...);

3) Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si: **a.** Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire ; **b.** Les données afférentes à la création de

²⁹⁸ CNUDCI, préc., note 19.

²⁹⁹ R. SORIEUL, préc., note 218, p. 406.

³⁰⁰ CNUDCI, préc., note 19, p. 33, par. 63.

signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire; c. Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable; et d. Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable. » (Nos soulignements)

[208] Ce troisième paragraphe de l'article 6 établit une *présomption de fiabilité* pour la signature électronique qui remplit les quatre exigences nécessaires à savoir : **(1) les données afférentes à la création de la signature sont liées exclusivement au signataire**, **(2) ces données sont sous le contrôle exclusif du signataire**, **(3) la détectabilité des modifications ultérieures apportées à la signature électronique**, **(4) la détectabilité des modifications ultérieures apportées à l'information dans le cas où l'intégrité de l'information assurée par la signature électronique est exigée**.

[209] Ces exigences se réfèrent implicitement, nous semble-t-il, à la technologie de cryptographie à la clé publique (Infrastructure à clé publique ou signature numérique, ou encore en anglais *Public Key Infrastructure*, « PKI »), car à l'heure actuelle seule cette technologie peut remplir ces conditions. D'où la question de savoir si cette disposition trahit le principe de neutralité technologique.

[210] D'emblée, remarquons que cette disposition a fait l'objet d'une vive critique par Singapour et le Canada au moment de la rédaction de la Convention³⁰¹, en effet, selon eux cette condition générale de fiabilité pourrait créer des problèmes d'incertitude et serait non-

³⁰¹ Pour les détails de ces discussions faites par les commentateurs de Singapour et du Canada, voir respectivement UN Documents A/CN.9/578/Add.10 et A/CN.9/578/Add.15, en ligne <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/38th.html>> (consulté le 12 avril 2013).

nécessaire et inappropriée³⁰². Il est donc intéressant de jeter un coup d'œil sur l'application de l'approche fonctionnelle dans la Convention de la CNUDCI de 2005 sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux pour savoir comment les signatures électroniques sont encadrées³⁰³.

[211] La Convention de 2005, rappelons-nous, vise à renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale lorsque des communications électroniques sont utilisées en rapport avec des contrats internationaux. Elle a défini la signature dans son article 9 (3). Notons d'emblée qu'au moment de la rédaction de cette Convention, ses auteurs auraient dû préférer la rédaction de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique 1996 à l'article 6 (3) de la Loi type sur les signatures électronique 2001, que nous venons de voir. En effet, comme ce qui est brièvement mentionné, la stipulation de l'article 7 est neutre technologiquement, alors que celle de l'article 6(3) se réfère implicitement à l'infrastructure à clé publique qui est une technologie particulière, ce qui trahirait alors le principe directeur de « neutralité technologique ». D'où des critiques par Singapour et le Canada³⁰⁴ lors de la 38^{ème} Session Plénière de la CNUDCI. Si cette position n'avait pas reçu assez de support et que la majorité des délégués n'étaient pas d'accord avec Singapour et le Canada pour supprimer l'article 9(3) b), le Groupe de Travail de la CNUDCI a introduit une disposition **b) ii** à l'article 9(3), afin de

³⁰² Kah Wei CHONG et Joyce Suling CHAO, «United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – A New Global Standard», (2006) 18 *Singapore Academy of Law Journal* 116., p. 129, par. 33.

³⁰³ CNUDCI, préc., note 46.

³⁰⁴ UN Documents A/CN.9/578/Add.10 et A/CN.9/578/Add.15, en ligne : <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/38th.html>> (consulté le 12 avril 2013).

tenir compte de l'inquiétude invoquée pour permettre de revenir au principe de neutralité technologique³⁰⁵.

[212] L'article 9 (3) portant les signatures électroniques se lit alors comme suit :

« Article 9 para. 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. » (Nos soulignements)

[213] Cette disposition est alors une voie médiane entre l'approche de neutralité technologique et l'approche spécifique d'une technologie particulière, ou autrement appelé : « *two-tier approach* ». L'exigence d'une signature peut être satisfaite par la signature électronique si les conditions prévues par l'article 9(3)(a) sont remplies, ainsi que l'article 9(3)(b)(i) ou bien l'Article 9(3)(b)(ii) est satisfait. L'article 9(3)(a) impose deux conditions fondamentales : *identification de la partie et son approbation quant au le contenu de l'information*. L'Article 9(3)(b)(i) prescrit le critère de *fiabilité* qui doit être *suffisante* au regard de l'objet et des circonstances de l'utilisation de la communication électronique. Ce paragraphe y ajoute donc le critère de « fiabilité suffisante », alors que l'article 9(3)(b)(ii) vient assouplir cette exigence en se libérant du critère de fiabilité et revient aux conditions fondamentales du paragraphe (a) :

³⁰⁵ CNUDCI, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session*, Juillet 2005, (A/60/17), paras 65-68, en ligne : <<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/38th.html>> (consulté le 12 avril 2013).

identification de la partie et son approbation sur le contenu de l'information. Comme ce qu'a bel et bien remarqué le professeur Vincent Gautrais à ce propos : « exigence amoindrie par l'introduction de ce sous paragraphe qui considère que la signature est pleinement réalisée dès lors que les deux conditions du premier groupe de conditions (alinéa *a*) sont réunies »³⁰⁶. En ce faisant, les auteurs Kah Wei Chong et Joyce Suling Chao considèrent que c'est une amélioration significative par rapport aux dispositions de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique et de l'article 6(3) de la Loi type sur les signatures électroniques³⁰⁷.

[214] Ces textes internationaux, surtout ceux de la Loi type sur le commerce électronique de 1996 et de la Loi type sur les signatures électroniques de 2001, constituent d'importantes sources d'inspiration des législations régionales et nationales. Pour ce qui suit, il est de notre devoir, par l'objet de notre étude, de faire un tour d'horizon des États membres de l'ASEAN afin de savoir comment l'approche fonctionnelle et le principe de neutralité technologique ont été appliqués dans la définition et l'encadrement des signatures électroniques.

b) Les définitions de la signature adoptées par les États membres de l'ASEAN

[215] Le Cadre de référence d'E-ASEAN se réfère expressément aux définitions modèles de la loi type de la CNUDCI, sans doute celle portant sur les signatures électroniques. Ce cadre a repris à la lettre la définition de la signature électronique qui se lit comme suit :

³⁰⁶Vincent GAUTRAIS, *Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communication électronique dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois*, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, août 2008., en ligne : <http://gautrais.com/IMG/pdf/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf> (consulté le 9 avril 2013), para. 33.

³⁰⁷ K.W. CHONG et J.S. CHAO, préc., note 302, para. 34: "This is therefore a significant improvement over both Art 7 of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce as well as Art 6(3) of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures."

« An electronic signature is data in electronic form affixed to, or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and indicate the signatory's approval of the information contained in the data message »³⁰⁸

[216] Tandis que la Signature numérique, le Cadre la définit comme :

« Electronic signature consisting of a transformation of an electronic record using an asymmetric cryptosystem and a hash function such that a person having the initial untransformed electronic record and the signer's public key can accurately determine (a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer's public key; and (b) whether the initial electronic record has been altered since the transformation was made. »

[217] Attardons-nous maintenant aux diverses dispositions sur les signatures électroniques parmi les États membres de l'ASEAN, simplement par ordre chronologique.

[218] La Malaisie fait partie des États pionniers en Asie dans l'adoption de la loi régissant les transactions en ligne. La première législation qu'elle a adoptée est le *Digital Signature Act 1997*³⁰⁹ (ci-après « DSA ») qui est entré en vigueur en 1998 et amendé en 2001³¹⁰. Cette loi s'est principalement basée sur la loi états-unienne *The Utah Digital Signature Act 1996*³¹¹, et a choisi une approche spécifique en émettant en détail des dispositions prescriptives régissant l'utilisation de la signature numérique faisant appel à la technologie de l'infrastructure à clé publique, et les activités des autorités de certification.

³⁰⁸ ASEAN-SECRETARIAT, préc., note 197, p. 3, par. 14 ; Et article 2 a) de la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, CNUDCI, préc., note 19, p. 6.

³⁰⁹ Malaisie, *Digital Signature Act*, 1997, préc., note 21.

³¹⁰ Lorna BRAZELL, *Electronic Signatures And Identities: Law & Regulation*, London, Thomson Reuters (Legal), 2008., p. 212, par. 6-127.

³¹¹ Utah, *Digital Signature Act*, 1995, en ligne : <<http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/privcomp97-98/documento/firma/utah/udsa.html>> (consulté le 04 mai 2013).

[219] La signature numérique est définie à la Section 2 comme suit :

« **Section 2** “digital signature” means a transformation of a message using an asymmetric cryptosystem such that a person having the initial message and the signer’s public key can accurately determine — (a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer’s public key; and (b) whether the message has been altered since the transformation was made. »

[220] Cette définition conditionne la réalisation d’une signature dans l’environnement électronique à la présence de signature numérique faisant appel à l’Infrastructure à clé publique, une technologie particulière. Mais si on y regarde plus près, on conçoit bien que cette définition ne s’éloigne pas trop des fonctions fondamentales de la signature : d’une part *l’identification* dans le paragraphe (a) et d’autre part *l’authentification du contenu* dans le paragraphe (b).

[221] La reconnaissance de la signature numérique est clairement prévue à la Section 62 qu’on peut lire comme suit :

« **Satisfaction of signature requirements 62:**

(1) Where a rule of law requires a signature or provides for certain consequences in the absence of a signature, that rule shall be satisfied by a digital signature (...)

(2) Notwithstanding any written law to the contrary— (a) a document signed with a digital signature in accordance with this Act shall be as legally binding as a document signed with a handwritten signature, an affixed thumbprint or any other mark; and (b) a digital signature created in accordance with this Act shall be deemed to be a legally binding signature.

(...) »³¹²

[222] Sur le fondement de cette disposition, un document sur lequel est apposé une signature numérique au sens de cette loi est valide et exécutoire, et seule cette signature est considérée

³¹² Malaisie, *Digital Signature Act*, 1997, préc., note 21, Sect. 62.

comme sécurisée et reconnue légalement, à l'exclusion donc d'autres formes de signatures telles que : la signature par les mots de passe, la signature biométrique, la signature scannée, la signature par les « clics », etc. La raison principale de cette reconnaissance limitée est que ces dernières formes de signatures ne sont pas nécessairement capables de satisfaire aux exigences de la signature manuscrite.

[223] Le statut accordé à la signature numérique est l'équivalence de la signature par la main ; ce qui procurera une solution transversale pour d'autres lois ou règlements qui requièrent l'insertion de signature manuscrite. Notons pourtant que la force de cette reconnaissance légale est aussi sa faiblesse dans la mesure où la critique principale à son égard est qu'elle privilégie une technologie au détriment d'autres technologies présentes et à venir, même si le paragraphe (3) de la Section 62³¹³ essaye de relativiser cette discrimination, mais l'exclusivité de la signature numérique est évidente dans le présent cadre juridique.

[224] D'où la raison d'être de la seconde loi intitulée ECA 2006³¹⁴ qui adopte cette fois-ci une approche de neutralité technologique sur la base de la Loi type de la CNUDCI, mais sans abroger le *Digital Signature Act 1997*³¹⁵. La Section 62(3) constitue donc une ouverture principale permettant à l'ECA de prendre le relais pour palier certaines faiblesses que présente le DSA.

[225] Pour ce faire, cette nouvelle législation définit la signature électronique d'une manière large comme suit :

³¹³ *Id.*, Section 62(3): "Nothing in this Act shall preclude any symbol from being valid as a signature under any other applicable law."

³¹⁴ Malaisie, *Electronic Commerce Act*, préc., note 243.

³¹⁵ *Id.*, Section 9(3): "The Digital Signature Act 1997 [Act 562] shall continue to apply to any digital signature used as an electronic signature in any commercial transaction."

« “Electronic signature” means any letter, character, number, sound or any other symbol or any combination thereof created in an electronic form adopted by a person as a signature. »³¹⁶

[226] Cette définition a été considérée comme trop large et sans rapport avec le message de données alors qu’il est le point central de la présente loi³¹⁷. Et force est de noter que ce n’est pas toutes les signatures électroniques remplissant cette définition qui peuvent être reconnues comme pouvant satisfaire à l’exigence de la signature manuscrite. Cette exigence de la signature ne peut être satisfaite par le message de donnée que si une signature électronique est attachée ou logiquement associée au message électronique, identifie adéquatement la personne et indique son approbation de l’information liée à la signature en question, ainsi qu’elle doit être suffisamment fiable au regard de l’objectif et des circonstances dans lesquelles la signature est exigée :

« Section 9 Signature (Fulfilment of legal requirements)

(1) Where any law requires a signature of a person on a document, the requirement of the law is fulfilled, if the document is in the form of an electronic message, by an electronic signature which—(a) is attached to or is logically associated with the electronic message; (b) adequately identifies the person and adequately indicates the person’s approval of the information to which the signature relates; and (c) is as reliable as is appropriate given the purpose for which, and the circumstances in which, the signature is required.»

[227] Cette disposition émet des conditions à remplir d’une manière neutre technologiquement en se rapprochant plus de l’article 7 de la Loi type sur le commerce électronique de 1996 qu’à l’article 7 de la Loi type de 2001 sur les signatures électroniques. Mais, la Section 9(3) de la

³¹⁶ *Id.*, 2006, Section 5.

³¹⁷ A.B. MUNIR et S.H.M. YASIN, préc., note 283, p. xiii, par. 4: “This definition is too general, lacks of any nexus with electronic message, which is the focus of the ECA. Electronic signature must be defined in the context of electronic message.”

présente loi a clairement stipulé que si les signatures numériques sont utilisées, elles doivent être régies par la *Digital Signature Act 1997*. Ces deux textes se complètent alors apparemment bien dans le contexte d'une variété innombrable de signatures électroniques qui peuvent satisfaire aux exigences juridiques d'une signature.

[228] L'activité de certification des signatures numériques est soumise au régime de l'autorisation préalable par l'État. Le fournisseur de ce service de certification doit obtenir préalablement une licence valide de l'État selon la DSA 1997 avant l'exercice de sa fonction³¹⁸. Ce texte ne reconnaît pas les signatures issues par le fournisseur étranger, sauf si ce dernier obtient une licence ou autorisation du gouvernement et remplit les mêmes exigences juridiques que le fournisseur national³¹⁹.

[229] En droit singapourien sous l'empire de l'ETA 1998, il existait trois définitions voire trois catégories de signatures : d'une part la *signature électronique*³²⁰, définie très largement où un simple clic sur le site-web pourrait y satisfaire, d'autre part la *signature numérique*³²¹, référée à la signature faisant appel à l'infrastructure à clé publique, et enfin la *signature*

³¹⁸ Malaisie, *Digital Signature Act, 1997*, préc., note 21, Section 4(1): "No person shall carry on or operate, or hold him-self out as carrying on or operating, as a certification authority unless that person holds a valid licence issued under this Act."

³¹⁹ *Id.*, Section 19.

³²⁰ Singapour, *Electronic Transaction Act, 1998*, préc., note 20, Section 2 (Definitions): "*electronic signature*" means any letters, characters, numbers or other symbols in digital form attached to or logically associated with an electronic record, and executed or adopted with the intention of authenticating or approving the electronic record;"

³²¹ *Id.*, Section 2 (Definitions): "*digital signature*" means an electronic signature consisting of a transformation of an electronic record using an asymmetric cryptosystem and a hash function such that a person having the initial untransformed electronic record and the signer's public key can accurately determine — (a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer's public key; and (b) whether the initial electronic record has been altered since the transformation was made"

*électronique sécurisée*³²² qui bénéficie d'une présomption de fiabilité prévue à la Section 18³²³.

[230] Alors que dans sa nouvelle version, l'ETA 2010 se limite à deux catégories de significations de signatures : premièrement c'est la *signature* qui est cette fois-ci définie génériquement tout en embrassant également la signature électronique³²⁴ ; et deuxièmement il s'agit de la *signature électronique sécurisée* qui reste inchangée par rapport à sa version de 1998³²⁵.

[231] Pourtant l'exigence légale de la signature, énonçant les critères généraux d'équivalence fonctionnelle entre les signatures électroniques et les signatures manuscrites, est modifiée dans l'ETA 2010 et suit le modèle de la Convention en le transposant à la lettre dans sa section 8 qui se lit comme suit :

« **Requirement for signature**

8. Where a rule of law requires a signature, or provides for certain consequences if a document or a record is not signed, that requirement is satisfied in relation to an electronic record if —

(a) a method is used to identify the person and to indicate that person's intention in respect of the information contained in the electronic record; and

³²² *Id.*, Section 17: "Secure electronic signature: If, through the application of a prescribed security procedure or a commercially reasonable security procedure agreed to by the parties involved, it can be verified that an electronic signature was, at the time it was made — (a) unique to the person using it; (b) capable of identifying such person; (c) created in a manner or using a means under the sole control of the person using it; and (d) linked to the electronic record to which it relates in a manner such that if the record was changed the electronic signature would be invalidated, such signature shall be treated as a secure electronic signature."

³²³ *Id.*, Section 18.

³²⁴ Singapour, *Electronic Transaction Act, 2010*, préc., note 220, Section 2 (Interpretation): "signed" or "signature" and its grammatical variations means a method (electronic or otherwise) used to identify a person and to indicate the intention of that person in respect of the information contained in a record"

³²⁵ *Id.*, Section 18 (1) Secure electronic signature: "18.—(1) If, through the application of a specified security procedure, or a commercially reasonable security procedure agreed to by the parties involved, it can be verified that an electronic signature was, at the time it was made — (a) unique to the person using it; (b) capable of identifying such person; (c) created in a manner or using a means under the sole control of the person using it; and (d) linked to the electronic record to which it relates in a manner such that if the record was changed the electronic signature would be invalidated, such signature shall be treated as a secure electronic signature."

(b) the method used is either — (i) as reliable as appropriate for the purpose for which the electronic record was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; or (ii) proven in fact to have fulfilled the functions described in paragraph (a), by itself or together with further evidence. »

[232] Les diverses signatures sous forme électronique peuvent toutes rentrer dans la définition de la signature cette fois-ci, et peuvent donc être admissibles en preuve comme qualité de signature devant le juge. Mais toutes n'ont pas la même force probante. La variété de signatures sous-tend également différents degrés de fiabilité et donc de force probante. Ce qui est sûr est que la *signature électronique sécurisée* est considérée et présumée fiable et équivalente à la signature manuscrite.

[233] Le paragraphe 8(a) détermine les critères fondamentaux que toutes les signatures sous forme électronique devraient satisfaire, à savoir : *l'identification de la personne et son intention* au regard de l'information contenu dans le document électronique.

[234] Le critère de fiabilité prévu au paragraphe 8(b)(i) est une variable qui dépend, selon cette disposition, de l'interprétation en fonction de l'objectif et de toutes les circonstances entourant l'utilisation de la signature en question. Cette condition n'est désormais qu'une alternative de la preuve des faits permettant de satisfaire aux conditions du paragraphe 8(a). Il s'agit donc sans doute de l'inspiration de la Convention de 2005 susmentionnée.

[235] Singapour conserve par ailleurs les dispositions relatives à la *signature électronique sécurisée* (**Section 18 (1)**) en vue d'encadrer nécessairement et non exclusivement les signatures numériques qui sont jusqu'à l'heure les plus fiables technologiquement, tout en émettant des conditions de sécurité les plus génériques possibles, à savoir, la signature électronique doit être :

« (a) unique to the person using it; (b) capable of identifying such person; (c) created in a manner or using a means under the sole control of the person using it; and (d) linked to the electronic record to which it relates in a manner such that if the record was changed the electronic signature would be invalidated, such signature shall be treated as a secure electronic signature. »

[236] On peut remarquer une similarité flagrante entre *signature électronique sécurisée* de l'ETA 2010 et *signature électronique avancée* de la *Directive de l'Union Européenne*³²⁶. En effet, ces conditions se ressemblent largement à celles de la Loi type sur les signatures électroniques et aussi à celles de la *Directive de l'Union Européenne sur le Commerce électronique de 1999*³²⁷ qui, dans son article 2-2, dispose que pour être qualifiée de *signature électronique avancée*, une signature doit : être liée uniquement au signataire; permettre d'identifier le signataire; être créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif; être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable. Une petite différence se trouve dans la quatrième condition. Dans la disposition Singapourienne, la dernière condition subordonne la validité de la *signature électronique sécurisée* à l'intégrité de la signature, alors que celle de la Directive n'impose que la détectabilité de l'altération ou du changement apporté sur la *signature électronique avancée*. Notons aussi que seul ce type de signature électronique sécurisée peut bénéficier d'une présomption de fiabilité³²⁸.

³²⁶ L. BRAZELL, préc., note 310, p. 219, par. 6-142

³²⁷ Dir. 1999/93/CE, 13 déc. 1999, JOCE 19 janv. 2000, L. 13, p. 12 s ; ou voir UNION EUROPEENNE, *Directive européenne sur le commerce électronique*, en ligne : <http://lexinter.net/UE/directive_du_8_juin_2000_sur_le_commerce_electronique.htm> (consulté le 06 mai 2013)..

³²⁸ Singapour, *Electronic Transactions Act*, 2010, préc., note 220, THIRD SCHEDULE, par. 3, (ou Section 19 ETA Singapour 1998)

[237] Concernant le régime de l'autorité de certification, à la différence du droit malaisien, les fournisseurs de services de certification à Singapour sont a priori soumis à un régime volontariste. Ils ne sont pas obligés d'obtenir l'accréditation avant l'exercice de leurs fonctions. Pourtant, l'absence de licence ou l'accréditation leur fait perdre le droit de bénéficier de la présomption juridique quant à la fiabilité de la méthode utilisée dans l'émission des certificats de la signature numérique³²⁹ ainsi que la limitation dans leur responsabilité en tant que l'autorité de certification licenciée ou accréditée³³⁰. Une autorité de certification étrangère (à l'extérieur de Singapour) peut aussi être reconnue sous l'ETA de Singapour et bénéficie des droits et obligations semblables à celle accréditée dans Singapour si elle remplit les mêmes exigences juridiques et techniques³³¹. Tant l'autorité de certification accréditée ou licenciée que l'autorité de certification étrangère reconnue est susceptible d'être soumise à la responsabilité pénale si elle contrevient aux dispositions spécifiques relatives aux procédures de sécurité³³².

[238] L'ECA 2000³³³ des Philippines est en vigueur depuis juin 2000. Cette Loi tente de régir les signatures électroniques de toutes sortes de documents y compris les transactions avec le

³²⁹ *Id.*, THIRD SCHEDULE, par. 4, (ou Section 21 ETA Singapour 1998)

³³⁰ *Id.*, THIRD SCHEDULE, par. 10 et 11, (ou Section 44 et 45 ETA Singapour 1998). Voir également ASSAFA ENDESHAW, «The Singapore E-Commerce "Code"», (1999) 8 *Information & Communications Technology Law* 189., p. 196 et 197 ; Voir aussi TER KAH LENG, «New laws on E-commerce: Singapore», (1999) 15 *Computer Law & Security Report.*, p. 11, Colonne 1, par. 1.

³³¹ Singapour, *Electronic Transaction Act*, 2010, préc., note 220, Section 22(3), (ou Section 43 ETA Singapour 1998)

³³² Singapour, *Electronic Transaction Act*, 2010, préc., note 220, Section 22(4): "Regulations made under this section may provide that a contravention of a specified provision shall be an offence and may provide penalties for a fine not exceeding \$50,000 or imprisonment for a term not exceeding 12 months or both."

³³³ Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22.

gouvernement³³⁴. Dans sa section 5(e), la signature est définie d'une manière large et se lit comme suit :

« **“Electronic Signature”** refers to any distinctive mark, characteristic and/or sound in electronic form, representing the identity of a person and attached to or logically associated with the electronic data message or electronic document or any methodology or procedures employed or adopted by a person and executed or adopted by such person with the intention of authenticating or approving an electronic data message or electronic document. »

[239] La signature électronique a ici une signification très large qui pourrait englober toutes marques ou caractéristiques distinctives ainsi que le son ou message vocal ou même le geste ritualisé³³⁵. Cette définition a été qualifiée comme non habituelle et la plus large comme définition de signature électronique parmi les législations tant en Europe qu'en Asie-Pacifique ainsi qu'en Amérique du Nord, qu'on peut lire l'auteur Lorna Brazell comme suit : *“The definition of electronic signature is an unusual one”*³³⁶ (...) *“it is the broadest and most flexible definition of electronic signature in any of the legislation surveyed here”*³³⁷.

[240] Notons d'emblée que ce ne sont pas toutes les signatures, qu'emmagasine cette définition, qui sont toutes reconnues légalement. Il leur faut remplir d'autres conditions qui sont prévues à la section 8 du présent texte pour qu'elles soient équivalentes à leur homologue sur papier :

« **Sec. 8. Legal Recognition of Electronic Signatures.** - An electronic signature on the electronic document shall be equivalent to the signature of a

³³⁴ *Id.*, Section 27.

³³⁵ L. BRAZELL, préc., note 310, p. 219, par. 6-138.

³³⁶ *Id.* p. 219, par. 6-137

³³⁷ *Id.* p. 219, par. 6-138

person on a written document if that signature is proved by showing that a prescribed procedure, not alterable by the parties interested in the electronic document, existed under which -

(a) A method is used to identify the party sought to be bound and to indicate said party's access to the electronic document necessary for his consent or approval through the electronic signature; (b) Said method is reliable and appropriate for the purpose for which the electronic document was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement; (c) It is necessary for the party sought to be bound, in order to proceed further with the transaction, to have executed or provided the electronic signature; and (d) The other party is authorized and enabled to verify the electronic signature and to make the decision to proceed with the transaction authenticated by the same. »

[241] Il s'agit des conditions à satisfaire pour qu'une signature électronique puisse être reconnue comme équivalente à la signature manuscrite. Ces conditions ne reflètent pas l'exigence habituelle de la fiabilité d'une signature numérique faisant appel à l'infrastructure à clé publique. Et elles sont technologiquement neutres mais ne sont pas aussi claires, surtout la dernière condition qui est difficilement compréhensible : *« l'autre partie est autorisée à vérifier la signature électronique »*.

[242] Notons que ces conditions ne sont pas d'ordre obligatoire. L'accord des parties, par l'application de la section 38 ECA 2000, peuvent aussi les varier selon leur gré.

[243] Les signatures électroniques remplissant ces conditions bénéficient d'une présomption juridique en vertu de laquelle la signature est réputée provenir de la personne pour qui la signature a été faite et que la signature électronique a été apposée par cette personne avec l'intention de signer ou d'approuver le document électronique, à moins que la personne se basant sur le document signé électroniquement sache ou ait des avis de défauts ou de manque de fiabilité de la signature ou le recours à la signature électronique n'est pas raisonnable dans les circonstances :

« **“Sec. 9 Presumption Relating to Electronic Signatures.** - In any proceedings involving an electronic signature, it shall be presumed that -
(a) The electronic signature is the signature of the person to whom it correlates; and
(b) The electronic signature was affixed by that person with the intention of signing or approving the electronic document unless the person relying on the electronically signed electronic document knows or has notice of defects in or unreliability of the signature or reliance on the electronic signature is not reasonable under the circumstances. »

[244] Cette présomption nous semble redondante ou répétitive sans aucun apport juridique supplémentaire dans la mesure où cette présomption est aussi les conditions à remplir pour devenir une signature électronique légalement reconnue.

[245] En bref, cette législation des Philippines est un texte neutre technologiquement, sans aucune référence à une technologie particulière, d’où l’absence de dispositions relative au fournisseur de service de certification.

[246] L’ETA 2001 de la Thaïlande quant à elle s’inspire beaucoup des deux lois types de la CNDUCI quant à la définition et au régime de la signature électronique. Un décret royal séparé où serait précisé le champ d’application n’a jusqu’à date pas encore vu le jour. Cette loi a, amendée en 2008, inclus dans sa section 4 une définition large de la signature électronique qui peut se présenter sous forme de lettre, caractère, numéro, son ou d’autre symbole électronique, qui permet d’associer une personne au message de données tout en indiquant l’identification de la personne et son approbation quant au contenu du présent message :

« **“Electronic signature”** means letter, character, number, sound or any other symbol created in electronic form and affixed to a data message in order to establish the association between a person and a data message for the purpose of identifying the signatory who involves in such data message and showing that the signatory approves the information contained in such data message. »

[247] Deux conditions peuvent être déduites de cette définition : d'une part l'*identification du signataire* et son *approbation* quant au contenu du message de données. Toutes ces formes de signatures ne sont pas forcément reconnues comme valides, à moins qu'elles soient créées par les méthodes suffisamment fiables au regard de l'objectif de création ou de transmission d'un message de données et des circonstances ou des accords des parties³³⁸. La fiabilité d'une ou des méthode(s) utilisée(s) peut être présumée si les conditions suivantes sont satisfaites : *premièrement*, les données de création de cette signature sont liées uniquement au signataire ; *deuxièmement*, ces données sont sous l'unique contrôle du signataire ; *troisièmement*, toute altération faite à la signature électronique après le moment de la signature est détectable; et *quatrièmement*, s'il est de l'obligation légale pour la signature de garantir l'intégrité de l'information, toute modification faite à la signature électronique doit être détectable³³⁹.

[248] Il semble que, jusqu'à date, seule la signature numérique faisant appel à l'infrastructure à clé publique peut satisfaire ces conditions et donc jouit de cette présomption de fiabilité.

[249] Le régime relatif à la reconnaissance des autorités de certification est volontariste. L'exercice de cette profession de fournisseur de services de certification peut se faire sans

³³⁸ Thaïlande, *Electronic Transaction Act*, préc., note 252, ancienne version de la Section 9 : « Section 9. In the case where a person is to enter a signature in any writing, it shall be deemed that a data message bears a signature if: (1) a method is used which is capable of identifying the signatory and indicating that the signatory has approved the information contained in the data message as being his own; and (2) such method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or sent, having regard to surrounding circumstances or an agreement between the parties. »

³³⁹ *Id.*, ancienne version de la Section 26 : « An electronic signature is considered to be a reliable electronic signature if it meets the following requirements: (1) the signature creation data are, within the context in which they are used, linked to the signatory and to no other person; (2) the signature creation data were, at the time of signing, under the control of the signatory and of no other person; (3) any alteration to the electronic signature, made after the time of signing, is detectable; and (4) where a purpose of the legal requirement for a signature is to provide assurance as to the completeness and integrity of the information and any alteration made to that information after the time of signing is detectable. The provision of paragraph one does not limit that there is no other way to prove the reliability of an electronic signature or the adducing of the evidence of the non-reliability of an electronic signature. »

aucune autorisation préalable, sauf dans le cas où il est nécessaire pour le renfort de fiabilité et de confiance au regard des systèmes de message ou pour prévenir les désavantages pour le public. Dans cette hypothèse, la Commission peut proposer l'adoption d'un Décret Royal exigeant que l'opération des services de certification soit, dans des cas particuliers, l'objet d'une notification, d'enregistrement ou de licence préalable³⁴⁰. Mais jusqu'à date, aucun décret n'a été rendu à cet effet. Les signatures électroniques issues du certificateur étranger sont également reconnues sur le territoire thaïlandais si elles sont créées par un système aussi fiable que ceux requis par l'ETA de la Thaïlande³⁴¹.

[250] La *Law on e-Transaction 2005* (LET 2005)³⁴² du Vietnam, dispose quant à elle comme suit :

« **Article 21** *E-signatures*

1. An e-signature shall be created in the form of words, script, numerals, symbols, sounds or in other forms by electronic means, logically attached or associated with a data message and shall be capable of certifying the person who has signed the data message and certifying the approval by such person with respect to the content of the signed data message.
2. An e-signature shall be deemed to have been secured if such e-signature satisfies the conditions specified in article 22.1 of this Law.
3. E-signatures may be certified by an organization providing e-signature certification services. »³⁴³

[251] Il s'agit d'une définition assez permissive de la signature comme celle en droit philippin. Selon cette disposition, peuvent être considérés comme signature électronique des mots, de l'écriture, des chiffres, des symboles, des sons ou d'autres formes par des moyens

³⁴⁰ Thaïlande, *Electronic Transaction Act*, préc., note 252, Section 35.

³⁴¹ *Id.*, Section 31(3). ETA amendé 2008

³⁴² Vietnam, *Law on E-Transaction*, préc., note 248.

³⁴³ *Id.*, Article 21.

électroniques qui sont logiquement attachés ou associés au message de données. La signature électronique doit aussi être capable de certifier l'identité du signataire et son approbation sur le contenu de message de données signé. Ces dernières conditions sont reprises par le Décret d'application de 2006³⁴⁴.

[252] Le paragraphe 2 de cet article se réfère aux signatures électroniques sécurisées dont les conditions sont prévues à l'article 22.1 de la présente loi. Ce dernier dispose que :

« **Article 22** *Conditions for ensuring security for e-signatures*

1. An e-signature shall be deemed to be secured if it is verified by a security verifying process agreed by the parties to the transaction and satisfies the following conditions:

(a) The data creating the e-signature solely attaches to the signatory in the context in which such data is used; (b) The data creating the e-signature is only under the control of the signatory at the time of signing; (c) All changes in the e-signature after the time of signing are detectable; (d) All changes in the contents of the data message after the time of signing are detectable. »

[253] Cette disposition impose les quatre conditions : *1. La signature électronique est uniquement liée au signataire 2. Elle est sous le contrôle exclusif du signataire 3. Toutes modifications portant sur la signature électronique après la signature est détectable et 4. Toutes modifications quant aux contenus du message de donnée après la signature est détectable.* Ces conditions ressemblent considérablement à celles prévues par la Loi type de la CNUDCI.

[254] Comme ce qui est mentionné plus haut, cette Loi de 2005 reconnaît le principe de la neutralité technologique par la mention même de son article 5. L'approche choisie par cette loi

³⁴⁴ Vietnam, *Decree on E-Commerce*, préc., note 249, "Article 10.- Legal validity of e-signatures : An e-document shall be regarded as having a signature of a party if: 1. A method has been applied for identifying the signatory to the e-document and indicating such signatory's approval of the information contained in the signed e-document. 2. The above-said method is sufficiently reliable for the purpose of creating and interchanging e-documents, in the light of all relevant circumstances and agreements."

est encore plus libérale par le fait qu'elle procure une pleine liberté aux parties d'utiliser ou pas les signatures électroniques ; qu'il leur appartient de choisir les signatures électroniques certifiées ou non certifiées et qu'il leur revient de choisir le fournisseur de services de certification approuvé ou pas par le gouvernement (article 23), à la différence de la situation qu'on peut trouver dans le droit malaisien. Il s'ensuit logiquement qu'elles ont l'obligation de vérifier la fiabilité de la méthode utilisée et d'assumer les risques qui pourraient en résulter (articles 25 et 26).

[255] L'État du Vietnam reconnaît aussi la validité juridique des signatures électroniques et des certificats électroniques étrangers si leur fiabilité est équivalente à celle des signatures électroniques et certificats spécifiés par la présente loi. Et cette fiabilité doit être évaluée sur la base des normes internationales reconnues par les traités internationaux dont la République socialiste du Vietnam est un membre et sur d'autres facteurs pertinents (article 27). Le Décret de 2007 portant l'application de loi sur le commerce électronique en ce qui concerne les signatures numériques et les services de certification des signatures numériques³⁴⁵, vient y ajouter deux autres conditions à savoir : l'État d'origine où le fournisseur de certification de ces signatures électroniques et certificats électroniques est accrédité, doit être aussi membre ou participant de ces mêmes traités internationaux et ce fournisseur étranger doit avoir un bureau représentatif au Vietnam pour résoudre les problèmes au besoin³⁴⁶.

[256] Le projet de la Loi cambodgienne s'inspire largement de la Loi type sur les signatures électroniques, pour ne pas dire qu'il la reprend intégralement, comme ce que l'on peut voir

³⁴⁵ Vietnam, *Decree Providing Regulations for Implementation of Law on E-Transactions Regarding Digital Signatures and Digital Signature Certification Services*, No. 26-2007-ND-CP, 2007.

³⁴⁶ *Id.*, Article 52(2).

dans les dispositions sur la définition de la signature électronique (Article 4), l'exigence de la signature (Article 7(1) et (2)) et la présomption de fiabilité de la signature électronique (Article 7(3)).

« **Article 4 Definition** : *'Electronic signature'* means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory's approval of the information contained in the data message. » ;

« **Article 7: Signature requirements**

“(1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if an electronic signature is used that is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.

(2) Paragraph 1 applies whether the requirement referred to therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the absence of a signature.

(3) An electronic signature is presumed to be reliable for the purpose of satisfying the requirement referred to in paragraph 1 if: (a) it is uniquely linked to the signatory; (b) it is capable of identifying the signatory; (c) it is created using means that the signatory can maintain under his sole control; and (d) it is linked to the data to which it relates in such a manner that any subsequent change of the data is detectable.

(4) Paragraph 3 does not limit the ability of any person: (a) To establish in any other way, for the purpose of satisfying the requirement referred to in paragraph 1, the reliability of an electronic signature; or (b) To adduce evidence of the non-reliability of an electronic signature. »

[257] La signature électronique est définie d'une manière large avec des conditions fonctionnelles de la signature permettant aux diverses formes de signature électronique de pouvoir les remplir.

[258] Concernant le régime juridique des fournisseurs de services de certification, il semble qu'il s'agisse d'un régime de déclaration préalable, en effet, la partie 4 du projet de loi (Part 4 Certification Services Providers) procure le droit au NiDA (*National Information*

Communications Technology Development Authority) d'émettre des procédures d'opération et des guidelines et instructions à suivre pour les fournisseurs de services de certification.

B. Les critères et différentes méthodes de rédaction de la signature

[259] Suite à l'analyse textuelle relative à la définition de la signature dans chaque État membre, nous trouvons que malgré la variété que présentent des termes/expressions des dispositions législatives régissant des signatures électroniques, on peut identifier deux dénominateurs communs qui forment les deux conditions fonctionnelles de base d'une signature au sens juridique. Ils constituent les critères fondamentaux de la notion de la signature qui nécessitent une étude un peu plus en détail **(a)** avant de mettre en exergue les différentes méthodes législatives dans l'encadrement des signatures électroniques **(b)**.

a) Les critères de la signature

[260] Les dénominateurs communs qui transcendent toutes les définitions fonctionnelles de la signature que nous venons d'étudier sont : *l'identification du signataire et son approbation du contenu du message*. Il s'agit du choix explicite de la CNUDCI par l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique³⁴⁷. Les législations nationales des États membres de l'ASEAN ont toutes adopté ces critères dans la définition de la signature. L'objectif de ces définitions légales consiste à dire que la version électronique ne doit pas nécessairement ressembler à une signature manuscrite. L'équivalence est ici dite fonctionnelle et non matérielle. L'exigence juridique de la signature se limite donc à la reconnaissance d'une signature électronique qui fonctionnellement correspond à la signature manuscrite. Le lien entre la signature et le support

³⁴⁷ CNUDCI, préc., note, p. 41, par. 56 et s.

ou le document peut être basé sur la logique mathématique plutôt qu'« une logique de bon sens »³⁴⁸.

[261] Ces critères fonctionnels de la signature constituent alors les dénominateurs communs permettant aux autres formes de signatures, électroniques ou autres, d'être reconnues juridiquement comme signature.

[262] La première fonction d'*identification* consiste à relier une personne à un texte ou un document. La signature doit identifier ou permettre d'identifier cette personne, en effet, une signature n'identifie pas nécessairement une personne, mais elle peut permettre de l'identifier. D'ailleurs, les signatures manuelles sont souvent illisibles et nécessiteraient des preuves complémentaires pour identifier leurs signataires³⁴⁹. La fonction d'identification ne constitue donc pas une fonction probatoire mais plutôt une fonction symbolique³⁵⁰.

[263] Quant à la seconde fonction d'*approbation du contenu du message*, notons que l'essence légale d'une signature est l'intention dans laquelle elle a été apposée plutôt que sa forme ou son support. Cette intention approuve le contenu du message. C'est pourquoi l'enregistrement sonore aux termes de la loi (définition en droit Vietnamien, Malaisien, Philippin et Thaïlandais) peut également constituer une signature si cette intention est claire dans l'approbation du contenu du message, sans qu'il y ait besoin qu'elle soit sous une forme

³⁴⁸ John D. GREGORY, «Les lois américaines et canadiennes sur les signatures électroniques et quelques réflexions sur la Directive de l'Union Européenne» dans GEORGES CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 413-428, à la p. 416, par. 2, note 12.

³⁴⁹ *Id.* p. 414, par. 2, note 3.

³⁵⁰ Isabelle DAURIAC, *La signature*, Thèse, Paris, Faculté de droit, Université Paris 2, 1997. p. 182.

quelconque³⁵¹. Il convient de noter également que rien dans la forme de la signature ne montre en apparence de l'intention ou le but de son apposition. Ces derniers sont déduits en effet du contexte du document signé. Le contexte circonstanciel de la signature est alors plus important pour sa valeur juridique que ses caractères physiques³⁵².

[264] Ces deux critères ne sont que les éléments de base d'une reconnaissance et d'une admissibilité juridique d'une signature électronique. L'autre critère qui détermine le sort de la valeur juridique (force probante) d'une signature électronique est sa « fiabilité ». Elle sert aux yeux du juge de l'élément de conviction d'assurance de sécurité technique que procure la méthode ou technologie utilisée pour générer une signature. C'est la différence quant à l'approche de l'encadrement de cet élément de fiabilité qui distingue les diverses méthodes législatives des signatures électroniques. En effet, certains textes tentent de l'encadrer d'une manière minimaliste, alors que certains autres identifient une technologie particulière qui permet d'assurer une sécurité technique plus certaine. Une troisième méthode consiste à combiner ces deux approches en embrassant à la fois la signature électronique simple dont la fiabilité est subordonnée à la conviction ou à l'appréciation du juge ou de toute autre autorité, et la signature électronique sécurisée dont la fiabilité est présumée si certaines conditions techniques prévues sont remplies³⁵³. Cette dernière forme de signature est en réalité la signature numérique faisait appel à l'infrastructure à clé publique.

³⁵¹ Voir également John D. GREGORY, « Voice Signatures », 23 août 2012., en ligne : <<http://www.slaw.ca/2012/08/23/voice-signatures/>> (consulté le 12 avril 2013).

³⁵² J.D. GREGORY, préc., note 348, p. 414, par. 2.

³⁵³ R. SORIEUL, préc., note 218, p. 408 et 409.

b) *Les différentes méthodes de rédaction de la signature*

[265] Les approches législatives qu'ont adoptées les instances étatiques en vue de définir et d'encadrer les signatures électroniques que l'on vient de voir, sont en général divisées en trois catégories, à savoir : neutralité technologique, signature numérique et semi-spécifique³⁵⁴. Chaque approche signifie comme suit.

[266] Tout d'abord, la première catégorie est l'approche de neutralité technologique ou minimaliste³⁵⁵. Les lois qui adoptent cette approche procurent à toutes les signatures électroniques leur effet juridique (admissibilité en preuve) en laissant aux tribunaux le pouvoir de décider la force probante de chacune de ces signatures dépendamment de leurs degrés de sécurité technique (fiabilité)³⁵⁶. Dans le cadre des législations des États de l'ASEAN, on peut trouver la loi de 2000 des Philippines que l'on vient d'étudier. En effet, elle a défini la notion de signature électronique d'une manière large dans la section 5(e), et émis des critères de fiabilité d'une signature dans sa section 8 de façon neutre technologiquement, sans aucune référence à une technologie particulière, ni directement ni indirectement. Il en va de même pour la loi Malaisienne de 2006 portant sur le commerce électronique qui adopte aussi une définition large de la signature électronique et sans apporter de préférence à un type de signature particulier. Pourtant, elle se réfère au texte spécifique *Digital Signature Act 1997* en cas de recours aux signatures numériques (Section 9(3) ECA 2006).

³⁵⁴ Mark LEWIS, «Digital Signatures: Meeting the Traditional Requirements Electronically - A Canadian Perspective», (2002) 2 *Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.* 63. p. 75.

³⁵⁵ J.D. GREGORY, préc., note 348, p. 414 et s.

³⁵⁶ M. LEWIS, préc., note 354, p. 75.

[267] Notons enfin que comme cette catégorie de textes législatifs se veut d'être neutre technologiquement, ils disposent des critères quelque peu obscurs tels que « fiabilité suffisante ou raisonnable ou appropriée », « protection adéquate », etc., ce qui constitue parfois une source d'insécurité juridique. Cette approche assure la neutralité technologique mais ne garantit en rien quant à certitude juridique en raison des termes flous.

[268] Deuxièmement, il s'agit de la catégorie législative de l'approche spécifique ou prescriptive³⁵⁷ qui exige explicitement l'utilisation de l'infrastructure à clé publique, communément désignée signatures numériques ou digitales, et que seule cette technologie est reconnue juridiquement valide et bénéficie de la présomption de fiabilité au même titre que la signature sur support papier. Pour cette catégorie, le gouvernement est généralement amené à mettre en place des règles régissant les activités de certification. C'est le cas de loi malaisienne de 1997 portant sur la signature numérique où toutes les activités de certification sont soumises au préalable à l'autorisation de l'État et que seules les signatures électroniques émises par l'autorité de certification accréditée ou licenciée sont présumées fiables et reconnues comme équivalent à la signature manuscrite sur le support papier. Il en va de même pour la loi thaïlandaise de 2002. Ce genre d'approche législative peut être également identifié dans des législations d'Utah, d'Allemagne, d'Italie, etc.³⁵⁸

[269] Notons également que cette approche est communément connue comme le non respect du principe de neutralité technologique. Les législations de cette catégorie vont devenir très

³⁵⁷ Hartini SARIPAN, «Electronic Signature Legislative Models: the Reappraisal of the 'Unfortunate' Divergence », (2009) 3 *The Malayan Law Journal* xx., p. xxiv, par. 2

³⁵⁸ L'exemple repris de Vincent GAUTRAIS, «Signature numérique, Droit et sécurité : pas si sûr !», (2007) *Revue Plan.*, en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/PLAN_2007_Notarius.pdf> (consulté le 12 avril 2013), page 32.

vite obsolètes au travers du temps. Ce qui fait que les objectifs législatifs quant à la prévisibilité et à la stabilité juridiques ne sont pas atteints.

[270] Enfin, c'est l'approche semi-spécifique ou hybride³⁵⁹. Il s'agit de l'approche médiane entre l'approche prescriptive et l'approche de neutralité technologique³⁶⁰. Les lois de cette catégorie, à la différence de l'approche prescriptive, ne spécifient pas une technologie particulière mais laissent la place pour les technologies futures de se développer et de se conformer le cas échéant aux exigences complémentaires³⁶¹. Et à la différence de l'approche de neutralité technologique, les législations hybrides ne sont neutres technologiquement que d'une manière limitée puisque qu'elles émettent également certaines conditions de sécurité à respecter pour les signatures électroniques, sans pour autant indiquer une technologie particulière, mais elles tendent à exiger implicitement les critères de sécurité de l'infrastructure à clé publique comme condition de présomption juridique de fiabilité d'une signature électronique. C'est le cas effectivement des législations de Singapour de 2010, de la Thaïlande de 2002, du Vietnam de 2005 ainsi que le projet de loi cambodgienne de 2009 que nous avons vus précédemment au travers des dispositions prévoyant les caractéristiques de ce qui peut être accepté et admissible comme une signature sous forme électronique, et des dispositions régissant les conditions de présomptions de fiabilité d'une signature électronique ainsi que celles relatives au régime d'exercice et de responsabilité des fournisseurs de services de certification³⁶².

³⁵⁹ J.D. GREGORY, préc., note 348 p. 421, par. 3 et s.

³⁶⁰ H. SARIPAN, préc., note 357, p. xxx, par. 2.

³⁶¹ Christina SPYRELLI, «Electronic Signatures: A Transatlantic Bridge? An EU and US Legal Approach Towards Electronic Authentication», (2002) 2 *JILT.*, par. 3.3.

³⁶² *Infra* Annexe III TABLEAU N°3 : Tableau de comparaison de la notion de signature.

Conclusion du Chapitre 2

[271] Un constat global concerne l'impact que génèrent ces différences, au regard de l'objectif de l'harmonisation de l'ASEAN en droit du commerce électronique. Malgré l'effort qu'investit l'ASEAN dans l'harmonisation du droit du commerce électronique par l'émission d'un guide intitulé « *E-Asean Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure* »³⁶³, la présente étude montre que chaque État membre n'a pas nécessairement suivi à la lettre ces suggestions. Si les législations des États membre de l'ASEAN relatif au formalisme du contrat électronique (écrit et signature) adhèrent aux mêmes principes fondamentaux que sont l'équivalence fonctionnelle et la neutralité technologique, la mise en application de ces derniers ne se font pas d'une manière uniforme et les différences substantielles que l'on retrouve dans les redéfinitions de l'écrit et de la signature montrent que l'objectif de l'ASEAN n'a pas été servi de manière satisfaisante.

[272] En effet les législateurs de ces États se servent de différents moyens pour arriver aux mêmes finalités : équivalence fonctionnelle et neutralité technologique. L'écrit ou la signature remplissant des critères juridiques dans un État membre ne le sont pas nécessairement dans un autre État membre. Ce qui génère une difficulté pratique sur la reconnaissance mutuelle entre les États membres de l'ASEAN des écrits et signatures électroniques. Les juristes en droit des technologies dans un États membre ne sont pas forcément familiarisés avec les dispositions substantielles locales dans un autre État membre. La lisibilité ou la prévisibilité d'une situation juridique relative à la forme électronique d'un acte juridique demeurent floue dès lors que l'on

³⁶³ ASEAN-SECRETARIAT, préc., note 15.

traverse les frontières. Le coût de transaction se verra augmenter dû aux négociations nécessaires pour les parties au contrat international dans la recherche d'une loi applicable.

CONCLUSION DU TITRE 1

[273] Concevoir des critères « objectifs » de l'écrit et de la signature n'est pas aussi facile que de chercher du papier et un stylo ou encore de taper aux claviers. Le caractère objectif des critères de l'écrit et de la signature que s'efforcent de chercher des États membres de l'ASEAN, est devenu très « subjectif » (relatif), car ils varient d'un État à l'autre. La difficulté s'explique par le fait que ces deux concepts sont culturellement et juridiquement dépendants du support physique, surtout le papier, et par les divergences qui se trouvent dans la redéfinition législative de l'écrit et de la signature par les législateurs nationaux pour englober et régir les écrits et les signatures électroniques. Ces deux notions sont déjà bien ancrées dans la perception socio-psychologique au point où l'on aurait du mal à faire comprendre autrement sans altérer cette perception.

[274] Cette difficulté représente une situation problématique quant au passage du monde papier à l'ère électronique. C'est une transition qui a besoin de davantage du temps et d'adaptation. En attendant, l'application de ces critères par les tribunaux engendrerait une autre situation problématique. Il s'agit de la difficulté interprétative par les juges (**Titre 2**).

TITRE 2 – L’interprétation délicate des critères de l’écrit et de la signature conçus par les nouvelles lois

« *We love to watch the federal courts struggle to apply laws written for an offline world to the internet age. Even when Congress adopts new laws to confront problems like e-mail spam and cybersquatting, the dizzying advance of technology has left federal judges scrambling to keep up* »³⁶⁴

[275] L’œuvre d’harmonisation des lois nationales en commerce électronique des États membres de l’ASEAN a mis l’accent sur l’utilisation de la « Convention 2005 de la CNUDCI sur l’utilisation de communications électroniques » comme document de référence³⁶⁵. Celle-ci s’inspire largement des deux Lois types de la CNUDCI, l’une portant sur le commerce électronique de 1996 et l’autre sur les signatures électroniques de 2001. Ces dernières, elles aussi, ont servi comme bases de plusieurs législations nationales du globe, y compris celles de certains des États membres de l’ASEAN, dont l’*Electronic Transactions Act* de 1998 de Singapour, reconnu comme le premier pays qui adopte la Loi type sur le commerce électronique, ainsi que celle du Canada³⁶⁶, celle des États-Unis³⁶⁷, etc.³⁶⁸ On pourrait alors

³⁶⁴ N. RAYMOND, préc., note 164.

³⁶⁵ C. CONNOLLY, préc., note 47, p. 315

³⁶⁶ C’est le cas de la *Loi Uniforme sur le Commerce Électronique* de 1999 adoptée par la Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, en ligne : <<http://www.ulcc.ca/fr/lois-uniformes-fr-fr-1/299-commerce-electronique-loi-sur-le/419-commerce-electronique-loi-sur-le-avec-notes>> (consulté le 13 avril 2013).

légitimement supposer que ces législations nationales (ci-après « nouvelles lois » ou « nouveaux textes ») auraient un certain degré de convergence ou de similarité raisonnable, du moins dans le cadre des législations régissant du contrat électronique dans l'ASEAN³⁶⁹.

[276] Partant de cette hypothèse, on constaterait conséquemment que ces nouveaux textes créent une problématique similaire. Celle-ci tourne autour de la difficulté de compréhension, d'interprétation et d'application de ces textes. Cette problématique résulte du constat de l'inapplication de ces nouvelles lois par les juges, soit à cause de l'exclusion de certains actes juridiques de leur champ d'application, soit par omission, ou encore à cause de l'erreur d'interprétation ou de la mauvaise application de ces textes par le juge (**Chapitre 1**). Cette situation reflète un état de rupture entre les nouvelles lois régissant le contrat électronique et la jurisprudence, donc la rupture entre le droit et les faits ; ce qui générerait une très haute insécurité juridique pour les relations contractuelles ayant des médiums électroniques comme moyens de communication, de conclusion et de preuve des contrats, car la loi qui est un moyen pour encadrer les faits et pour dire le droit se révèle lacunaire. Cela nous amène alors à se pencher sur la nécessité de l'analyse de nouveaux textes chapeautés par l'instance internationale (**Chapitre 2**).

³⁶⁷ C'est le cas de la *Uniforme Electronic Transactions Act* de 1999 adopté par *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en ligne : <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act> (consulté le 13 avril 2013).

³⁶⁸ Pour le détail sur les États qui adoptent la Loi type de sur le commerce électronique de 1996, voir : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html (consulté le 12 avril 2013).

³⁶⁹ C. CONNOLLY, préc., note 47, p. 318, par. 7. «There is a reasonable degree of similarity in the electronic commerce law of Member Countries, as the legislation in most countries is based on either the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce or on the project guidelines from the current ASEAN Electronic Commerce Project.»

CHAPITRE 1 – L’analyse jurisprudentielle illustrant la difficulté d’interprétation des nouvelles lois

[277] Dans les lignes qui suivent, nous démontrerons cette difficulté d’interprétation des lois régissant le commerce électronique dans l’ASEAN qui se dégage de deux principaux constats, d’une part, d’erreurs interprétatives dans une partie de la doctrine et certaines décisions (**Section 1**) et d’autre part, de l’omission de mention de ces textes de la part des juges (**Section 2**).

Section 1 – Des erreurs d’interprétation des nouvelles lois

[278] Les erreurs interprétatives des nouvelles lois résultent d’une part de l’approche systématique de l’interprétation « *a contrario* » (**Paragraphe 1**) et d’autre part de la mauvaise compréhension de nouveaux textes (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – L’interprétation a contrario quant au champ d’application des nouveaux textes

[279] Partant de l’idée directrice prévue dans « *e-ASEAN Reference Framework For Electronic Commerce Legal Infrastructure* », inspirée de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique 1996, l’exclusion de certains actes du champ d’application peut se faire dans l’encadrement étatique et certains États membres ont adopté cette approche.

[280] Dans le cadre de l’ASEAN, la plupart des États membres ont élaboré leurs législations avec un champ d’application limité à certains actes. Cette exclusion est susceptible de générer

une possible erreur interprétative, il s'agit de l'interprétation *a contrario* ayant pour effet d'invalider la forme électronique des actes exclus, alors que ce n'était pas le souhait législatif dont le but premier est de promouvoir l'utilisation des nouvelles technologies et favoriser le commerce électronique.

[281] L'erreur interprétative par l'interprétation *a contrario* peut être illustrée non seulement dans le cadre de l'ASEAN (exemple de Singapour) **(A)**, mais également dans un droit étranger (exemple des États Unis) **(B)**.

A. Le cas d'une juridiction de l'ASEAN : Singapour

[282] Les champs d'application des présentes lois sur le commerce électronique des États membres de l'ASEAN ne sont pas uniformes. Mais, ces lois nationales ont généralement pour vocation à s'appliquer à des domaines limités, c'est le cas du Cambodge, de Singapour, du Vietnam, de la Malaisie, et celui de la Thaïlande³⁷⁰. Le questionnement de l'interprétation *a contrario* de ce caractère limitatif du champ d'application n'est donc pas sans importance dans la mesure où il détermine le sort d'une affaire qui serait complètement contradictoire de ce qui devrait être.

[283] En droit singapourien, comme quatre autres États membres mentionnés, l'interprétation *a contrario* semble trouver son sens dans un raisonnement selon lequel les exigences juridiques d'écrit et de signature sont initialement prévues pour les documents papier. Le passage du papier au document électronique se fait à travers le « pont » d'une nouvelle

³⁷⁰ *Supra* Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 – *Le champ d'application des deux principes*. Voir aussi *Infra* Annexe I TABLEAU N°1 : Champ d'application des textes régissant le formalisme du contrat électronique.

législation, en l'espèce l'*Electronic Transaction Act* de 1998 (ci-après l' « ETA 1998 »). Comme l'ETA 1998 émet des conditions et limite son champ d'application pour ce passage, les domaines exclus de son champ d'application ne sont pas autorisés à traverser ce pont pour retrouver la validité selon le droit positif.

[284] Cette erreur interprétative paraissait « commune » puisque l'Avocat général des Chambres de la République de Singapour, Jeffrey Chan Wah Tech, a également, lors de la 8e Assemblée générale de l'« *ASEAN LAW ASSOCIATION* » en 2003 à Singapour, énoncé que tous les actes exclus du champ d'application prévus par la section 4(1) de l'ETA 1998 singapourien ne sont valables que lorsque qu'ils sont faits sous forme papier :

« Thus section 4(1) of the ETA provides that the provisions on electronic contracts do not apply to «any rule of law requiring writing or signatures» in wills, negotiable instruments, and declarations of trust. In relation to contractual transactions, these provisions do not apply to «...(d) any contract for the sale or other disposition of immovable property or any interest in such property, [and] (e) the conveyance of immovable property or the transfer of any interest in immovable property» All these transactions thus can only be valid if entered into through paper documents. »³⁷¹ (Nos soulignements)

[285] Si on peut douter de la valeur juridique ou du poids de ces propos³⁷², cette affirmation paraît pourtant claire et persuasive en raison de l'autorité détenue par son auteur. C'est une façon d'interpréter l'ETA 1998 en négligeant l'objectif premier de l'ETA 1998 qui est de favoriser le commerce électronique en levant les obstacles juridiques liés à l'utilisation des nouvelles technologies.

³⁷¹ J.C.W. TECH, préc., note 240, p. 242.

³⁷² Voir les réflexions qui concernent le poids des commentaires d'un ministre : Charlotte LEMIEUX, «Éléments d'interprétation en droit civil», (1994) 24 *R.D.U.S.*, p. 150 et s. et Charlotte LEMIEUX, «Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste», (1998-99) 29 *R.D.U.S.*, p. 238 et 239.

[286] Cette approche interprétative est similaire à la position de la partie adverse (défenderesse) dans une décision singapourienne. Il s'agit de la décision qualifiée comme « Landmark decision »³⁷³ rendue le 30 mars 2005, entre deux sociétés la *SM Integrated Transware Pte Ltd* (ci-après « SMI » ou « demanderesse ») et *Schenker Singapore Pte Ltd* (ci-après « Schenker » ou « défenderesse »)³⁷⁴.

[287] Cette affaire concerne le contrat de bail d'un entrepôt de produits dangereux. Les négociations entre le propriétaire de l'entrepôt (SMI) et le locataire (Schenker) ont été faites par téléphone, par des rencontres face à face et par courriels : aucun courrier papier n'a été utilisé. Juste avant le commencement d'exécution du contrat, Schenker s'est retiré du bail ; ce qui cause une perte de deux ans de loyer à SMI. Comme les négociations accumulées sont finalement reconnues comme constituant un contrat de bail entre les parties, la question essentielle restante qui nous intéresse est de savoir si l'ensemble des courriels échangés entre les parties peuvent remplir les conditions prévues par la Section 6(d) de *Civil Law Act* de Singapour (ci-après « CLA »)³⁷⁵. En vertu de cette disposition, pour être exécutoire, le contrat de bail doit être constaté par *écrit*, un mémorandum ou une note, et *signé*.

[288] Schenker, défenderesse, prétend que ce contrat de bail, s'il existait, ne serait pas exécutoire (*enforceable*), car les courriels ne remplissaient pas les conditions prévues par la Section 6(d) du CLA, à savoir l'écrit et la signature. En plus, selon lui, bien que les sections 7

³⁷³ Ter Kah LENG, «Concluding leases by e-mail», (2005) 21 *Computer Law & Security Report* 423-426.

³⁷⁴ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd* [2005] SGHC 58, en ligne : <<http://www.commonlii.org/sg/cases/SGHC/2005/58.html>> (consulté le 23 avril 2013).

³⁷⁵ Notons d'emblée que la section 6 du « Civil Law Act Chapter 43 » est une disposition reprise de la section 4 du « Statute of Frauds 1677 » de l'Angleterre, où on peut lire la référence pertinente citée la section 6 : [Cf. 29 *Charles II c. 3 (Statute of Frauds 1677, s. 4) Law of Property Act 1925, s. 40*], en ligne : <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=CompId%3Ac0c6d073-6453-437d-a163-728ec3ccd7e3;rec=0>> (consulté le 13 avril 2013).

et 8 de l'ETA 1998 prévoient respectivement que les documents (*records*) et les signatures électroniques peuvent en général satisfaire aux exigences juridiques de l'écrit et de la signature, l'application de ces dispositions a été particulièrement exclue par la section 4 (1)(d) de l'ETA 1998 pour des contrats relatifs aux biens immobiliers.

« Schenker contended that the e-mail correspondence was not capable of constituting the written evidence of the lease as required by s 6(d) of the CLA. Whilst s 7 of the ETA provided that where a rule of law required information to be in writing, an electronic record would satisfy that rule of law as long as the information contained therein was accessible so as to be usable for subsequent reference, and s 8 provided for electronic signatures to satisfy a rule of law requiring a signature, those sections did not apply to the lease because of the operation of s 4(1) of the ETA. »³⁷⁶

[289] Alors, selon la défenderesse, cette exclusion prévue par la section 4 (1)(d) de l'ETA 1998 a pour effet de rendre ces courriels et d'autres documents électroniques incapables de satisfaire aux exigences de formalisme prévu par la section 6(d) de CLA. Il s'agit ici d'une interprétation *a contrario* de l'ETA 1998 de la partie défenderesse.

[290] Au lieu d'interpréter l'ETA 1998 dans ce sens, la Haute Cour de Singapour, pour contredire cette interprétation *a contrario* et donner tort à la défenderesse, s'est basée d'abord sur l'analyse de la finalité ou de l'intention du législateur dans l'élaboration de l'ETA 1998. Selon la Cour, l'ETA 1998 a été élaboré selon l'approche conservatrice (*preservative approach*) en excluant certains actes juridiques de son champ d'application. Cette approche ne doit pas s'étendre aux domaines contractuels régis par la section 6(d) du CLA. L'ETA 1998 n'a pas pour effet de changer la position de la Common-Law. Le fait que le courriel puisse

³⁷⁶ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 70 et 71

remplir ou pas les conditions d'écrit et de signature devrait être interprété selon la section 6(d) CLA lui-même et non en se basant « aveuglement » sur la section 4 (1) (d) de l'ETA 1998 :

« The ETA does not change the common law position in relation to s 6 of the CLA. Whether an e-mail can satisfy the requirements for writing and signature found in that provision will be decided by construing s 6(d) of the CLA itself and not by blindly relying on s 4(1)(d) of the ETA. »³⁷⁷

[291] Cette position a des partisans. Ainsi, dans le cadre de leur examen de l'ETA 1998, le 25 Juin 2004, l'Infocomm Development Authority et le Bureau du Procureur général (Attorney-General Chamber) de Singapour ont publié un rapport de consultation publique portant sur les exclusions en vertu de la section 4 de l'ETA 1998. Ce document mentionne que :

« Even where legal form requirements apply, exclusions under section 4 may not necessarily prevent such transactions from being done electronically. Electronic records or signatures could still possibly satisfy the legal requirements without reliance on the provisions of the ETA. It would be a matter for legal interpretation whether an electronic form satisfies a particular legal requirement for writing or signature.»³⁷⁸ (Nos soulignements)

[292] La rationalité derrière cette exclusion n'est pas d'exclure ces actes du monde numérique mais comme à l'époque de l'adoption de l'ETA 1998 on était en période où le commerce électronique était au stade infantile, on n'était pas encore capable de mesurer tous les enjeux tant juridiques que techniques quant à l'utilisation de nouvelles technologies qui étaient très évolutives³⁷⁹, le législateur s'est contenté d'exclure des actes qui nécessitent des règles en

³⁷⁷ *Id.*, par. 76

³⁷⁸ *Id.*, par. 76, reprise du passage dans IDA-AGC, préc., note 233, p. 12, para. 2.1.5.

³⁷⁹ *Id.*, p. 13 et s, para. 2.2.

détail ou qui étaient impossibles, eu égard à la réalité circonstancielle, de se faire électroniquement³⁸⁰.

[293] L'exclusion du champ de reconnaissance juridique de l'ETA 1998 n'empêche donc pas que les actes exclus du champ de reconnaissance puissent se faire électroniquement. Elle entraîne tout simplement qu'ils ne pourraient pas bénéficier du régime juridique prévu par l'ETA 1998 ; lorsque la question de la validité juridique de ses formes électroniques se pose, elle se transformera en une question d'interprétation (au cas par cas) qui se retrouve dans la zone grise qui nécessite une « contextualisation ».

[294] C'est en se basant sur ces raisonnements convaincants de la rationalité de l'exclusion en question, que la Cour a décidé en faveur de la validité « possible » de la forme électronique des actes exclus du champ d'application de l'ETA 1998 dès lors que l'interprétation juridique le permet.

[295] Ne pouvant bénéficier du régime juridique de l'écrit et de la signature sous forme électronique prévu par l'ETA 1998, le juge de la Haute Cour de Singapour s'est contenté de se baser sur le droit traditionnel, tel que l'*Intepretation Act* de Singapour³⁸¹ et le *Statute of Frauds*, et sur la jurisprudence anglaise et américaine, afin de définir l'écrit et la signature au regard de la nouvelle technologie. Et selon elle, reconnaître les courriels comme moyen de communication valide juridiquement est une décision juste au regard de la réalité sociale sur la base de la justice et du sens commun d'une telle réalité :

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ Singapour, *Interpretation Act of Singapore*, Cap. 2002 Rev Ed, en ligne : <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%22d941b6c1-05c5-44e6-bd77-dfbb48c7b95c%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0> (consulté le 13 avril 2013).

« I am pleased to be able to come to this conclusion which I think is dictated by both justice and common sense since so much business is now negotiated by electronic means rather than by letters written on paper and, in the future, the proportion of business done electronically will only increase. »³⁸² (Nos soulignements)

[296] Cette approche permissive de la Cour singapourienne à l'égard des nouvelles technologies reçoit des applaudissements de la part la doctrine³⁸³. Cette position est confirmée par la décision rendue par la Cour d'appel en 2009, *Joseph Mathew & Ors v. Singh Chiranjeev & Anor*³⁸⁴. Cette position jurisprudentielle est même confirmée à haute voix par le Ministre Lui Tuck Yew qui a, suite à l'amendement de l'ETA en 2010, clairement prononcé que les actes exclus du champ d'application de l'ETA, s'ils sont sous forme électronique, ne sont pas nécessairement invalides :

« With these exclusions, parties cannot rely on the ETA to satisfy the legal requirements, such as the need for writing or signatures, stipulated for the excluded classes of documents and transactions. However, parties are not prevented from conducting these excluded matters electronically. For instance, the Singapore courts have recognised the use of electronic communications in agreements for the conveyance of land. Similarly, the exclusion of certain matters under the ETA does not invalidate the use of their electronic versions if they are deemed valid under other rules of law, such as in the Rules of Court for the e-filing of Court documents. »³⁸⁵

[297] En somme, au lieu d'interpréter l'ETA 1998 d'une manière *a contrario* qui serait inappropriée/déraisonnable et contraire aux « Justice and common sense », le juge sait adapter

³⁸² *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 85.

³⁸³ T.K. LENG, préc., note 373, p. 426: «The present case represents a valiant attempt on the part of the law to keep up with new business practices as e-Commerce evolves. The decision is timely and consistent with imminent legislative changes.»

³⁸⁴ *Joseph Mathew & Ors v. Singh Chiranjeev & Anor* [2009] SGCA 51 ou [2010] 1 SLR 338, en ligne : <<http://www.commonlii.org/sg/cases/SGCA/2009/51.html>> (consulté le 24 avril 2013).

³⁸⁵ L.T. YEW, préc., note 239.

les anciens textes en les interprétant selon leurs finalités et le contexte dans lequel ils s'appliquent (recherche de l'intention du législateur au moment de l'application) et en tenant compte de la réalité sociale et des changements technologiques (actualiser le sens de l'ancien texte), afin de dire le droit. L'ETA 1998 est alors susceptible d'être perçu ici comme un « dérangement » ou une augmentation de « coût en termes d'interprétation » des dispositions législatives, car malgré tout, le juge sait adapter les anciens textes à la nouvelle réalité.

[298] De toute manière, cette approche interprétative « *a contrario* » n'est d'ailleurs pas si naïve, puisqu'on peut également trouver cette manière de faire dans un État développé tel que les États-Unis.

B. Le cas d'un droit étranger : États-Unis d'Amérique

[299] Dans le même ordre d'idées, l'interprétation *a contrario* d'un champ d'application législatif peut se retrouver dans une décision rendue par la Cour suprême de New York en 2007, entre *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*³⁸⁶.

[300] En bref, cette décision concerne un contrat de vente d'un immeuble qui se fait par les échanges de courriels. Le vendeur a refusé de satisfaire à la demande de l'acheteur d'exécuter le contrat formé, sur le fondement du *Statute of Frauds* qui exige l'écrit signé. Une plainte est alors portée devant la Cour suprême de New York. La question qui se pose devant la Cour est de savoir si *les échanges des courriels peuvent satisfaire aux exigences de l'écrit signé prévues par le « Statute of Frauds »*.

³⁸⁶ *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*, 17 Misc. 3d 914, 847 N.Y.S.2d 416 (Sup 2007), en ligne : <<http://www.internLETibrary.com/pdf/Vista-Developers-VFP-Realty-NY-Sup-Ct.pdf>> (consulté le 24 avril 2013).

[301] La demande d'exécution du contrat de vente immobilière se fonde sur *General Obligation Law of New York* (ci-après « GOL ») GOL par. 5-701 selon lequel l'écrit peut se réaliser sous forme électronique³⁸⁷ ; les échanges des courriels sont alors susceptibles de remplir les conditions de l'écrit signé prévues par le *Statute of Frauds*.

[302] Par contre, le défendeur rétorque que le par. GOL 5-701 (b) ne s'applique qu'aux « contrats financiers qualifiés » et que les contrats de vente immobilière ne font pas parties de cette définition. Cette prétention résulte de l'interprétation de l'intention du législateur au jour de l'amendement du *Statute of Frauds* en 1994, consacré au par. GOL 5-701 (b) qui ne porte que sur les « contrats financiers qualifiés ».

[303] En faisant droit aux prétentions du défendeur, la Cour décide que les échanges des courriels ne peuvent pas satisfaire aux exigences de l'écrit signé prévues par le *Statute of Frauds*. La logique de la Cour se base sur la différence entre GOL par. 5-703 qui régit les transactions immobilières, et GOL par. 5-701 qui concerne les « contrats financiers qualifiés » ; Or l'amendement en 1994 qui prévoit la reconnaissance des communications électroniques permettant de satisfaire aux exigences de l'écrit signé ne couvre que GOL par. 5-701:

« Moreover, as defendants correctly note, the legislative history of the enactment of the amendment which provided for the recognition of electronic communication states in relevant part that the amendment «...shall apply to qualified financial contracts...» L. 1994, c. 467, § 4.

³⁸⁷ New York, *General Obligations Law*, en ligne : <<http://law.onecle.com/new-york/general-obligations/>> (consulté le 03 mai 2013), GOL § 5-701(b)(4): "For purposes of this subdivision, the tangible written text produced by telex, telefacsimile, computer retrieval or other process by which electronic signals are transmitted by telephone or otherwise shall constitute a writing and any symbol executed or adopted by a party with the present intention to authenticate a writing shall constitute a signing.", en ligne <http://law.onecle.com/new-york/general-obligations/GOB05-701_5-701.html> (consulté le 03 mai 2013).

Thus, it is apparent that the intent of the legislature was to amend the method for establishing agreements required to be in writing other than those involving contracts and conveyances concerning real property, which are purposely dealt with in a separate subdivision of Title 5.

The purpose the statute of frauds is to remove uncertainty (...), and to distinguish in real estate sales, provisional «agreements to agree» from final binding contracts. »

[304] Il s'ensuit que, selon la Cour, les actes qui sont exclus du champ d'application d'une disposition reconnaissant les échanges sous forme électronique, sont, *a contrario*, invalides lorsqu'ils sont faits sous cette forme. C'est cette seule base sur laquelle la Cour fonde sa décision, sans se questionner si le courriel peut effectivement remplir les exigences de l'*écrit signé*.

[305] Trois ans plus tard, une position de la division d'appel de la Cour Suprême de New York dans un cas similaire concernant le contrat de vente immobilier est venue contredire cette décision. Il s'agit de la décision *Naldi v. Grunberg* rendue le 5 octobre 2010 par la division d'appel de la Cour suprême de New York³⁸⁸, la Cour a prononcé à l'encontre de la position du défendeur qui tente d'invalider les courriels sur le fondement de l'exclusion du champ d'application de GOL§ 5-701 :

« At the outset of our analysis, we reject defendant's argument that an e-mail can never constitute a writing that satisfies the statute of frauds of GOL § 5-703 («Conveyances and contracts concerning real property required to be in writing»). »³⁸⁹

³⁸⁸ *Naldi v. Grunberg*, 2010 NY Slip Op. 07079 (decided on October 5, 2010), en ligne : <http://www.nycourts.gov/reporter/3dseries/2010/2010_07079.htm> (consulté le 24 avril 2013).

³⁸⁹ *Id.*

[306] Il s'ensuit que la limitation du champ d'application d'une loi qui reconnaît la validité des communications électroniques n'a pas nécessairement pour effet d'invalider les actes exclus de son champ lorsqu'ils se trouvent sous forme électronique. La validité de ces actes sous forme électronique relève de l'interprétation par un juge au cas par cas, au regard des circonstances et de la réalité sociale :

« This approach seems to be consistent with the current weight of authority nationwide (see John E. Theuman, Annotation, *Satisfaction of Statute of Frauds by E-Mail*, 110 ALR5th 277, 283, § 2 ["Courts addressing this question have. . . determined on a case-by-case basis whether the particular e-mail messages . . . satisfy the elements of the applicable Statute of Frauds provision, an approach which may imply acceptance of the general proposition that e-mails can satisfy the Statute of Frauds in a proper case"]).»³⁹⁰

[307] Cette décision montre que l'interprétation *a contrario* est une erreur grossière au regard de la réalité sociale. En effet, la réalité nouvelle oblige le juge d'interpréter le texte en question autrement. Si les arguments du défendeur quant à la logique de la différence entre GOL par. 5-703 qui régit les transactions immobilières, et GOL par. 5-701 ne s'appliquant qu'aux « contrats financiers qualifiés » à son époque de l'amendement (1994), il n'est plus le cas pour aujourd'hui, 16 ans après. En effet, l'e-mail est devenu à l'heure actuelle l'un des moyens de communication les plus courants tant pour la vie personnelle que pour la vie professionnelle.

« In essence, defendant argues that, since the Legislature specifically amended only GOL § 5-701 (which does not apply to «contracts concerning real property» covered by GOL § 5-703) to specify that an e-mail or other electronic communication constitutes a writing — and even then only as to a specifically defined subset of the transactions covered by GOL § 5-701 — the implication is that an electronic communication cannot satisfy the statute of frauds for contracts outside the scope of the amendment. This argument

³⁹⁰ *Id.*, note 14 de la décision.

might have had some plausibility as a matter of statutory construction when GOL § 5-701(b) was first enacted. Sixteen years later, however, with e-mail omnipresent in both business and personal affairs, it is too late in the day to accept it. »³⁹¹ (Nos soulignements)

[308] Là, même en l'absence de la loi fédérale « E-Sign » et la loi newyorkaise de 2002, la réalité sociale peut constituer une source d'argument persuasif dans l'acceptation de l'e-mail comme écrit au sens du droit général des obligations :

« Even in the absence of E-SIGN and the 2002 statement of legislative intent, given the vast growth in the last decade and a half in the number of people and entities regularly using e-mail, we would conclude that the terms «writing» and «subscribed» in GOL § 5-703 should now be construed to include, respectively, records of electronic communications and electronic signatures, notwithstanding the limited scope of the 1994 amendment of the general statute of frauds. »

[309] Ces décisions montrent clairement comment le nouveau texte régissant le contrat électronique est difficile à interpréter en vue d'une bonne application, pour ne pas tomber sous le coup d'erreurs interprétatives. Si les juges newyorkais peuvent commettre cette erreur, les juges des États membres de l'ASEAN le pourraient également.

[310] Si la solution semble claire et convaincante à Singapour, les autres États membres qui adoptent une pareille approche législative pourraient tomber dans ce piège interprétatif. Ils ont intérêt à garder leurs regards très attentifs aux raisonnements et aux solutions proposées dans cet État membre (Singapour) et d'autres pays (tels que le Canada, les États-Unis d'Amérique) qui se sont mis à l'épreuve en premier.

³⁹¹ *Id.*

[311] Pour notre part, nous trouvons que la dernière position, tant dans la décision américaine *Naldi* que celle de Singapour *SM Integrated*, est la plus judicieuse pour le contexte actuel de tous les autres États membres et en faveur des nouvelles technologies que prônent les nouvelles lois.

Paragraphe 2 – Des interprétations erronées des nouveaux textes

[312] La mauvaise application ou l'erreur d'interprétation de la nouvelle loi peut être illustrée tant par l'exemple d'une décision de justice philippine (A) que par celle du Canada, en droit québécois (B).

A. Le cas d'une juridiction de l'ASEAN : Philippines

[313] Le premier cas concerne une décision de la Cour d'appel des Philippines rendue en août 2005, entre une société coréenne, Ssangyong Corporation (vendeuse), et une société philippine, MCC Industrial Sales Corporation (acheteuse).³⁹² Elles ont en 2000 conclu un contrat de vente d'acier inoxydable laminé par le biais de factures pro-forma qui ont été envoyés par fax. Les factures exigent que le paiement soit effectué par le biais d'une lettre de crédit irrévocable (ci-après « L/C ») et que la livraison des marchandises doive être faite après que la lettre de crédit avait été ouverte.

[314] Suite au défaut de l'acheteur d'ouvrir une L/C, malgré des demandes répétées, le vendeur a intenté une action civile en dommages-intérêts en raison de la rupture de

³⁹² *Ssangyong Corp. v. MCC Industrial Sales Corp., et al.* [2005] PHCA 5286, en ligne : <<http://www.asianlii.org/ph/cases/PHCA/2005/5286.pdf>> (consulté le 13 avril 2013).

contrat devant le tribunal régional de première instance (« Regional Trial Court », ci-après « RTC »). Après que le vendeur a terminé la présentation de son cas, l'acheteur a soulevé une exception alléguant que le vendeur avait omis de présenter les originaux des factures pro forma.

[315] Le RTC a estimé que les factures pro forma étaient recevables. La Cour d'appel a confirmé la décision du tribunal de première instance. L'acheteur a donc porté l'affaire devant la Cour suprême des Philippines.

[316] La question qui se pose devant la Cour d'appel comme devant la Cour suprême est de savoir si les « *original print-out copies or photocopies of facsimile or telecopy transmissions documents* » sont des documents électroniques et admissibles en preuve tout en ayant la même valeur juridique que l'original papier, par application du principe d'équivalence fonctionnelle promue par l'ECA 2000.

[317] La Cour d'appel a jugé à tort, selon la Cour suprême, en décidant que la copie imprimée constitue le document électronique au sens des *New Rules on Electronic Evidence*³⁹³, et en conséquence susceptible d'être considérée comme équivalente à un document original conformément à la règle de meilleure preuve (*Best Rule of Evidence*), tant que c'est une copie imprimée ou une production lisible par la vue ou par d'autres moyens, en montrant pour refléter la date exactement³⁹⁴.

³⁹³ Philippines, *Rules on Electronic Evidence of the Philippines*, 2001, en ligne <<http://www.chanrobles.com/rulesonelectronicvidence.htm>> (consulté le 13 avril 2013).

³⁹⁴ *Ssangyong Corp. v. MCC Industrial Sales Corp., et al.*, préc., note 392, p. 8: "Such facsimile printouts are considered Electronic Documents under the New Rules on Electronic Evidence, which came into effect on August 1, 2001. (Rule 2, Section 1 [h], A.M. No. 01-7-01-SC) (...) An electronic document shall be regarded as the equivalent of an original document under the Best Evidence Rule, as long as it is a printout or output readable by sight or other means, showing to reflect the date accurately. (Rule 4, Section 1, A.M. No. 01-7-01-SC)».

[318] La Cour suprême des Philippines a cassé cette décision de la Cour d'appel par un arrêt rendu le 17 octobre 2007³⁹⁵. La Cour suprême constate que la Cour d'appel a mal qualifié les faits et a commis une erreur de qualification relative au document électronique. Selon elle, les copies imprimées ou les transmissions par télécopieur (*facsimile transmissions*) ne sont pas sans papier (*paperless*) mais au contraire elles sont les documents sous forme papier (*paper-based*), qui ne rentrent pas dans la signification des termes « message de donnée électronique » (*electronic data message*) ou « document électronique » (*electronic document*) prévu par l'ECA 2000 ; elles ne sont pas admissibles comme document électronique et ne sont donc pas considérées comme fonctionnellement équivalentes à l'original en vertu de la Règle de meilleure preuve :

« (...) Facsimile transmissions are not, in this sense, «paperless», but verily are paper-based. (...) A facsimile is not a genuine and authentic pleading. It is, at best, an exact copy preserving all the marks of an original. Without the original, there is no way of determining on its face whether the facsimile pleading is genuine and authentic and was originally signed by the party and his counsel. It may, in fact, be a sham pleading. (...) We, therefore, conclude that the terms «electronic data message» and «electronic document», as defined under the Electronic Commerce Act of 2000, do not include a facsimile transmission. Accordingly, a facsimile transmission cannot be considered as electronic evidence. It is not the functional equivalent of an original under the Best Evidence Rule and is not admissible as electronic evidence. Since a facsimile transmission is not an «electronic data message» or an «electronic document», and cannot be considered as electronic evidence by the Court, with greater reason is a photocopy of such a fax transmission not electronic evidence. »³⁹⁶

³⁹⁵ *MCC Industrial Sales Corp. v. Ssangyong Corporation.* - G.R. No. 170633 [2007] PHSC 1218, en ligne <<http://www.asianlii.org/ph/cases/PHSC/2007/1218.html>> (consulté le 13 avril 2013).

³⁹⁶ *Id.*, partie II.

[319] Pour fonder sa décision, tout d'abord, la Cour a souligné que le terme « Origine internationale » dans la section 37 de la Loi se réfère à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (LTCE) et donc à la définition de « message de données » fournies en vertu de la loi type³⁹⁷. La Cour a noté en outre que le Congrès philippin a remplacé le « message de données » (comme dans LTCE) par le terme le « message de données électroniques » et a supprimé de la définition la phrase « mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, télégramme, télex ou télécopie. »³⁹⁸

[320] Compte tenu de cette délibération du Congrès, la Cour a fait valoir que, pour les législateurs nationaux, le terme « message de données électroniques » ne s'applique pas aux « télex ou fax », à l'exception des fax par ordinateur, contrairement à ce qui est retenu pour « message de données » dans la LTCE.

[321] En conséquence, la Cour a conclu que les termes « message de données électroniques » et « document électronique » dans la définition de la Loi ne pouvaient s'appliquer à une transmission de fax qui ne pouvait pas être considérée comme des éléments de preuve électronique. De toute évidence, ce raisonnement est applicable à plus forte raison aux photocopies d'une telle transmission par télécopie³⁹⁹.

[322] Néanmoins, bien que les factures pro forma ne soient pas des preuves électroniques, la Cour a conclu que le vendeur avait prouvé avec une grande évidence (*prépondérance de*

³⁹⁷ *Id.*, partie II.

³⁹⁸ *Id.*, partie II.

³⁹⁹ *Id.*, partie II.

preuve) l'existence d'un contrat de vente et ordonné à l'acheteur de payer des dommages indiqués⁴⁰⁰.

[323] Un autre arrêt de la Cour suprême des Philippines rendu dans la même année va dans le même sens. Il s'agit de la décision relative à l'affaire entre National Power Corp. v. Hon. Ramon G. Codilla, Jr., et al⁴⁰¹ qui décide que la « photocopie » n'est pas « document électronique ». La différence est que cette décision de la Cour n'accepte pas finalement ces documents en raison de l'absence de prépondérance de preuve.

[324] Ces affaires nous font comprendre qu'il est difficile de saisir le sens de la loi que recèle le nouveau texte, la difficulté de compréhension due à la réalité des faits face au nouveau texte; le texte qui tente de régir la nouvelle réalité mais qui est flou dans son sens et sa teneur, ce qui nécessite une interprétation, l'interprétation qui doit tenir compte non seulement de la lettre du texte mais aussi de l'intention du législateur et également de la réalité sociale (élément contextuel).

[325] Cette difficulté fait que les juges de la CA décident par erreur que « le fax » est un document électronique selon l'ECA 2000 des Philippines, donc fonctionnellement équivalent à l'original papier pouvant satisfaire à la règle de meilleure preuve, alors que ce n'est pas du tout le cas selon la Cour suprême des Philippines.

⁴⁰⁰ *Id.*, partie III.

⁴⁰¹ *National Power Corp. v. Hon. Ramon G. Codilla, Jr., et al.* - G.R. No. 170491 [2007] PHSC 417, en ligne <<http://www.asianlii.org/ph/cases/PHSC/2007/417.html>> (consulté le 13 avril 2013).

[326] Cette situation problématique quant à l'erreur interprétative ou mauvaise interprétation nous semble comparable à ce qui s'est passé au Québec en ce qui concerne l'interprétation de la LCCJTI⁴⁰².

B. Le cas d'un droit étranger : Canada (Québec)

[327] La loi québécoise « LCCJTI » est « communément » reconnue comme une des plus complexes législations dans sa forme⁴⁰³. Si les juges n'ont pas beaucoup d'occasions de l'interpréter, certaines réflexions doctrinales et décisions de justice prouvent que ce texte, comme d'autres textes régissant le commerce électronique en ASEAN, est difficile à comprendre et constitue donc une source d'erreur interprétative. L'exemple le plus marquant est l'interprétation de l'article 7 LCCJTI, intégré à l'article 2840 du Code civil du Québec (ci-après « C.c.Q. ») dont la portée soulève de nombreuses difficultés d'interprétation. Cet article stipule que :

« Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document. »

[328] Parmi la doctrine, certains le comprennent comme *une présomption d'intégrité du document électronique*⁴⁰⁴, alors que d'autres (soit la majorité) croient que cette présomption

⁴⁰² Québec, *Loi concernant le cadre juridique des technologies d'information*, préc., note 288.

⁴⁰³ Vincent GAUTRAIS, « Indigestion législative », 24 Juillet 2008., en ligne : <<http://www.gautrais.com/Indigestion-legislative>> (consulté le 13 avril 2013).

⁴⁰⁴ Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533., p. 533 ; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 192-196 ; Marie-Eve BELANGER, « Documents

d'intégrité ne porte pas sur le document en soi, mais seulement sur une partie de ses attributs, à savoir son environnement, y compris : le support, les procédés, les systèmes ou les technologies utilisés pour générer ce document⁴⁰⁵. Quant à nous, nous trouvons que cette dernière interprétation semble la plus juste.

[329] De toute manière, cet article est du moins très difficile à comprendre et ne peut pas être compris séparément des autres articles. Le sens de cet article est surtout intimement lié à la réalité technique relative aux documents technologiques. Pour mieux comprendre cet article, il importe de savoir d'abord de quoi il s'agit le « document » en droit québécois et comment se réalise son intégrité.

[330] En vertu de l'article 3 de la LCCJTI, le document est composé d'*information* et du *support*⁴⁰⁶. Son intégrité, selon l'article 6 de même loi, n'est assurée qu'à partir du moment où « il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue »⁴⁰⁷.

technologiques, copies et documents résultant d'un transfert », dans JurisClasseur Québec, Coll. « Droit civil », *Preuve et prescription*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, par. 47.

⁴⁰⁵ Vincent GAUTRAIS, «Art. 2840 C.c.Q. : l'incompris», 17 Décembre 2007., en ligne : <<http://www.gautrais.com/Art-2840-C-c-Q-l-incompris>> (consulté le 13 avril 2013) ; Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, «Le cadre juridique des technologies de l'information» dans BARREAU DU QUEBEC (dir.), *Développements récents en droit criminel*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, à la p. 13, par. 3 ; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Yvon Blais, 2008., p 280-281 ; Mark PHILLIPS, *La preuve électronique du Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010., p. 46, par. 130 ; Vincent GAUTRAIS et Patrick GINGRAS, «La preuve des documents électroniques», (2010) 22 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 267., p. 302 et s.

⁴⁰⁶ Art. 3 LCCJTI : « 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 transcriposables sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles. (...) »

⁴⁰⁷ Art. 6 LCCJTI ou Art. 2839 C.c.Q.

[331] Il s'ensuit que deux conditions sont à remplir pour obtenir l'intégrité du document ; d'une part la possibilité de vérifier que l'information est maintenue dans son intégralité et n'est pas altérée ; d'autre part le support de cette information procure la stabilité et la pérennité voulue.

[332] Ce qui nous permet de comprendre alors que l'article 7 en question n'établit une présomption d'intégrité que pour cette deuxième condition, à savoir le support, les procédés, les systèmes ou les technologies utilisées pour générer ce document, autrement dit « l'environnement du document », et non pas pour le document lui-même.

[333] D'où lorsqu'une partie prétend de l'existence d'un document électronique (ou technologique)⁴⁰⁸, si elle bénéficie d'une présomption d'intégrité de l'environnement de ce document en vertu de l'article 7 LCCJTI, se doit, au demeurant, de prouver qu'il est possible de vérifier que l'information est maintenue dans son intégralité et n'est pas altérée.

[334] Si la loi procure au document électronique la reconnaissance juridique équivalente au document papier, l'absence de matérialité des écrits électroniques doit être remplacée par une autre condition permettant d'assurer cette équivalence fonctionnelle « équilibrée » entre « ces homologues fictifs ». Le législateur n'a pas l'intention d'incomber une obligation très lourde sur celui qui invoque la preuve électronique, mais ne veut pas non plus que ce soit trop facile pour la preuve électronique⁴⁰⁹. Alors que dans la pratique, le juge ne comprend pas de la sorte. Il ne s'est pas penché sur la spécificité technique des documents électroniques et se livre à une interprétation légère amenant à des erreurs grossières. Nous prenons deux exemples qui

⁴⁰⁸ En suivant l'adage du droit romain « Actori incombis probatio » : la preuve incombe à celui qui la prétend, incorporé dans le Code civil du Québec à l'article 1203, et dans le Code civil français à l'article 1315.

⁴⁰⁹ V. GAUTRAIS, préc., note 405.

illustrent bien cette erreur interprétative. L'un concerne la décision de 2005 *Vandal c. Salvas*⁴¹⁰, l'autre *Stefanovic c. ING Assurances* du 30 avril 2007⁴¹¹.

[335] Les faits dans le premier exemple sont les suivants : la demanderesse, handicapée physiquement, s'est entendue avec le défendeur, son ami d'enfance, de lui verser une somme d'argent chaque semaine pour un investissement en bourse. Trois ans après, elle a appris qu'il n'existait pas le prétendu investissement. Elle a alors porté plainte pour demander le remboursement des sommes accumulées indûment versées au défendeur. La preuve portée devant le tribunal est formée des quatre courriels échangés entre elle et le défendeur.

[336] Le problème qui s'est posé devant le tribunal est de savoir si ces courriels sont les écrits originaux. Sont-ils admissibles en preuve ?

[337] Pour répondre à ces questions et comme les sommes d'argent accumulées dépassent 1500\$, le tribunal invoque entre autres l'article 2862 qui exige la preuve écrite⁴¹², et l'article 2860 C.c.Q. qui exige les originaux ou les copies ou à défaut, malgré la bonne foi et la diligence, la preuve peut être faite par tout moyen⁴¹³. En l'absence des originaux, le tribunal a admis les courriels en question comme commencement de preuve au sens de l'article 2865 C.c.Q., donnant l'ouverture à l'acceptation de la preuve testimoniale⁴¹⁴ ; et le tribunal les a

⁴¹⁰ *Vandal c. Salvas* [2005] IIJCan 40771 QC. C.Q., en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2005/2005canlii40771/2005canlii40771.html>> (consulté le 24 avril 2013), par. 5.

⁴¹¹ *Stefanovic c. ING Assurances*, 2007 QCCQ 10363 (CanLII), du 30 avril 2007, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2007/2007qccq10363/2007qccq10363.html>> (consulté le 21 avril 2013).

⁴¹² *Vandal c. Salvas*, préc., note 410, par. 5.

⁴¹³ *Id.*, par. 11.

⁴¹⁴ *Id.*, par. 17 et 18.

considérés comme document technologique au sens de l'article 2855 C.c.Q.⁴¹⁵ Et sur le fondement des trois articles 2838, 2839 et 2840 C.c.Q., surtout l'article 2840 C.c.Q., le tribunal a décidé que la demanderesse n'avait pas à prouver l'intégrité de ces quatre documents technologiques, compte tenu que le défendeur n'a pas contesté l'admissibilité de ces documents sous l'aspect de leur intégrité⁴¹⁶.

[338] En décidant ainsi, le tribunal a considéré la présomption d'intégrité prévue par l'art. 2840 C.c.Q. comme portant non seulement de l'environnement du document électronique, mais également de l'information que ce dernier porte. D'où la mauvaise compréhension de l'article 2840 C.c.Q., puisque le tribunal devrait en réalité, au « vrai » sens de l'article 2840 C.c.Q., exiger de la demanderesse une preuve qui permet de vérifier que l'information contenue dans les courriels est maintenue dans son intégralité et n'en est pas altérée. Le droit est alors en rupture avec la jurisprudence !

[339] Dans le deuxième exemple⁴¹⁷, les faits concernent le contrat d'assurance automobile liée au contrat de location d'une auto. La preuve des stipulations contractuelles sous forme de fichier informatique a été relevée par la Compagnie d'assurance ING, la défenderesse. Les objections des demandeurs se sont fondées sur deux raisons principales : d'une part, il ne s'agit pas de la meilleure preuve puisque ING tente de démontrer que le courtier a été avisé de

⁴¹⁵ *Id.*, par. 18.

⁴¹⁶ *Id.*, par. 22 : « Conformément à l'article 2840 précité, la demanderesse n'avait pas l'obligation de prouver l'intégrité des quatre documents technologiques produits en preuve, compte tenu que le défendeur n'a pas contesté l'admissibilité de ces documents sous l'aspect de leur intégrité, en la manière prévue au quatrième paragraphe de l'article 89 du Code de procédure civile».

⁴¹⁷ *Stefanovic c. ING Assurances*, préc., note 411.

sa position; et d'autre part, les garanties de fiabilité prévues aux dispositions de la LCCJTI⁴¹⁸.

Pour rejeter ces objections, le tribunal a décidé comme suit :

« [65] Le tribunal est d'avis que le document dont l'admissibilité est contestée est un document technologique au sens de l'article 3 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

[66] Il n'y a pas eu de preuve d'une atteinte à l'intégrité du document. Par conséquent, ING n'a pas à démontrer que le support du document ou que les procédés utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, le tout conformément à l'article 7 de la loi précitée.

[67] L'objection fondée sur l'absence de démonstration de garantie de fiabilité est rejetée. »

[340] Comme ce qu'a bel et bien mentionné le professeur Vincent Gautrais, le tribunal a pris le « problème à l'envers » et n'avait pas compris l'article 7 LCCJTI (Art. 2840 C.c.Q.) comme ce qu'il faudrait⁴¹⁹. En effet, le tribunal a tenu la présomption de l'intégrité du support ou des procédés utilisés, autrement dit « l'environnement du document », comme la conséquence de l'absence de preuve d'une atteinte à l'intégrité du document, alors qu'il incombe de prime abord à celui qui invoque le document électronique comme preuve de prouver que l'information qu'il contient est maintenue dans son intégralité et n'en est pas altérée et qu'il bénéficie d'une exemption de prouver l'intégrité de l'environnement. Seulement s'il y a la prépondérance de preuve contraire de la partie adverse, qu'il lui incombera à prouver l'intégrité de cet environnement. Cette exemption n'est donc pas la conséquence de l'absence de preuve d'atteinte à l'intégrité de document par la partie adverse.

[341] En décidant ainsi le tribunal avait compris à l'envers le sens de l'article 2840 C.c.Q. ou l'article 7 LCCJTI. D'où l'erreur interprétative commise par les juges.

⁴¹⁸ *Id.*, par. 47

⁴¹⁹ V. GAUTRAIS, préc., note 405.

Section 2 – L’omission de mention de nouvelles lois

[342] Le problème interprétatif des nouveaux textes peut résulter du constat de l’absence de mention de ces textes, malgré qu’ils soient en vigueur (**Paragraphe 1**). Cela nous amène à une évidente question : *pourquoi les juges ont-ils omis de les mentionner ?* (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Le constat de l’absence de mention de nouvelles lois

[343] Dans les cas que nous présentons, les juges ignorent complètement la présence de la nouvelle loi en s’abstenant de la mentionner. Sur ce, on présentera quatre décisions assez récentes, la première se passe à Singapour (**A**), la deuxième à l’Alberta et les deux dernières aux États-Unis (**B**).

A. Le cas d’une juridiction de l’ASEAN : Singapour

[344] Le premier cas concerne une décision de la Haute Cour de Singapour rendue entre Singh Chiranjeev & autres (acheteurs) et Joseph Mathew & autres (vendeurs), le 28 novembre 2008⁴²⁰. Si cette décision a fait l’objet d’un appel en 2009 à l’issue duquel une autre décision confirmative⁴²¹ a pris des analyses en invoquant l’ETA 1998, la présente décision demeure une référence pour notre analyse quant au constat d’absence de rappel de l’ETA 1998.

⁴²⁰ *Singh Chiranjeev & Anor v. Joseph Mathew & Ors* [2008] SGHC 222, en ligne : <<http://www.commonlii.org/sg/cases/SGHC/2008/222.html>> (consulté le 24 avril 2013).

⁴²¹ *Joseph Mathew & Ors v. Singh Chiranjeev & Anor*, préc., note 384.

[345] Dans les faits de cette décision, les acheteurs, par l'intermédiaire de l'agent des vendeurs, leur proposent une première offre d'achat que ces vendeurs refusent. Les acheteurs ont par la suite fait une seconde offre verbalement d'acheter le même immeuble et ont remis un chèque de paiement d'un pourcent du prix de l'achat. Quelques jours plus tard, l'agent les a informés que les vendeurs ont accepté cette dernière offre et leur a faxé l'option d'achat, et a déposé le chèque d'un pourcent du prix dans le compte des vendeurs. L'agent a ensuite envoyé un courriel aux vendeurs pour les informer que le chèque a été déposé selon leurs instructions. Après, les vendeurs ont changé d'avis et décidé de ne plus vendre l'immeuble et ont même tenté de retourner le chèque d'un pourcent du prix déjà déposé qui a été refusé par les acheteurs. Comme les vendeurs refusaient toujours la vente, les acheteurs avaient intenté une action contre eux devant la Haute Cour de Singapour.

[346] Devant la Cour, les demandeurs exigent aux vendeurs d'exécuter le contrat de vente d'immeuble apparemment formé par les échanges de courriels lus ensemble avec un chèque. Alors que les défendeurs ont prétendu qu'il n'y avait pas suffisamment de memorandum prouvant la vente en question au sens de la section 6(d) de CLA qui émet les conditions de l'*écrit signé*. La Cour devait alors répondre à la question de savoir si les exigences de la section 6(d) CLA (écrit signé) sont remplies par les échanges de courriels, lus ensemble avec un chèque, par rapport à l'achat/vente d'une propriété immobilière.

[347] La Haute Cour a décidé que les courriels, lus ensemble avec un chèque qui a été déposé dans le compte bancaire du vendeur, étaient suffisants pour constituer un memorandum écrit de l'accord de vendre de l'immeuble au sens de la section 6 (d) CLA :

« I therefore find that the e-mails, read with the 1% cheque, are sufficient to constitute written memoranda of the binding agreement to sell the Property.

They clearly set out the parties' identities, the Property, the sale price and the other material terms of the contract. The 1% cheque reinforces the e-mails and proves that the deposit was actually received and accepted by the first defendant. Section 6(d) of the Civil Law Act was complied with and the plaintiffs' claim stands. »⁴²²

[348] Pour décider ainsi, la Cour n'a aucunement rappelé la législation (ETA 1998) régissant les transactions par les moyens électroniques tels que les échanges de courriels. Pour éviter d'interpréter ce texte, tout au long de ses raisonnements relatifs aux conditions de l'écrit signé, elle ne cite que la décision qu'elle a rendue en 2005 *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*⁴²³ comme fondement principal de sa décision. Les notions de l'écrit et de la signature n'ont pas été clarifiées – la Cour les a expliquées d'une manière brève et hâtive et a accepté les courriels comme « écrit signé », trop facilement sans s'attarder sur leurs conditions respectives (écrit et signature) que devraient remplir ces courriels. Elle épargne l'interprétation faite dans la décision de 2005.

[349] Cette absence de mention peut nous faire croire que le juge de la Haute Cour présuppose l'inapplicabilité de la loi en question en raison de l'exclusion du type d'acte en cause de son champ d'application et se contente de l'ignorer complètement.

B. Le cas de droits étrangers : Canada et États-Unis d'Amérique

a) Canada : Leoppky c. Meston (2008)

⁴²² *Id.*, par. 38.

⁴²³ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

[350] On a également pu constater ce même comportement jurisprudentiel dans la décision albertaine récemment rendue dans une affaire entre un couple non marié (Leoppky et Meston)⁴²⁴. Ces derniers avaient acheté une maison en indivision à Edmonton. Après des années de vie commune jusqu'en 2006, ce couple finit par se séparer. Les deux parties s'arrangent pour le partage des biens, y compris la maison (bien indivis), qui s'accumulent durant la vie commune, par l'intermédiaire de leurs amis respectifs qui se communiquent par échange des courriels. Le demandeur, Leoppky, après avoir exécuté ses obligations selon l'accord, demande à Meston, la défenderesse, d'accomplir les siennes. Cette dernière a refusé de le faire. L'existence de l'accord issue de l'arrangement entre les parties n'existe que dans les courriels échangés.

[351] Comme le cas qui précède, la question intéressante qui se pose est de savoir si l'accord en cause satisfait aux conditions d'écrit et de signature en vertu du *Statute of Frauds*⁴²⁵. Pour cette question, la juge Read décide que l'accord constaté par des courriels échangés peut satisfaire aux exigences de l'écrit et de la signature du *Statute of Frauds*. Pour arriver à cette conclusion, la juge Read s'est basée sur l'*Interpretation Act* de l'Alberta, la jurisprudence canadienne, américaine et anglaise, la doctrine, et l'*Interpretation Act* de l'Ontario, même si ce dernier texte est déjà abrogé depuis 2007⁴²⁶, alors que l'*Electronic Transaction Act* de 2001 de l'Alberta⁴²⁷ n'a été point mentionné.

⁴²⁴ *Leoppky c. Meston*, 2008 ABQB 45 (CanLII), en ligne : <http://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2008/2008abqb45/2008abqb45.html> (consulté le 13 avril 2013).

⁴²⁵ Ce *Statute of Frauds* a la même origine que *Civil Law Act* de Singapour.

⁴²⁶ *Leoppky c. Meston*, préc., note 424, par. 36.

⁴²⁷ Alberta, *Electronic Transactions Act*, préc., note 270.

[352] Un reproche mérite d'être formulé à l'égard de cette omission, puisque l'ETA albertain a été élaboré pour définir et encadrer l'écrit et la signature dans le contexte électronique afin d'assurer l'équivalence fonctionnelle avec leurs paires, l'écrit et la signature sur papier⁴²⁸.

[353] Les critères émis par cette loi pour l'écrit et la signature sous forme électronique⁴²⁹ n'ont pas été interprétés et appliqués par cette présente décision. Les notions de l'écrit et de la signature sont pourtant interprétées d'une manière large pour englober l'écrit et la signature par courriels sur le fondement de l'*Interpretation Act* de l'Alberta, la jurisprudence canadienne, américaine et anglaise, la doctrine, et la défunte loi « *Interpretation Act* » de l'Ontario⁴³⁰.

[354] Encore une fois, ceci démontre la difficulté que représente l'ETA dans son interprétation et son application, comme ce qu'a clairement énoncé le professeur Gautrais que : « cette décision intéressante illustre bien la difficulté d'interprétation de nouveaux textes pour encadrer de nouvelles situations. »⁴³¹.

⁴²⁸ Alberta, *A Guide To Alberta's Electronic Transactions Act*, 2003, p. 3, par. 1 «Where Alberta laws or common law require written and/or signed records, the ETA ensures that electronic communications can be used and have the same legal status as written communications», en ligne : <<http://www.assembly.ab.ca/lao/library/egovdocs/alis/2003/143290.pdf>> (consulté le 13 avril 2013).

⁴²⁹ Alberta, *Electronic Transactions Act*, préc., note 270, **Sec. 11**: “*Legal requirement that information or record be in writing*: A legal requirement that information or a record be in writing is satisfied if the information or record is (a) in electronic form, and (b) accessible so as to be usable for subsequent reference.”, and **Sec. 16**: “*Legal requirement that record be signed*: 16(1) Subject to subsection (2) and section 22, a legal requirement that a record be signed is satisfied by an electronic signature. (2) If a record is prescribed for the purposes of this subsection or belongs to a class prescribed for those purposes, the legal requirement that the record be signed is satisfied by an electronic signature only if in light of all the circumstances (a) the electronic signature is reliable for the purpose of identifying the person, and (b) the association of the electronic signature with the relevant record is reliable for the purpose for which the record was created.”

⁴³⁰ *Leopky c. Meston*, préc., note 424, par. 33-46.

⁴³¹ V. GAUTRAIS, préc., note 1, p. 396, par. 4.

b) États-Unis d'Amérique : *Rosenfeld v. Zerneck* (2004) et *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC* (2007)

[355] On peut trouver la même problématique dans au moins deux autres décisions qui sont cette fois-ci celles rendues aux États-Unis. Il s'agit de deux décisions de justice rendues par la Cour suprême de New York : l'une est *Rosenfeld v Zerneck*, rendue en 2004⁴³², et l'autre est *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*, rendue 2007⁴³³.

[356] Les faits dans ces deux décisions sont sensiblement similaires. Ils concernent les contrats de ventes immobilières où les échanges des courriels sont le moyen principal de communication pour la négociation et l'expression du consentement. Ils posent pareillement une principale question juridique, qui nous concerne et qui est de savoir si les courriels peuvent remplir les conditions de l'écrit signé en vertu de *Statute of Frauds*. La première décision arrive à une conclusion selon laquelle les courriels peuvent constituer l'écrit signé au sens de *Statute of Frauds*, alors que la deuxième dit le contraire.

[357] Ces deux décisions contradictoires résultent de l'incertitude qui persiste depuis l'amendement de *Statute of Frauds* en 1994 quant à la question de savoir si les actes exclus du champ de reconnaissance des formes électroniques sont susceptibles d'être valides lorsqu'ils sont sous forme électronique.

[358] L'amendement de 1994 a pour finalité de mettre à jour la disposition et de répondre au développement technologique en reconnaissant la validité juridique d'une part de l'écrit fait aux moyens technologiques tels que télex, télécopie, récupération d'ordinateur, ou tout autre procédé par lequel des signaux électroniques sont transmis par téléphone ou autrement ; et

⁴³² *Rosenfeld v Zerneck*, 4 Misc. 3d 193, 776 N.Y.S.2d 458, 2004 N.Y. Misc. LEXIS 497 (2004).

⁴³³ *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*, préc., note 386.

d'autre part de la signature conçue sous forme de symbole choisi ou adopté par une partie avec l'intention d'authentifier un écrit :

« For purposes of this subdivision, the tangible written text produced by telex, telefacsimile, computer retrieval or other process by which electronic signals are transmitted by telephone or otherwise shall constitute a writing and any symbol executed or adopted by a party with the present intention to authenticate a writing shall constitute a signing. »⁴³⁴ (Nos soulignements)

[359] Il couvre littéralement GOL 5-701, alors que les ventes immobilières se trouvent dans GOL 5-703. La première décision adopte une approche large dans l'interprétation du champ d'application de la GOL 5-701 (b) (4) qui contient les définitions de l'écrit et de la signature, pour permettre aux dispositions de GOL 5-703 de bénéficier des nouvelles significations de l'écrit et de la signature. Alors que la deuxième saisit un champ plus étroit en mentionnant que cet amendement ne couvre que GOL 5-701 relatifs aux « contrats financiers qualifiés » et que, en apportant l'amendement seulement au GOL 5-701, il est de l'intention du législateur d'exclure les actes relatifs aux biens immobiliers de ce champ de reconnaissance :

« Moreover, as defendants correctly note, the legislative history of the enactment of the amendment which provided for the recognition of electronic communication states in relevant part that the amendment «...shall apply to qualified financial contracts...» L. 1994, c. 467, § 4. Thus, it is apparent that the intent of the legislature was to amend the method for establishing agreements required to be in writing other than those involving contracts and conveyances concerning real property, which are purposely dealt with in a separate subdivision of Title 5. »⁴³⁵(Nos soulignements).

[360] Si la controverse résultant de l'ambiguïté relatif au champ de reconnaissance de l'amendement de *Statute of Frauds* en 1994 semble évidente, un principal reproche qui

⁴³⁴ GOL § 5-701(b)(4)

⁴³⁵ *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*, préc., note 386, p. 7.

nécessite d'être invoqué ici est l'absence de mention de la *New York Technology Law*⁴³⁶ ; une loi qui a pour finalité de supporter et d'encourager le commerce électronique et en permettant au peuple d'utiliser les signatures électroniques et documents électroniques (electronic records) à la place des signatures à la main et des documents papier⁴³⁷. Et selon cette loi, il est d'intérêt de l'État de New York et ceux de ses citoyens de promouvoir l'utilisation des technologies dans la vie de tous les jours et dans les transactions tant individuelles que collectives⁴³⁸.

[361] Si la présence de cette loi n'aurait pas changé la donne dans la décision *Rosenfeld v Zerneck*⁴³⁹, elle changerait sensiblement la position de la décision *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*⁴⁴⁰ si elle avait été portée à la connaissance du juge dans cette affaire⁴⁴¹, en effet cette loi aurait été servie comme base solide en vue de valider les échanges électroniques effectués entre les parties. L'absence de mention de la loi constitue donc une erreur grossière.

⁴³⁶ *New York Technology Law*, 2002, en ligne : <<http://www.its.ny.gov/tables/Policy/OFTenablingLeg.htm>> (consulté le 24 avril 2013).

⁴³⁷ *Id.*, Ch. 314, § 1: "Legislative intent. Article I of the state technology law, known as the Electronic Signatures and Records Act (ESRA), is intended to support and encourage electronic commerce and electronic government by allowing people to use electronic signatures and electronic records in lieu of handwritten signatures and paper documents.", en ligne : <http://www.its.ny.gov/policy/ESRA/Legis_intent.htm> (consulté le 24 avril 2013).

⁴³⁸ *Id.*, Ch. 314, § 1: "that it is in the best interest of the state of New York, its citizens, businesses and government entities for State and federal law to work in tandem to promote the use of electronic technology in the everyday lives and transactions of such individuals and entities."

⁴³⁹ *Rosenfeld v Zerneck*, préc., note 432. En effet, les courriels dans le cas d'espèce ne contenaient pas tous les éléments essentiels constitutifs du contrat de vente qu'on peut lire dans l'avant dernier paragraphe de la décision : "As to the content of the e-mail: Although this e-mail identified the parties and the property and stated the price, it failed to lay out all of the essential terms of the agreement since it did not set forth any understanding as to the amount of the contract deposit (*Gibraltar Estates v U.S. Bank*, 5 AD3d 728 [2d Dept 2004]). Nor did it indicate how the parties intended to treat the commercial lease then encumbering the premises.»

⁴⁴⁰ *Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC*, préc., note 386.

⁴⁴¹ William MAKER, «Of Keystrokes and Ballpoints: Real Estate and the Statute of Frauds in the Electronic Age», (2008) 80 *NYSBA Journal* 46., p. 48: "*Vista Developers* may have been decided differently if the State Technology Law had been brought to the court's attention.»

Paragraphe 2 – L’omission pour quelles raisons ?

[362] Il n’est certainement pas évident de deviner des raisons derrière ce comportement jurisprudentiel que nous venons de démontrer. Nous tenterons de toute manière de les déduire selon nos constats et analyses suivants.

[363] *Faire valoir l’ancien texte face à la difficulté interprétative des nouveaux textes.* Tout d’abord, il nous semble que les juges de ces tribunaux, face à la difficulté d’interpréter et d’appliquer la nouvelle loi (textes régissant le commerce électronique), ainsi qu’avec la peur de commettre des erreurs interprétatives face à la nouveauté, tant dans les faits que dans le droit, comme ce qui est démontré plus haut dans la « section 1 », s’abstiennent de la mentionner et préfèrent faire rentrer le nouveau fait dans les catégories de l’ancien texte qu’ils comprennent mieux. Comme ce qu’a bel et bien constaté le professeur Vincent Gautrais dans son commentaire de la décision albertaine :

« Plus exactement, alors que des textes récents ont été ajoutés, la juge Read, comme beaucoup d’autres de ses collègues, fait fi des ajustements législatifs et préfère rester dans une zone de confort, du vieux droit, qui a résisté au temps. »⁴⁴²

[364] Les critères de l’écrit et de la signature qui sont érigés par les nouveaux textes et qui se veulent d’être universels et objectifs semblent incompris et sont donc généralement ignorés par les juges.

[365] *Présupposition de l’inapplicabilité du texte due à l’exclusion du champ d’application.*

Nous pouvons également présumer que, dans le cadre de la décision singapourienne *Singh* 2008, il semble qu’il existe de la part du juge une présupposition de l’inapplicabilité du texte

⁴⁴² V. GAUTRAIS, préc., note 431, p. 394, par. 2.

due à l'exclusion du type d'acte concerné du champ d'application de l'ETA 1998. Ce dernier s'est avéré inapplicable, en l'espèce, à l'acte concernant une transaction relative au bien immobilier qui est un domaine exclu du champ d'application de l'ETA 1998. Cette décision semble donc faire l'économie d'interpréter l'ETA 1998.

[366] *Méfiance quant à l'équilibre espéré entre Sécurité juridique vs Efficacité technique.* On peut également imaginer une autre hypothèse selon laquelle l'omission résulte de la méfiance ou du manque de confiance de la part des juges à l'égard des nouveaux critères ou conditions à remplir par les moyens électroniques ; la méfiance quant à la suffisance de sécurité juridique que ces critères ou conditions procurent en correspondance de la sécurité/efficacité technique des technologies, non seulement présentes mais aussi à venir. En effet, « nous vivons actuellement la situation selon laquelle nous sommes nés sous le papier et croissons désormais sous l'électronique ; or ce passage de l'un à l'autre doit tenter de se faire avec harmonie. Et notamment au regard des technologies encore à venir »⁴⁴³.

[367] *Technicité du langage : Droit + Technologie.* D'une autre façon, il nous semble manifeste que les juges aient du mal à comprendre le texte et se sentent mal à l'aise avec le droit neuf qu'il n'a pas l'habitude d'interpréter. Cette difficulté de compréhension et interprétative est intimement liée à la nature des nouveaux textes, aux nouveaux termes (concepts ; terminologie technique ; nouvelle écriture) qui tentent d'encadrer les nouvelles technologies avec lesquels les juristes traditionnels ne sont pas encore familiarisés⁴⁴⁴ et dont ils ne comprennent pas les enjeux techniques (efficacité et faille technique).

⁴⁴³ *Id.*, p. 396, par. 4.

⁴⁴⁴ P. NANAKORN, préc., note 287, p. 249: "However, since its promulgation, both lawyers and laypersons do not seem to be familiar with this seemingly overexciting Act. The lack of understanding may, for some people, result

[368] Ce malaise paraît évident dans le sens que ces textes empruntent la technicité de langage aux nouvelles technologies d'information : *critère d'accessibilité* et de *consultation ultérieure*, *critère de fiabilité*, *critère d'intégrité*, etc. Ces termes sont intimement liés aux technologies d'information. Pour fonder cette affirmation, on peut relever le propos du professeur Lawrence Lessig de l'École de droit de Harvard qui milite pour la multiplicité de normes encadrant le cyberspace. Selon lui, il y en a quatre à savoir : Loi, normes sociales, marchés et architecture technique⁴⁴⁵. Ces quatre modalités de régulation ne s'opèrent pas de manière indépendante, mais interagissent de manière réciproque⁴⁴⁶. Il s'ensuit que la prise en considération des technologies par la loi, au travers de ses termes, semble être incontournable. Car les technologies participent, elles aussi à la normativité des dispositions législatives. L'exemple le plus pertinent est les dispositions relatives à la signature numérique (utilisant l'infrastructure à clé publique) prévues par les lois de certains des États membres de l'ASEAN.

[369] Si les technologies participent à la normativité, elles participent indéniablement et conséquemment à la détermination du sens de la norme posée par le texte. En effet, les technologies apportent avec elles leurs difficultés propres à l'interprétation⁴⁴⁷. La bonne

from the lack of sufficient knowledge in information technology and the Internet, given that many provisions of the Act are intimately IT- and Internet-related.»

⁴⁴⁵ Lawrence LESSIG, «The Law of The Horse : What Cyberlaw Might Teach», (Fall, 1999) *Harvard Law Review.*, en ligne : <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/LNC_Q_D2.PDF> (consulté le 13 avril 2013), p. 506 ; Voir aussi Lawrence LESSIG, *Code version 2.0*, 2e éd., New York, Basic Book, 2006., en ligne : <<http://www.codev2.cc/>> (consulté le 13 avril 2013), p. 122-123.

⁴⁴⁶ *Id.* p. 511.

⁴⁴⁷ Éric LABBE, *De l'obsolescence technologique du droit à son imprévisibilité : la sécurité juridique est-elle compatible avec le développement technologique?*, Xe Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique (26 octobre 2007), Faculté de droit - Université de Sherbrooke., en ligne : <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/international/AIMJ_2007_Programme.pdf> (consulté le 23 avril 2013) : « La technique ajoute ses propres difficultés à l'interprétation. Pour partie, elle détermine le processus qui permet à une règle de droit d'acquiescer sa signification. » (p. 15) « La technique détermine le processus d'interprétation d'une règle de droit reposant sur l'efficacité technique (...) et c'est pourquoi le juriste a parfois besoin de techniciens et d'experts pour mieux se comprendre! » (p. 16 et 17).

compréhension du texte est conditionnée à la compréhension minimale des technologies. Donc, pour bien déduire un sens approprié d'une règle posée, il faut savoir les enjeux techniques (efficacité technique, sécurité ...) pour une sécurité juridique qui convient.

[370] La difficulté que rencontrent les juristes dans la compréhension des textes est due principalement à cette composition technologique qui évolue et est instable – en terme de sécurité et de l'efficacité technique – car la sécurité à un instant T n'équivaut pas nécessairement à celle de l'instant T1. D'où la difficulté de découvrir le sens. En effet, la recherche du sens de la norme « activité interprétative » est une activité à « double sens » : de la règle aux faits, et des faits à la règle !

[371] Cette composition technologique rend les textes peu accessibles, du moins pour l'instant, les jours après leur adoption. Car la technicité du langage utilisé pourrait tromper l'interprète quant à la teneur de la norme qu'ils tendent à prescrire. Cette technicité pourrait engendrer la difficulté de faire le lien entre les règles abstraites avec la réalité nouvelle, vivante et changeante. On pourrait dire qu'il existe une rupture assez profonde face à « une scission qui s'est produite dans la nature du texte juridique »⁴⁴⁸, une scission entre le langage juridique traditionnel et le langage techno-juridique; ce dernier est nécessaire pour embrasser la diversité des technologies constituant la nouvelle réalité, mais causerait, pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, « un problème psychosociologique de compréhension, donc de communication »⁴⁴⁹. Si c'est le cas, notons d'emblée que ce n'est peut-être qu'une

⁴⁴⁸ J. CARBONNIER, préc., note 162, p. 1246

⁴⁴⁹ *Id.*, p. 1246 : « Or à notre époque, une scission s'est produite dans la nature du texte juridique. Si le plus souvent il reste fidèle à son langage ancestral, qui est le discours littéraire, le développement des techniques l'a amené à adopter parfois un langage formalisé, des formules mathématiques prêtes pour l'informatisation. Ce qui peut soulever un problème psychologique de compréhension, donc de communication ».

question d'âge ou de génération, non point de gènes ou de neurones⁴⁵⁰. L'accessibilité et la compréhension de ces textes ne sont, peut-être, qu'une question de temps.

⁴⁵⁰ Je me réfère au propos du Doyen Jean CARBONNIER *id.*, p. 1247 : « On nous répondra qu'au début du siècle dernier, les lettres, qu'elles fussent imprimées dans le Code de Napoléon ou grossoyées par les notaires, étaient lettres mortes pour les illettrés, fraction alors notable de la population, mais qu'il avait suffi de vingt ou trente années de scolarisation plus ou moins obligatoire pour alphabétiser la France entière. D'un effort comparable d'éducation, ne pourrait-on escompter maintenant que soit universalisé l'accès à l'autre sorte d'écriture ? L'analogie est pertinente – à condition toutefois que l'imperméabilité aux textes formalisés soit bien une affaire d'âge ou de génération, non point de gènes et de neurones. »

Conclusion du Chapitre 1

[372] On peut tirer deux cas de figure en général de ces constats : le premier est que les juges appliquent mal les nouvelles lois et les nouveaux principes « équivalence fonctionnelle et neutralité technologique » ; le deuxième relate que les juges n'osent pas les appliquer et les ignorent donc complètement, en retournant à leur « zone de confort » qui est « le droit traditionnel ». Concrètement, les critères de l'écrit et de la signature érigés par les nouvelles lois qui se veulent d'être objectifs et universels sont apparemment ignorés par le juge – tant dans le sens de l'incompréhension que dans le sens de la méfiance. Face à cette réalité, le juge soit, retourne au droit traditionnel et oublie la nouvelle loi, soit risque de tomber sous le coup d'erreurs interprétatives.

[373] Cette difficulté interprétative nous a amené donc à réfléchir sur une question essentielle : la nouvelle loi est-t-elle nécessaire, trouve-t-elle toujours sa raison d'être ? *A-t-on besoin encore de la nouvelle loi ou bien vaut-il mieux mettre en valeur l'ancien droit ? (Chapitre 2)*

CHAPITRE 2 – L’apport de l’analyse interprétative des critères de l’écrit et de la signature

[374] Ce chapitre tentera de mettra en avant une réflexion dialectique de deux idées contradictoires. D’une part, la présence d’une nouvelle loi est un « dérangement » et « augmente les coûts d’interprétation »⁴⁵¹, car l’ancien texte pourrait à bien des égards résoudre le problème face aux nouveaux faits (**Section 1**). Alors que d’autre part, la présence d’une nouvelle loi augmente au contraire la « sécurité juridique », besoin vital du droit (**Section 2**).

Section I – L’analyse de nouveaux textes, source de dérangement ?

[375] L’analyse de nouveaux textes est-elle une source de dérangement ? Ce questionnement paraît être un doute raisonnable dans la mesure où l’on constate bien une montée en puissance de l’approche analogique dans la manière que les juges règlent les questions relatives aux nouvelles technologies de l’information (en l’occurrence les courriels) qui leur ont posées (**Paragraphe 1**). Bien que nous trouvions que ce doute soit légitime, des éléments de tempérament fort convaincant nous conduisent cependant à nuancer l’importance de cette approche analogique (**Paragraphe 2**).

⁴⁵¹ Nous prenons les expressions utilisées par le professeur Vincent GAUTRAIS, notamment dans V. GAUTRAIS, préc., note 1, p. 415, par. 2.

Paragraphe 1 – La montée en puissance de l’approche analogique

[376] On pourrait prétendre que l’analyse des nouveaux textes est source de « dérangement » ou d’« augmentation de coût d’interprétation ». En effet, ils ne résolvent pas nécessairement le problème de reconnaissance juridique des communications électroniques, tels que les courriels. L’analyse de certaines décisions nous permet de dire qu’il n’y a pas besoin de nouveaux textes pour que les juges puissent décider que la communication électronique telle que les courriels constitue l’écrit signé au sens du *Statute of Frauds*. Les juges peuvent en effet se servir de l’approche analogique afin d’appliquer des anciens textes aux nouveaux faits, tels que les échanges de courriels, et que leurs décisions sont apparemment très plausibles pour la doctrine⁴⁵².

[377] La Haute Cour de Singapour a eu l’occasion de considérer la relation entre son ETA 1998 et son *Statute of Frauds* intégré dans le *Civil Law Act*, et que nous avons analysé plus haut dans le Chapitre 1, *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*⁴⁵³. Rappelons-nous en un mot que la question que nous avons traité dans le Chapitre 1 précédent portait sur le champ d’application de l’ETA 1998. Il est venu à la conclusion que l’exclusion de certains actes juridique de champ d’application n’a pas pour effet d’invalider la forme électronique de ces actes exclus. La question de qualification n’a pas été traité et elle relève du pouvoir interprétatif du juge au regard des autres textes susceptibles de s’appliquer, car selon la Cour la question de savoir si les courriels peuvent satisfaire aux exigences de l’écrit et de la signature dépend de l’interprétation de la Section 6 de CLA lui-même et non de

⁴⁵² Voir notamment : T.K. LENG, préc., note 373, p. 426 ; V. GAUTRAIS, préc., note 1, p. 399, par. 3 et s.

⁴⁵³ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

l'interprétation de manière aveugle de l'ETA 1998⁴⁵⁴. C'est en suivant l'approche analogique que le juge procède à son interprétation en vue de décider que les courriels peuvent remplir les conditions de l'écrit et de la signature prévues par le *Statute of Frauds*, soit la Section 6 CLA.

[378] Pour arriver à cette conclusion, le juge Prakash, concernant l'écrit, se base sur *Interpretation Act* de 2002 de Singapour qui prévoit la définition de l'écrit : « *writing and expressions referring to writing include printing, lithography, typewriting, photography and other modes of representing or reproducing words or figures in visible form* » ; et les courriels peuvent, selon elle, rentrer dans la signification de la dernière expression « *other modes of representing or reproducing words or figures in visible form* », puisque la représentation des mots que forment les courriels est visible et disponible pour les deux parties, l'expéditeur et le destinataire des messages électroniques. Il s'ensuit que si la forme binaire de l'information ne constitue pas, par définition, l'écrit « writing », la représentation des mots « visible sur l'écran » peut satisfaire à la définition prévue par l'*Interpretation Act* de 2002⁴⁵⁵ :

« Although e-mails were files of binary (digital) information in their transmitted or stored form, they also had another form when they were displayed on the monitor screen. At that stage, they were «words in a visible form». »⁴⁵⁶

[379] En ce qui concerne la signature, le juge Prakash a fait aussi l'analogie entre la signature sous forme dactylographiée et une signature qui a été tapé sur un courriel :

⁴⁵⁴ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 76 : “Whether an e-mail can satisfy the requirements for writing and signature found in that provision will be decided by construing s 6(d) of the CLA itself and not by blindly relying on s 4(1)(d) of the ETA.”

⁴⁵⁵ *Id.*, par. 78 et 79.

⁴⁵⁶ *Id.*, par. 79.

« I am satisfied that the common law does not require handwritten signatures for the purpose of satisfying the signature requirements of s 6(d) of the CLA. A typewritten or printed form is sufficient. In my view, no real distinction can be drawn between a typewritten form and a signature that has been typed onto an e-mail and forwarded with the e-mail to the intended recipient of that message. »⁴⁵⁷

[380] Dans le même ordre d'idée, dans la décision albertaine qu'on a étudié plus haut, *Leoppky c. Meston*⁴⁵⁸, la juge Read, au lieu d'interpréter l'ETA albertain tout neuf qui encadre les nouvelles technologies de l'écrit et de la signature, s'est montré indifférent à l'égard de ce nouveau texte et s'est contenté de faire rentrer les courriels dans les définitions connues de l'écrit et de la signature.

[381] D'abord, pour conclure que les courriels constituent bien l'écrit au sens de *Statute of Frauds* de l'Alberta⁴⁵⁹, la juge Read s'est fondée sur l'*Interpretation Act* de l'Alberta, la jurisprudence canadienne, américaine et anglaise, la doctrine, et l'*Interpretation Act* de l'Ontario, même si ce dernier texte est déjà abrogé depuis 2007⁴⁶⁰. En effet, l'écrit est défini assez largement tant par *Interpretation Act* de l'Alberta que celui de l'Ontario, comme suit :

Section 28(1)(jjj) *Interpretation Act* de l'Alberta: « «writing», «written» or any similar term includes words represented or reproduced by any mode of representing or reproducing words in visible form. »

Section 29.1 *Interpretation Act* de l'Ontario: ««writing», «written», or any term of like import, includes words printed, painted, engraved, lithographed,

⁴⁵⁷ *Id.*, par. 91.

⁴⁵⁸ *Leoppky c. Meston*, préc., note 424.

⁴⁵⁹ *Id.*, par. 34 et 35 : «[34]The Statute of Frauds provides that an agreement dealing with the sale of land must be in writing. This ancient English statute applies in Alberta: *Kendell v. Kendell* 2006 ABQB 664. [35] While the writing in the agreement at issue here is computer generated and in emails, in my view such writing is sufficient to comply with the requirements established in the Statute of Frauds.»

⁴⁶⁰ *Id.*, par. 36.

photographed, or represented or reproduced by any other mode in a visible form. »

[382] Le dénominateur commun de ces définitions qui permet d'avoir une acceptation assez large de l'écrit est la dernière expression « *words invisible form* ». Le raisonnement juridique n'est donc pas loin de celui qu'on vient de voir dans la décision singapourienne *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*⁴⁶¹, car il trouve son solide fondement dans l'interprétation analogique et extensive de l'écrit grâce à cette expression. Pour ce faire, la juge read a essentiellement cité l'interprétation doctrinale qui se lit comme suit :

« In Takach, George S., *Computer Law*, 2nd Ed. (Toronto: Irwin Law Inc., 2003) page 525, after noting at page 518 that the Statute of Frauds was established to «reduce the likelihood of fraud and fabrication and to promote certainty in commercial relations», the author refers to the now-defunct Ontario Interpretation Act saying «[w]here the electronic message is displayed on a computer monitor, the Interpretation Act definition of writing is satisfied because words are directly represented in a visible form. »⁴⁶²

[383] Ce raisonnement analogique par la juge Read est également conforté par un certain nombre de décisions canadiennes, américaines et anglaises qui font preuve d'une flexibilité « concertée » quant à l'interprétation de l'écrit eu égard à l'expression « visible form » pour permettre de reconnaître les communications électroniques comme « écrit » au sens du *Statute of Frauds*⁴⁶³. Lisons notamment la décision citée *Re RealNetworks, Inc., Privacy Litigation*, No. 00 C 1366, 2000 WL 631341 qui avait mentionné que :

⁴⁶¹ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

⁴⁶² *Id.*, par. 37.

⁴⁶³ Voir les décisions citées par le présent jugement, notamment : *Newbridge Networks Corp., Re*, 48 O.R. (3d) 47 au par. 8, et *Re RealNetworks, Inc., Privacy Litigation*, No. 00 C 1366, 2000 WL 631341.

« Thus, although the definition of a writing included a traditional paper document, it did not exclude representations of language on other media. Because electronic communications can be letters or characters formed on the screen to record or communicate ideas be visible signs and can be legible characters that represent words and letters as well as form the conveyance of meaning, it would seem that the plain meaning of the word ‘written’ does not exclude all electronic communications. That being said, the Court does not now find that all electronic communications may be considered ‘written.’ Rather, the Court examines the contract at issue in this action and finds that its easily printable and storable nature is sufficient to render it ‘written’. »⁴⁶⁴ (Nos soulignements)

[384] La juge Read a procédé de même manière pour accepter la mention du nom dans les courriels comme la signature et a conclu que :

« The Statute of Frauds also requires that the writing be signed by the party ‘so devising ‘the land. I have concluded that the emailed signature of Ms. Meston is sufficient to meet this requirement, as well. »⁴⁶⁵

[385] Pour décider ainsi la juge Read s’est basé sur des décisions américaines pour démontrer que la signature est essentiellement la preuve de la connection entre la personne et le document et de l’intention de la personne eu égard au document, et qu’il n’y ait pas nécessairement besoin de la signature manuscrite. La juge Read s’est basé entre autres sur le raisonnement analogique de la décision américaine *Re a Debtor (No. 2021 of 1995)*, [1996] 2 All E.R. 345 (Ch.D.), qui a fait l’analogie, sur le fondement de la fonction de la signature, entre le note de procuration par fax envoyé à une assemblée des créancier et le note de procuration sur papier, en mentionnant que :

⁴⁶⁴ *Leoppky c. Meston*, préc., note 424, par. 40.

⁴⁶⁵ *Id.*, par. 42

« It seems to me that the function of the signature is to indicate, but not necessarily prove, that the document has been considered personally by the creditor and is approved of by him. It may be said that a qualifying proxy form consists of two ingredients. First, it contains the information required to identify the creditor and his voting instructions and, secondly, the signature performing the function set out above. When the chairman receives a proxy form bearing what purports to be a signature, he is entitled to treat it as authentic unless there are surrounding circumstances which indicate otherwise. Once it is accepted that the close physical linkage of hand, pen and paper is not necessary for the form to be signed, it is difficult to see why some forms of non-human agency for impressing the mark on the paper should be acceptable while others are not. »⁴⁶⁶.

[386] Pour clore cette affirmation de la monté de l'approche analogique dans le raisonnement juridique des juges face aux nouvelles technologies par l'application de droit traditionnel sans montrer le besoin de nouveaux textes, prenons un exemple très éclairant d'une décision étatsunienne à l'instance d'appel, appelé « *United States Court of Appeals for the Federal Circuit* ». Il s'agit de la décision dans l'affaire entre *Lamle vs. Mattel, Inc.* rendue en 2005⁴⁶⁷. La question juridique nous intéressant est pareille que celles des cas précédents. Il s'agit de savoir si le courriel peut satisfaire aux exigences de l'écrit et de la signature prévus par le *Statute of Frauds*.

[387] L'absence de telle législation ne constitue donc pas l'obstacle pour la Cour dans sa prise de décision. En l'espèce, la Cour s'est basée sur la Common-Law pour rendre sa décision. Pour bien fonder sa décision, la Cour se réfère d'abord à la réalité sociale au niveau des États-Unis d'Amérique avant de mettre l'accent sur l'approche analogique dans son interprétation, surtout à propos de la signature. C'est cet accent qui mérite d'être illustrer ici.

⁴⁶⁶ *Id.*, par. 43.

⁴⁶⁷ *Lamle v. Mattel, Inc.* 04-1151, UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT, 394 F.3d 1355; 2005 U.S. App. LEXIS 217, en ligne : <<http://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1050720.html>> (consulté le 24 avril 2013).

[388] La Cour d'appel applique l'approche analogique entre le télégramme, qui est reconnu comme valide selon la loi californienne, et le courriel afin de tirer comme conclusion selon laquelle le courriel remplit les conditions d'écrit et de signature du *Statute of Frauds*. Nous pouvons effectivement lire ses mots comme suit :

« California law does provide, however, that typed names appearing on the end of telegrams are sufficient to be writings under the Statute of Frauds. *McNear v. Petroleum Export Corp.*, 208 Cal. 162, 280 P. 684, 686 (Cal. 1929); *Brewer*, 60 P. at 419. California law also provides that a typewritten name is sufficient to be a signature. *Marks v. Walter G. McCarty Corp.*, 33 Cal. 2d 814, 205 P.2d 1025, 1028 (Cal. 1949). We can see no meaningful difference between a typewritten signature on a telegram and an email. Therefore, we conclude that under California law the June 26 email satisfies the Statute of Frauds, assuming that there was a binding oral agreement on June 11 and that the email includes all the material terms of that agreement.»⁴⁶⁸

[389] Ces décisions prouvent qu'il n'y a pas besoin de nouveau texte afin de permettre au juge de qualifier le courriel comme l'écrit au sens de *Statute of Frauds*, comme ce qu'a pu constater Simon Blount :

« The requirement of writing under the Statute of Frauds remains curiously inert in the presence of electronic transactions legislation. Electronic transactions legislation enables electronic writing to satisfy the Statute of Frauds. However, the courts do not need to rely on electronic transactions legislation to find that electronic communication may satisfy the requirement for writing under the Statute of Frauds. Further, the legislation will not make electronic communications writing for the purposes of the statute if the writing is not otherwise sufficient. »⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ *Id.*

⁴⁶⁹ Simon BLOUNT, *Electronic contracts : principles from the common law*, Chatswood, N.S.W., LexisNexis, 2009., p. 23 par. 2.25.

[390] Nous constatons donc que les juges font beaucoup d'efforts interprétatifs afin d'intégrer une technologie dans une des catégories juridiques existantes. Apparemment, ils n'ont pas nécessairement besoin de nouveau texte leur permettant de reconnaître les courriels. Mais selon nous, il faudrait cependant percevoir ce comportement jurisprudentiel, ayant pour objet d'appliquer l'approche analogique face aux nouveaux problèmes, comme un « problème » plutôt qu'une « solution »!⁴⁷⁰ D'autres éléments forts convaincants relativiseraient cette perception de la « vérité ».

Paragraphe 2 – Les tempéraments à l'approche analogique

[391] Puisque l'approche analogique pourrait résoudre le problème d'une manière efficace, ne serait-il pas plus simple de laisser le soin au juge d'adapter le droit petit à petit, puisque les technologies évoluent trop vite, les textes peuvent devenir obsolètes assez rapidement ? C'est la question que pose Maître Jean-Louis Beaudouin, ancien juge à la Cour d'appel du Québec, lors d'une conférence intitulée « Droit civil + Technologies » où il agissait comme président du panel 1 de la première journée de la Conférence :

« Le développement de la technologie va tellement vite, et le droit avait toujours trop en retard au moins sur l'évolution sociale de toute façon ; Alors moi, la question que j'en reste est-ce qu'il n'est pas plus simple, plus pratique et plus souple de laisser ça à la jurisprudence de façonner petit à

⁴⁷⁰ L'accent est mis dans le cadre des pays de Common-Law, voir Simon BLOUNT *id.*, p. 5 : «In summary, there are several instances where the common law has been significantly altered to accommodate virtual reality: an interactive display of goods on the internet is an electronic offer, not an invitation to treat; a hyperlink is capable of putting an offeree on inquiry of electronic terms; and a contract for the electronic download of software carries an implied term at common law that the software is fit for purpose. However, more generally, the challenge for the common law has been to apply familiar solutions to unusual problems. It is the problems, rather than the solutions, that have inspired this book.»

petit, cas par cas, les barrières, plutôt que d'avoir une loi cadre qui risque d'être dépassée six mois, huit mois, un an après ? »⁴⁷¹

[392] Le professeur Vincent Gautrais a répondu que « c'est effectivement une position plus sage ». Mais selon lui, « il n'y a pas de loi quand il n'y a pas lieu de catastrophe jurisprudentielle »⁴⁷². L'état des lieux actuel de la jurisprudence montre que les juges nord américains acceptent trop facilement les preuves électroniques alors les juges en Europe sont très subtiles et prudents et ont de positions différentes⁴⁷³.

[393] Quant à nous, si des cas présentés dans le paragraphe précédent semblent démontrer le « dérangement » ou l'augmentation de « coût en terme d'interprétation » dans l'analyse des nouveaux textes durant le processus décisionnel du juge, et que l'ancien texte peut dans bien cas résoudre le problème selon l'approche analogique, ce procédé métaphorique ne bénéficie que de l'importance très limitée devant la particularité du contrat électronique qui fait appel à des nouvelles technologies de l'information, et ne tardera pas à devenir inadapté et que l'on n'a pas de choix que de recourir à la nouvelle loi. Autrement dit, l'ancien texte ne tient pas compte de la spécificité de la réalité virtuelle. Certaines dispositions se réfèrent explicitement

⁴⁷¹ Jean-Louis BAUDOUIN, *PANEL 1 – Vie privée + technologies*, Conférence : Droit civil + Technologies (18 février 2010), Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des des affaires électroniques., en ligne : <<http://gautrais.com/Videos-mp3>> (consulté le 24 avril 2013), voir *Vidéo de la Période de questions*, au 16'36''.

⁴⁷² *Id.*

⁴⁷³ *Id.* Le professeur Vincent Gautrais réaffirme de nouveau son constat lors d'une conférence récente en été 2011, Vincent GAUTRAIS, «Droit + philosophie + Internet : vision d'ailleurs» dans HUET JÉRÔME (dir.), *Les philosophies de l'Internet - Conciliation possible avec le droit ?*, Cejem - Paris 2, 2011, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/conference09062011.pdf>> (consulté le 06 mai 2013) : « il est impressionnant de constater la différence sensible entre les jurisprudences américaine et européenne quant à la reconnaissance des technologies : alors que façon très générale le juge américain – j'y inclus le juge québécois – tend à admettre assez systématiquement l'avènement des technologies, le juge français, est passablement plus retors à ce sujet. Cela dit, je ne prétends pas que l'une des approches est meilleure que l'autre ; les deux pâtissent de leurs tendances respectives. Les premiers admettent trop (notamment en matière de preuve et de preuve Facebook) ; les seconds pas assez (là encore en matière de preuve et d'écrit et de signature par exemple).»

au support papier/physique, et certaines expressions telles que : « impression » et « signature en langue cambodgienne » sont acculturées dans le contexte papier (tel que présenté précédemment dans Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2 *Les références directes ou indirectes au support physique*). Il s'agit donc de tant d'éléments qui empêcheraient l'analogie entre le monde physique et virtuel (Online vs Offline).

[394] Si le professeur Vincent Gautrais salue et félicite la décision de la Cour suprême du Canada *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11⁴⁷⁴ qui a choisi aussi l'approche analogique pour rendre sa décision, il n'y adhère que d'une manière conditionnelle. Car selon lui l'approche analogique n'est appropriée que lorsque l'on compare deux technologies connues :

« En effet, les « rationalités » qui ont été prévues dans une loi pour une technologie donnée ne sont pas forcément transposables à une autre qui n'existe pas encore. Car les technologies ne sont pas neutres. En revanche, dans la présente affaire, l'utilisation de l'analogie est tout à fait pertinente dans la mesure où l'article en cause, et l'interprétation qui en est faite par les juges, compare deux technologies connues ; on utilise en effet cette analogie pour le passage d'une technologie connue (l'oralité – la « vive voix » dans le jugement) à une autre technologie connue (le papier). Dans un tel cas, le risque de distorsion face à la non-neutralité des technologies n'existe pas. »⁴⁷⁵

[395] On en déduit que la seule exception où l'approche analogique trouve sa pertinence est lorsque l'on cherche à appliquer l'ancien texte prévu pour une technologie donnée à une autre technologie connue. Sinon, l'ancien texte trouverait moins d'assises de se voir appliquer à une technologie future dont les aléas techniques ne sont pas encore mesurés. Dans ce cas, on n'a peut-être pas autre choix que d'avoir une nouvelle loi pour régir les nouvelles technologies.

⁴⁷⁴ *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11, [2008] 1 RCS 285, en ligne : <http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2008/2008csc11/2008csc11.html> (consulté le 22 avril 2013).

⁴⁷⁵ V. GAUTRAIS, préc., note 52, p. 399 et 400.

[396] L'analyse historique des technologies de Gregory N. Mandel⁴⁷⁶ le démontre parfaitement. Ce dernier tire comme leçon de son analyse que « *pre-existing legal categories may no longer apply for new law and technology issues* »⁴⁷⁷.

[397] Prenons l'exemple de Contracts Act 1950 de Malaisie. Cet ancien texte ne peut pas répondre aux nombreuses questions posées par le contrat électronique tel que mentionné par le professeur Abdul Jalil :

« Contracts Act 1950 does not include any provision to accommodate online contractual issues although the government is very much sincere to promote e-commerce in Malaysia through Multimedia Super Corridor (MSC). The Contracts Act 1950 in an old statute and does not address online contractual issues. There is no express provision in the Contracts Act 1950 about the validity of formation of a contract by transmitting data message and the validity of an automated acceptance in processing of an order form (offer) by the computer without human involvement or consent. It also does not clearly provide the place and time of dispatch and receipt of data message, when an acceptance is effective on the Internet and which rule is applicable on the Internet, postal rule or receipt rule. Therefore, this Act needed to be amended to intensify electronic commerce in Malaysia. »⁴⁷⁸

[398] Ou encore invoquons le propos de Harry Tan, professeur de droit à Nanyang Business School de Singapour, qui avait en 1997 clairement mentionné que :

« The law governing or regulating the Internet environment for commerce are either non-existent or insufficient at both national and international levels. Laws that govern business behaviour in the physical world suffer inherent shortcomings in the Internet domain »⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Gregory N. MANDEL, «History Lessons for a General Theory of Law and Technology», (2007) 8 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 551.

⁴⁷⁷ *Id.*, p. 552, par. 4.

⁴⁷⁸ Md. Abdul JALIL, «Is the Contracts Act 1950 (Malaysia) suitable on the Internet: a critical evaluation», (2003) 7 *Jurnal Undang-Undang dan Masyarakat* 123-128., p. 124.

⁴⁷⁹ Harry SK TAN, «Electronic Commerce on the Internet: An Introduction», (1997) *Asia Business Law Review* 67., p. 71.

[399] Dans le même ordre d'idées, le professeur Cameron Hutchison, de l'Université de l'Alberta, affirme que :

« [b]ind analogical reasoning and literal interpretations threaten to marginalize or ignore the social realities created by the new technology and the impact these may have on the purposes behind (or interested balanced within) the extant rule. »⁴⁸⁰

[400] Si ce problème de métaphore et d'analogie n'est pas unique avec l'arrivée des nouvelles technologies, il devient vraiment saillant dans les cas impliquant leur utilisation, surtout pour la conduite en ligne. C'est ce qu'ont démontré Patricia L. Bellia, Paul S. Berman, et David G. Post dans un ouvrage collectif intitulé « *Cyberlaw: problems of policy and jurisprudence in the information age* »⁴⁸¹, et qu'on peut lire cette affirmation très instructive au travers leurs termes suivant :

« By the time they finish the first year of law school, most students have become familiar with the process by which common-law judges reach solution to new cases by analogizing from precedent: gleaning relevant principles from past cases and applying those principles to new settings. This kind of reasoning can, of course, create difficulties; not only may it not always be apparent which analogy is the «right» one for a given case, but the principles established in analogous cases may not always be well suited for the new context. These difficulties are hardly unique to cyberspace; every case, online or off, is some ways «new», presenting «new» facts (...) But while they may not be unique to cyberspace, these problems of metaphor and analogy do become especially prominent in cases involving online conduct, (...) »⁴⁸².

⁴⁸⁰ Cameron J. HUTCHISON, «Interpretation & the Internet», (2009) *SSRN eLibrary.*, en ligne : <<http://ssrn.com/paper=1521282>> (consulté le 13 avril 2013), p. 22, par. 4.1.

⁴⁸¹ Patricia L. BELLIA, Paul Schiff BERMAN et David G. POST, *Cyberlaw : problems of policy and jurisprudence in the information age*, 3rd éd., St. Paul, MN, Thomson/West, 2007.

⁴⁸² *Id.*, p. 21, par. 1, 2 et 3.

[401] Il en va de même selon Marcel Fontaine, professeur à la faculté de droit de l'Université de Louvain, directeur du Centre de droit des obligations, qui a mentionné que « ce n'est pas la première fois que le droit des contrats est confronté à une révolution technologique (...) », avant l'Internet, il y avait eu télégraphe, télex et télécopie qui relèvent le nouveau défi pour le droit des contrats et que :

« Toutefois le phénomène, déjà impressionnant, est en voie de prendre une telle ampleur que l'interprétation extensive des solutions et des concepts traditionnels ne paraît plus adéquate. Les problèmes sont amplifiés par la dimension universelle du réseau Internet, par la difficulté particulière d'identifier les interlocuteurs dans un milieu aussi anarchique et par la dématérialisation extrême des opérations qui va jusqu'à s'étendre à l'exécution même des contrats. »⁴⁸³

[402] Et sur ce, ajoutons le propos du professeur Bert-Jaap Koops selon lequel l'interprétation selon l'approche fonctionnelle de l'interprétation n'est pas la bonne solution dans tous les cas. C'est parce que tout simplement les nouveaux faits sont incompatibles avec l'ancien texte :

« [p]ractice can deal with laws that seem technology-specific by interpreting them in a functional way. This will not be a good approach in all cases, since it may provide too little legal certainty. Moreover, this approach may not always yield satisfactory results: it is not a matter of course that laws can always be interpreted in a functional way with respect to new technologies, simply because the cases may be incomparable, in the same way as it is not always possible to apply the starting point that what holds off-line should also hold on-line. »⁴⁸⁴

[403] Dans cette optique, s'il est vrai pour l'approche fonctionnelle, il le sera *a fortiori* pour l'approche analogique. L'utilisation de cette approche analogique pour appliquer le vieux droit aux nouvelles technologies trouverait alors des limites et le changement des technologies

⁴⁸³ M. FONTAINE, préc., note 54, p. 357, par. 3.

⁴⁸⁴ Bert-Jaap KOOPS, «Should ICT Regulation be Technology-Neutral?», (2006) *SSRN eLibrary.*, p. 25, par. 2.

engendrait nécessairement le changement du droit. D'où le besoin de nouveau texte ou de nouvelle loi devient réel pour le meilleur encadrement de la nouvelle réalité vivante.

Section 2 – L'analyse de nouveaux textes, source de la sécurité juridique !

[404] Les nouveaux textes que l'on a présentement parmi les États membres de l'ASEAN sont une source de sécurité juridique dans l'encadrement du formalisme du contrat électronique, puisqu'ils y contribuent notablement (**Paragraphe 1**). Le problème d'intelligibilité de ces textes doit être remédié selon nous par la mise en place d'une méthode d'interprétation au lieu de les invalider (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La contribution des nouveaux textes à la sécurité juridique

[405] Nous pouvons certes envisager une voie possible dans la rénovation du droit existant pour l'adapter aux nouvelles technologies en faisant l'amendement de tous les textes qui sont susceptibles de devenir obstacle aux contrats électroniques. Pourtant la lourdeur que représente cette tâche de révision des textes traditionnels est colossale et dissuade absolument ce choix⁴⁸⁵. La solution apportée par les nouvelles lois est plutôt réaliste et appropriée en raison de la généralité et de la transversalité des nouveaux textes qui répondent convenablement au présent souci du vide et de l'insécurité juridiques, et épargne cette lourde tâche de révision, disposition par disposition.

⁴⁸⁵ Cette lourdeur résulte de l'innombrable exigence juridique de l'écrit et de la signature dans les diverses dispositions législatives et réglementaires.

[406] Les nouvelles lois, elles, répondront essentiellement aux soucis de sécurité juridique quant aux questions de stabilité et de prévisibilité juridiques. En effet la sécurité juridique, une des vertus du droit, peut être comprise comme :

« [l']idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation ». ⁴⁸⁶

[407] On en a retenu trois éléments de la sécurité juridique : *accessibilité*, *stabilité* et *prévisibilité*⁴⁸⁷. Ces trois notions généralement déduites de l'impératif de sécurité juridique⁴⁸⁸ constituent pour nous des trois facettes à examiner par rapport aux nouveaux textes, objet de notre analyse. Premièrement, la notion d'accessibilité du droit possède deux aspects : d'une part l'accessibilité matérielle ou physique des règles qui signifie la possibilité offerte aux usagers d'accéder matériellement aux règles de droit par des moyens telle que la publication ; et d'autre part l'accessibilité intellectuelle ou l'intelligibilité des règles qui est la compréhension du sens des règles juridiques⁴⁸⁹. Deuxièmement, on entend par stabilité, d'une part quant à la forme des règles, la permanence de leur mode de présentation, sans modification de leur source d'origine, et d'autre part quant au fond ou au sens des règles, le respect de la hiérarchie des normes, et de manière plus évidente, l'absence de changement du

⁴⁸⁶ Thomas PIAZZON, *La sécurité juridique*, vol. Tome 35, coll. «Doctorat & Notariat», Paris, Defrénois-Lextenso, 2009.p. 62, n° 48.

⁴⁸⁷ *Id.* , p. 17 et s. L'auteur s'est fondé notamment sur la thèse de S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, vol. 1, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, Dalloz, n° 64, p. 156, qui avait démontré que lorsque l'on envisage la sécurité juridique, l'on doit généralement faire référence à ces trois impératifs, principales facettes de la sécurité juridique.

⁴⁸⁸ *Id.* , p. 17, n° 11.

⁴⁸⁹ *Id.* , p. 18, n°12 et s.

contenu de la règle par l'autorité compétente⁴⁹⁰. La stabilité permet au droit de demeurer et de résister au temps et d'être sûr d'avoir la solution pour un problème connu, donc la certitude juridique. Troisièmement, la prévisibilité est « le caractère de ce qui est prévisible, ce que l'on peut normalement prévoir et qui doit être raisonnablement prévu »⁴⁹¹. Comme la stabilité, la prévisibilité renvoie à la notion du temps. La différence se trouve en ce que la stabilité intéresse essentiellement le passé, alors que la prévisibilité le futur dans une vision plus dynamique⁴⁹². La prévisibilité des conséquences juridiques des actes et des comportements des sujets de droit se trouve au cœur de la sécurité juridique.

[408] Les nouveaux textes ne satisfassent pas à tous ces attributs de la sécurité juridique. Mais ils contribuent à maintenir la sécurité juridique sur certains aspects. En effet, si les nouveaux textes ne sont pas accessibles en termes d'intelligibilité pour l'instant, ils contribuent, à nos yeux, à la stabilité et à la prévisibilité du droit. Ainsi, c'est aussi grâce au besoin de la sécurité juridique que l'on promeut, au niveau de l'ASEAN, l'adoption de nouveaux textes par la mention faite de l'« *E-Asean Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure* » :

« E-Commerce legislation is enacted with the purpose of providing predictability and certainty in areas where existing laws fall short. »⁴⁹³

[409] C'est donc dans le sens de la prévisibilité et de la certitude juridique que prône l'ASEAN pour l'adoption de loi relative au commerce électronique.

⁴⁹⁰ *Id.*, p. 29 et s.

⁴⁹¹ *Id.*

⁴⁹² *Id.*, p. 44, n° 31.

⁴⁹³ ASEAN-SECRETARIAT, préc., note 15, p. 6, par. 20.

[410] D'ailleurs, le fait que les nouveaux textes nationaux s'inspirent des lois types de la CNUDCI peut être considéré comme un gage de sécurité juridique pour ces premiers, puisque l'une des vocations principales de ces lois est la recherche de la « sécurité juridique » clairement mentionnée par la Commission dans la décision à sa 605^e séance, le 12 juin 1996, après avoir examiné le texte du projet de Loi type sur le commerce électronique, tel qu'il avait été révisé par le groupe de rédaction :

« *L'Assemblée générale,*

«... Demande aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendra, conformément à la recommandation de la Commission, afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international; ...»⁴⁹⁴ (Notre soulignement)

[411] De surcroît, la prévisibilité juridique est devenue une source argumentative⁴⁹⁵ ou une rhétorique ou encore une valeur dont les législateurs se servent comme motif dans l'élaboration de nouveau texte. On peut illustrer cette affirmation par le propos du Premier Ministre de Singapour qui avait invoqué lors de l'élaboration de l'ETA 1998, que :

« Such legal framework would provide the business community greater certainty in conducting electronic commerce and help foster its development.»⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Le texte de la résolution 40/71 figure dans *L'Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, 1985, vol. XVI, première partie, D (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4); Voir aussi *Loi type sur le commerce électronique* de CNUDCI, préc., note 18, p. 1, dernier paragraphe.

⁴⁹⁵ Voir notamment : Philippe RAIMBAULT, «La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative», (2008) 110 *R. du N.* 517.

⁴⁹⁶ *The Straits Times*, July 9, 1997, repris par T.K. LENG, préc., note 373, p. 8, par. 1.

[412] Comme d'autres législations des États membres de l'ASEAN qu'il inspire, la philosophie derrière ce texte a été affirmée d'une manière éclairante, y compris la « prévisibilité juridique » :

« The philosophy underlying its recommendations were:

- a) The need to conform to international standards and models in order to plug into the emerging global electronic commerce framework
- b) The need to avoid over-regulation
- c) The need to be flexible and technologically neutral to adapt quickly to a fluid global environment
- d) The need to be transparent and predictable in our laws. »⁴⁹⁷ (Notre soulignement)

[413] Les textes nationaux inspirés par des deux lois type de la CNUDCI ont alors transposé cette valeur, la sécurité juridique, dans l'encadrement des nouvelles réalités qui se dotent des caractéristiques particulières nécessitant une considération spécifique. Si l'ancien texte a parfois vocation à s'appliquer sans problème comme ce que l'on vient de voir dans le paragraphe 1, il ne tient pas compte de toutes les spécificités que présente cette réalité virtuelle ou immatérielle⁴⁹⁸. Et si par ailleurs certains États membres avaient précédemment adopté les textes pour faire face à temps à certains aspects de cette nouveauté, ils n'avaient pas pu résoudre le problème d'une manière satisfaisante : prenons l'exemple le plus éclairant de DSA 1997 de Malaisie. Si ce texte, DSA, répond spécifiquement à la question relative au régime juridique de la signature numérique, il ne résout pas la question relative au contrat électronique en général. Il laisse pourtant croire que la signature faisant appel à l'infrastructure à clé publique est le seul type de signature reconnu en droit ; ce qui mettrait les autres types de

⁴⁹⁷ *Id.*

⁴⁹⁸ *Supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 – *Les tempéraments à l'approche analogique.*

signatures électroniques faisant appel à d'autres technologies dans le flou juridique, et découragerait le développement d'autres types de signatures électroniques sécurisées. D'où l'idée de réforme du DSA de Malaisie largement supportée en 2002⁴⁹⁹.

[414] Les nouveaux textes inspirés par des Lois types de la CNUDCI contribuent à la sécurité juridique dans le sens de la stabilité de droit et de la prévisibilité juridique. En effet, concernant la prévisibilité juridique, les présents nouveaux textes de chaque État membre, face aux nouveautés technologiques, apportent des réponses aux questions légitimement et généralement posées qui sont de savoir si les documents électroniques peuvent satisfaire à l'exigence de l'écrit, si les informations qui y contiennent sont valables et si les signatures électroniques peuvent être reconnues juridiquement comme signature. Ces nouveaux textes répondent à ces inquiétudes et incertitudes juridiques en donnant aux documents électroniques la possibilité d'avoir une même valeur juridique que les documents papier⁵⁰⁰, et les signatures électroniques un même effet juridique que les signatures manuscrites⁵⁰¹. En outre, les informations contenues dans un document électronique ne peuvent pas être invalidé au seul motif qu'elle est sous forme électronique⁵⁰². Lorsque la loi exige que certains documents ou dossiers soient préservés, leur conservation sous forme électronique sera satisfaite à cette obligation⁵⁰³.

⁴⁹⁹ R. SANI, « Changing Laws for E-Commerce Push », *New Straits Times Computimes*, 4 February 2002, 1, cité par R. GENGATHAREN, «Malaysian E-Commerce Law: Time For Change», (2002) *LAWASIA Journal* 137., p. 150, dernier paragraphe.

⁵⁰⁰ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section1, Paragraphe 1, **A. L'équivalence fonctionnelle**.

⁵⁰¹ *Id.*

⁵⁰² *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section1, Paragraphe 1, **B. La neutralité technologique**.

⁵⁰³ Voir : ETA 2010 de Singapour, préc., note 220, Section 9 *Retention of electronic records* ; ECA 2006 Malaisie, préc., note 243, Section 13 *Retention of document* ; ECA 2000 des Philippines, préc., note 22, Section 13 *Retention of electronic data message or electronic document* ; Law on E-Transactions 2005 Vietnam (Article

[415] A titre d'exemple, on aurait certainement épargné la question de savoir si les documents électroniques sont admissibles en preuve si l'on était en présence de nouvelle loi, c'est comme ce qu'a affirmé la Cour d'appel californienne dans une décision analysée précédemment, *Lamle v. Mattel*⁵⁰⁴. En effet, les faits dans cette affaire se sont passés en 1997, avant l'entrée en vigueur d'*Uniform Electronic Transactions Act* de Californie. La Cour fédérale d'appel a mentionné que si le courriel a été envoyé après le 1er janvier 2000, il n'y aurait pas de question de savoir si le courriel satisfait au *Statute of Frauds*, car *Uniform Electronic Transactions Act* de Californie a prévu que le document et la signature ne peuvent être refusés uniquement en raison de leur forme électronique :

« If the email had been sent after January 1, 2000, there would be no question of its sufficiency under the Statute of Frauds because the Uniform Electronic Transactions Act, Cal. Civ. Code § 1633.7 (2004), provides that a record or signature may not be denied legal effect or enforceability solely because it is in electronic form. »⁵⁰⁵

[416] De surcroît, les nouveaux textes, par la mise en œuvre des principes fondamentaux de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, promeut la stabilité du droit. L'équivalence fonctionnelle permet aux écrits et signatures électroniques de trouver une validité juridique au même titre que les écrits et signatures sur support papier. Ce principe tente de préserver le même régime juridique connu du monde matériel pour le monde immatériel, autrement dit la reconduction des principes et règles de droit existant quant aux exigences de l'écrit et de la signature. Tandis que la neutralité technologique, elle permet au

15 Storage of data messages); ETA 2001 Thaïlande (Section 10); Law on E-Commerce 2009 (Draft) Cambodge (Article 12 Record retention requirements).

⁵⁰⁴ *Lamle v. Mattel*, préc., note 467.

⁵⁰⁵ *Id.*, partie III. B.

droit d'élever le principe d'égalité devant la loi entre les technologies présentes et à venir, et enlève alors les barrières pour le développement technologique. Elle impose à la fois la non-discrimination entre les technologies mais aussi l'absence de faveur pour une technologie particulière. Ces deux principes constituent donc deux colonnes principales du droit des technologies pour faire face à la constante évolution technologique. Ils contribuent alors à la stabilité juridique assurant la vie de la loi la plus durable que possible.

[417] La combinaison des deux principes permet d'affirmer l'indépendance du droit par rapport aux technologies et de conserver le même régime juridique. En effet, si des technologies différentes permettent d'obtenir des résultats fonctionnellement équivalents dans une situation donnée, les mêmes règles de droit devraient continuer à s'appliquer à cette situation, quels que soient les technologies utilisées. C'est dû à ces principes que l'on espère que les lois nationales des États membres de l'ASEAN ne deviennent pas obsolètes d'ici peu de temps après. La nouvelle version de l'ETA de Singapour en est la preuve. En effet, douze ans après son adoption, si certains ajouts sont nécessaires (tels que les dispositions relatives sur l'original, les systèmes de message automatisés et l'erreur dans les communications électroniques), il n'y a pas eu de changement fondamental quant à la philosophie de base implantée en 1998 (tels que les dispositions substantielles relatives aux principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, aux notions d'écrit et de signature, et au champ d'application de l'ETA, etc.)⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Voir notamment Rajesh SREENIVASAN et Steve TANN, «Electronic Transactions Act - Repealed And Re-Enacted », (2010) July *Technology, Media & Telecom, Rajah Tann.*, en ligne : <<http://ictlawblog.rajahtann.com/ICTBlog/file.axd?file=2010+July+Electronic+Transactions+Act+Client+Update.pdf>> (consulté le 13 avril 2013).

[418] Notons enfin que les législateurs de ces nouveaux textes n'ont pas seulement mis en œuvre des principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle dès leur rédaction législative, mais également dans la mise en place d'une directive d'interprétation⁵⁰⁷. Avec ces instructions interprétatives des textes législatifs axée sur la neutralité et l'équivalence fonctionnelle, la règle de droit demeure stable malgré que sa mise en œuvre puisse varier dans le temps; ce qui assure alors une sécurité juridique encore plus sûre.

[419] Tous ces éléments présentent nettement les forces des nouveaux textes. Mais on peut trouver aussi leurs faiblesses. Notons d'emblée que toutes les inquiétudes juridiques qu'engendrent les nouvelles technologies ne disparaissent pas avec les nouveaux textes qui n'ont pas pour vocation à régler tous ces problèmes juridiques. Ces lois nationales permettent plutôt d'intégrer les technologies de l'information et de la communication dans le régime juridique et de les reconnaître comme moyens susceptibles de satisfaire des exigences juridiques relatifs aux formes des actes, au même titre que les moyens disponibles présentement et dans le futur. Même si une contribution des nouveaux textes à la sécurité juridique est notable, il faut partir de l'hypothèse qu'une sécurité juridique parfaite ne peut exister, surtout au regard du fait que le droit n'est pas et ne sera jamais une science exacte, de même que les technologies qu'il tente de gérer ne cessent d'évoluer et que les questions de certitude de l'interprétation judiciaire ne peuvent se résoudre de la même façon que des équations mathématiques.

[420] La faiblesse principale de ces textes est leur illisibilité/intelligibilité, comme ce que l'on a pu voir dans le Chapitre 1 du présent titre traitant de la difficulté de compréhension,

⁵⁰⁷ *Infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les principes d'interprétation s'appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique.*

d'interprétation et donc d'application de ces textes. Les dispositions de ces nouveaux textes sont susceptibles d'être reprochées tant sur la question de la complexité que celle de son ambiguïté.

[421] Il est à noter avant tout que l'appréciation de la complexité et de l'ambiguïté d'un texte est très relative⁵⁰⁸. Si tel est le cas pour le texte juridique en général⁵⁰⁹, c'est d'autant plus vrai pour les textes réputés difficiles à comprendre tels que ceux régissant le formalisme du contrat électronique – textes multidisciplinaires qui recoupent d'autres disciplines telles que : gestion documentaire, informatique, sécurité de l'information et langage juridique. La compréhension de ce genre de textes exige alors un minimum de connaissance dans des domaines concernés ; non pas des connaissances approfondies mais plutôt des connaissances fonctionnelles qui permettraient au lecteur de bien saisir le sens que recèlent les dispositions en question. En effet, les aspects techniques jouent un rôle déterminant dans l'argument en faveur ou au détriment de la fiabilité des preuves électroniques⁵¹⁰, autrement dit il contribue à la meilleure compréhension de la norme posée. Si tel est le cas pour les textes de droit en général, il est

⁵⁰⁸ Sébastien ROBBE, «La clarté des lois sans la sécurité juridique», (2008) 110 *R. du N.* 337., p. 351, note de bas de page n°35.

⁵⁰⁹ Jacques LAGACÉ, «L'accessibilité du langage des lois» dans RICHARD TREMBLAY (dir.), *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 421-426, à la.p. 422 et 423. : « La loi (en général) possède une difficulté inhérente, qui dépend non pas du langage qu'on y utilise, mais des situations qu'elle doit régir et de l'appareil conceptuel nécessaire à cette fin. Pour bien la comprendre, il faut posséder un minimum de connaissances juridiques. C'est pourquoi le vœu qu'« un effort soit fait au niveau de la rédaction législative afin que la loi soit compréhensible *autant par le profane que par le juriste* » ne nous paraît pas, comme tel, réalisable ».

⁵¹⁰ Anne PENNEAU, «La preuve et l'évolution technologique», (2011) 3 *R.D.A.I.* 255., p. 258 : « Le langage courant emploie volontiers l'expression « technologies de l'immatériel », et il est fréquent que l'écrit électronique soit désigné sous l'appellation d'« écrit immatériel ». Or tout au contraire de ce qu'ils induisent de telles formulations, il n'existe rien de plus matériellement pesant que d'établir un écrit électronique. Il faut avoir des structures, des réseaux, des tuyaux et des câbles par lesquels l'information sera transitée; il faut aussi avoir des ordinateurs qui sont d'une complexité redoutable, et dont les utilisateurs ordinaires que nous sommes ne connaissent pas tout. Également il faut avoir des capacités de stockage importantes, car une preuve n'a d'intérêt que si nous pouvons la conserver. Or la difficulté pratique de maîtriser tous ces éléments et les opérations dont ils sont les intermédiaires a nécessairement des incidences sur la fiabilité dont on peut créditer la preuve de l'écrit électronique. »

encore plus vrai pour les textes régissant le contrat électronique en raison du caractère multidisciplinaire de ces textes.

[422] D'où l'importance de la connaissance de la méthode particulière d'interprétation de tels textes. Il s'ensuit que même s'il y a des faiblesses, il faudrait que l'on cherche des techniques ou des méthodes adaptées pour déduire le sens de ces textes au lieu de les démolir et les reconstruire, car ils ne constituent pas un fiasco. Nous tenterons de démontrer par la suite que construire une méthode interprétative est une solution envisageable pour faire face à la difficulté de compréhension et d'interprétation de nouveaux textes en question.

Paragraphe 2 – La place de la méthode interprétative dans la contribution à la sécurité juridique

[423] Dans cette recherche de sécurité juridique pour l'encadrement du formalisme du contrat électronique, il nous reste à prouver qu'il peut y avoir une/des méthodes permettant de bien saisir le sens de la norme posée par le texte régissant le contrat électronique. Mais d'abord, attardons-nous pour ce paragraphe à l'affirmation selon laquelle la connaissance des méthodes d'interprétation est indispensable pour promouvoir la sécurité juridique.

[424] L'interprétation est toujours nécessaire avant toute application des règles, même lorsque leur clarté est affirmée. Car l'on doit se méfier de la doctrine du texte clair « *Interpretio cessat in claris* » selon laquelle il n'y a pas besoin d'interpréter lorsque le texte est clair ou bien seul un texte obscur peut donner lieu à l'interprétation⁵¹¹.

⁵¹¹ Voir notamment l'analyse critique de la doctrine du sens clair par FRANÇOIS OST, «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique» dans MICHEL VAN DE KERCHOVE (dir.),

[425] La méthode d'interprétation que l'on entend ici est plus qu'une simple instruction interprétative, mais plutôt la directive d'interprétation⁵¹² voire la règle d'interprétation⁵¹³. En effet, « elle établit un principe destiné à orienter une opération intellectuelle et juridique effectuée à l'égard d'un texte législatif ou réglementaire, pour dégager un sens capable de permettre de résoudre le problème posé au juge »⁵¹⁴.

[426] Le rôle de la méthode interprétative dans la contribution à la sécurité juridique est primordial. En effet, le résultat d'une application de la norme doit absolument passer par l'interprétation. Le fait qu'une interprétation donnée d'un texte puisse promouvoir ou au contraire compromettre la sécurité juridique constitue une raison valable de favoriser cette interprétation ou au contraire de l'écarter. La connaissance des méthodes d'interprétation est alors indispensable pour pouvoir mieux cerner le sens des normes posées et s'aligner à la sécurité juridique et dans une voie choisie par les États membre de l'ASEAN qui est l'harmonisation du droit. Même si chacun des États se dote de différentes caractéristiques juridiques, économiques et culturelles, l'origine internationale du texte et la poursuite d'un destin commun pour ériger une communauté de droit harmonisé peuvent constituer des éléments à prendre en considération dans une interprétation « convergente » d'un texte régissant le commerce électronique en général et celui régissant le formalisme du contrat

L'Interprétation en droit : approche pluridisciplinaire, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13, à la p. 13 et s. Et pour la réponse de désaccord exprès à la célèbre maxime « *interpretatio cessat in claris* », voir la thèse « *interpretatio non cessat* » dans STÉPHANE BEAULAC et MATHIEU DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

⁵¹² François OST et Michel van de KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989. p. 19 et s.

⁵¹³ Pierre-André CÔTÉ, «Les règles d'interprétation des lois : des guides et des arguments», (1978) 13 *R.J.T.* 275.

⁵¹⁴ Louis LEBEL, «La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même» dans Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, p. 103-117, à la p. 107, par. 2.

électronique en particulier (comme ce que la plupart des textes nationaux rappellent dans leurs dispositions relatives aux instructions interprétatives⁵¹⁵).

[427] C'est aussi dans la préoccupation de réduire les incertitudes quant au processus interprétatif consistant à passer du texte à la règle, à donner le « vrai sens » à la loi, que nous prônons une élaboration d'une technique ou méthode appropriée plus ou moins convergente permettant aux juges nationaux de l'ASEAN de mieux saisir le sens des nouveaux textes, et qui leur permettent ultimement de rendre leur sens le plus certain possible et d'éviter le plus possible les conflits d'interprétation, d'où une sécurité juridique dans le cadre communautaire.

[428] L'auteur Sébastien Robbe dans son article intitulé « La clarté des lois sans la sécurité juridique », témoigne de cette compréhension quant à l'importance de la connaissance des méthodes d'interprétation. Il montre que le succès d'une communication dépend à la fois du pôle émetteur, la clarté de la rédaction, du pôle récepteur, de la connaissance des méthodes d'interprétation et de la diversité des facteurs à prendre en compte dans le processus d'interprétation⁵¹⁶. Il a apporté une affirmation claire pour dire combien la connaissance d'une méthode d'interprétation juridictionnelle est importante pour la sécurité juridique, puisque pour lui « la sécurité juridique ne peut résulter que de la connaissance de l'interprétation juridictionnelle des textes et de la stabilité de ces interprétations »⁵¹⁷.

⁵¹⁵ *Infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, **B. Les principes spécifiques d'interprétation en droit du contrat électronique.**

⁵¹⁶ S. ROBBE, préc., note 508, p. 342.

⁵¹⁷ *Id.*, p. 357 : « Il est empiriquement constatable que les juges suprêmes n'appliquent pas systématiquement les lois dans leur sens littéral, quel que soit leur degré de précision et en dépit de leur univocité hors contexte systémique. L'examen de la pratique juridictionnelle révèle que les normes législatives applicables et appliquées ne sont pas fonction de la seule structure linguistique des lois et de différents énoncés normatifs de l'ordre juridique. Elles dépendent des choix que les juridictions opèrent entre la pluralité de méthodes dont elles disposent et la diversité des éléments qu'elles sont susceptibles de prendre en considération dans leurs interprétations. Mais si la détermination des prescriptions valides exprimées par les lois en fonction des choix

[429] Dans le même ordre d'idées, le professeur Pierre-André Côté croit que la sécurité juridique est « une valeur qui sous-tend un certain nombre de principes d'interprétation et qui profile derrière certains grands débats relatif à l'interprétation »⁵¹⁸. Autrement dit ou inversement, l'interprétation voire la connaissance des méthodes interprétatives contribue à maintenir la sécurité juridique. Un exemple le plus marquant n'est rien d'autre que la méthode moderne du professeur Elmer Driedger de l'Université d'Ottawa⁵¹⁹. Celle-ci a été reconnue comme faisant partie d'un outillage intellectuel des juristes voire comme une méthode privilégiée de la Cour suprême du Canada pendant ces dernières décennies⁵²⁰. Elle joue le rôle de guide d'interprétation, de justification et de légitimations des décisions juridictionnelles⁵²¹. C'est elle qui dirige les juges dans la recherche d'un meilleur sens de la norme et dans la justification de ce choix⁵²². Elle permettrait par conséquent aux juges de se distancier par

interprétatifs des juridictions, donc de leur volonté et de la politique juridictionnelle qu'elles entendent mettre en œuvre, alors elle n'est pas le produit d'une simple activité de connaissance et il n'est pas possible de connaître les normes législatives applicables avant que les juridictions ordinaires suprême se soient prononcées. Par suite, la sécurité juridique ne peut résulter que de la connaissance de l'interprétation juridictionnelle des textes et de la stabilité de ces interprétations. »

⁵¹⁸ Pierre-André CÔTÉ, «Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada», (2008) 110 *R. du. N.* 685.

⁵¹⁹ Elmer A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983.

⁵²⁰ L. LEBEL, préc., note 514, p. 104, par. 3 : « la méthode d'interprétation dite moderne fait désormais partie d'outillage intellectuel dont disposent les juristes pour régler les problèmes d'interprétation que leur posent les actes juridiques soumis à leur examen. Elle fait même figure, au moins dans le discours officiels de la Cour suprême du Canada, de méthode privilégiée pour dégager le sens ou la portée des actes juridiques émanant de l'État, comme les lois et les règlements. »

⁵²¹ Stéphane BEAULAC et Pierre-André CÔTÉ, «Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization», (2006) 40 *R.J.T.* 131.

⁵²² Stéphane BEAULAC, *Précis d'interprétation législative*, LexisNexis éd., Montréal, 2008., p. 40 et 41.

rapport à sa perception subjective quant à l'affaire mise en examen ; c'est-à-dire cette méthode interprétative permettrait aux juges d'être les plus objectifs possibles dans sa décision⁵²³.

[430] Concevoir une méthode d'interprétation peut être alors perçu comme un moyen contribuant à maintenir la sécurité juridique, car elle permettrait aux juges d'assurer le respect de certains principes d'interprétation et d'éviter le plus possible le conflit d'interprétation.

⁵²³ Pour une analyse plus complète de la méthode moderne de Driedger, nous nous référons à : Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1 L'enseignement de la « méthode moderne de Driedger » quant à la sélection des contraintes juridiques dans l'interprétation.

Conclusion du Chapitre 2

[431] L'approche analogique demeure toujours un outil d'interprétation à maîtriser sans pour autant abuser son utilisation (application analogique des anciens textes), puisqu'elle se dote des limites. L'empire de cette approche se limite là où commence la nécessité de mieux régir la nouvelle réalité par la nouvelle loi qui prend en compte les caractéristiques spécifiques des nouvelles technologies. Cette prise en compte permet à la nouvelle loi de mieux contribuer à maintenir la valeur primaire de l'état de droit qui est la « sécurité juridique ». Si dans l'état actuel des nouveaux textes régissant le formalisme du contrat électronique dans les États membres de l'ASEAN demeurent inintelligibles pour certains, ils participent notablement à maintenir la stabilité et prévisibilité juridique ; il n'en est donc pas question de les jeter à terre. La meilleure sortie que nous proposons pour combler cette lacune serait de trouver une « méthode interprétative » adaptée qui détient une place importante dans le mécanisme de la machine de justice, car elle permet de mieux comprendre la teneur des normes posées issues d'un couplage des termes à la fois juridique et technologique.

CONCLUSION DU TITRE 2

[432] L'interprétation des critères de l'écrit et de la signature conçus par les nouvelles lois demeure pour l'instant délicate. L'analyse des décisions de justice non seulement dans cadre de l'ASEAN, mais aussi celles des juridictions étrangères, le montre parfaitement : soit les juges se prêtent à prendre des risques d'erreur interprétative en utilisant ces nouveaux textes, soit ils retournent à leur « zone de confort » (anciens textes) en appliquant l'approche analogique, et ce en oubliant complètement les nouveaux textes qui sont toutefois susceptible de s'appliquer aux cas mis en examens.

[433] Ce retour aux anciens textes par l'approche analogique ou métaphorique n'est pas dénué de tout sens, mais elle ne procure qu'une sécurité juridique limitée et précaire comme elle ne peut pas régler le problème de la nouveauté des faits, puisque les anciens textes n'avaient pas pris en compte des caractéristiques spécifiques des technologies de l'information. Les nouveaux textes tentaient quant à eux de remédier à cette lacune tout en rehaussant la sécurité juridique pour les transactions électroniques. Si ces textes sont présentement peu accessibles en termes d'intelligibilité, une méthode d'interprétation mérite d'être mise en place pour les interpréter et les appliquer au lieu de les démolir et les reconstruire de nouveaux. Car cette méthode détient une place importante dans la contribution à la sécurité juridique.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

[434] Il en résulte que la réponse à notre problématique n'est aucunement de jeter les nouveaux textes qu'on a présentement à terre ni de remettre totalement en valeur l'ancien texte. Face à la difficulté de leur compréhension, de leur interprétation et de leur application, la solution ne devrait pas aller jusqu'à invalider ces textes, dont certains sont encore en projets (les cas du Cambodge et du Laos). Le produit actuel (les deux Lois types de CNUDCI) résulte d'une concertation des élites au niveau mondial, qui certes ne procure pas une solution unique et uniforme, mais c'est un meilleur point de départ dans l'encadrement de l'immatériel. Les variations qui peuvent se produire dans les diverses législations nationales devraient être rassemblées et raccourcies à une amplitude qui est susceptible, selon nous, d'être réglée par l'art interprétatif : *une méthode d'interprétation*. On devrait alors plutôt se questionner comment se servir de ces nouveaux textes dès lors que les anciens textes sont devenus impertinents. Car nous croyons que l'insécurité sera beaucoup plus grande en leur absence⁵²⁴. Si ces textes demeurent inaccessibles ou inintelligibles, la solution serait plutôt de trouver une technique ou une méthode appropriée pour décoder le sens et de les ramener à la norme que recèlent ces nouveaux textes dont l'objectif est de satisfaire à l'harmonisation du droit dans le cadre de l'ASEAN.

⁵²⁴ Prenons l'exemple d'un cas en Colombie-Britannique où la Cour n'a pas accepté les courriels comme preuve en raison entre autres de l'absence de législation qui gouverne cette matière. Il s'agit de la décision *McGarry v. Co-operators Life Insurance Co.*, 2011 BCCA 214 (CanLII), en ligne : <<http://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/2011/2011bcca214/2011bcca214.html>> (consulté le 05 mai 2013), citée par Robert CURRIE, Chidi OGUAMANAM et Stephen COUGHLAN, «Admissibility of Electronic Records», *IT.Can Newsletters/Bulletin*, 5 mai 2011., en ligne : <<http://www.it-can.ca/wp-content/uploads/newsletters/050511.pdf>> (consulté le 05 mai 2013) : « The British Columbia Court of Appeal has pointed to the non-existence of any rules governing the admissibility of electronic documents such as emails with its decision in *McGarry v. Co-operators Life Insurance Co.* ».

[435] C'est dans cet ordre d'idées que nous poursuivons notre recherche tout en essayant de répondre à la question suivante : *Face à la difficulté de compréhension, d'interprétation et d'application des lois nationales régissant le contrat électronique, quelle méthode d'interprétation devrait être utilisée pour mieux cerner les lois nationales régissant le formalisme du contrat électronique ?*

[436] Cette question nous situe bien évidemment dans l'hypothèse où notre recherche doit graviter autour des théories interprétatives. Ces dernières nous permettront de construire un cadre théorique approprié pour répondre à la question posée. Nous analyserons ces théories dans la partie suivante afin d'envisager les diverses théories interprétatives susceptibles d'être adoptées dans le cadre du développement de notre recherche avant de pouvoir ensuite tenter d'élaborer une/des méthodes appropriée(s) nous permettant de mieux saisir le sens des normes posées par ces textes régissant le formalisme du contrat électronique en question.

PARTIE 2 – La quête d’une méthode d’interprétation du formalisme du contrat électronique

« Assurément, la méthode (d’interprétation), en elle-même, n’est pas à créer. Elle existe, elle agit, elle a fait ses preuves. Mais c’est notre droit et, dans une certaine mesure même, notre devoir, d’en approfondir les bases, d’en apprécier le fonctionnement actuel, de chercher à la perfectionner »⁵²⁵

[437] Notre première partie visait à exposer la situation problématique concernant la production de nouveaux textes et l’interprétation jurisprudentielle de ces derniers. La solution que nous tentons de proposer pour remédier à cette situation tourne autour du phénomène d’interprétation tout en espérant mettre en place une méthode interprétative permettant aux juges des États membres de l’ASEAN de mieux saisir le sens de la norme posée par les nouveaux textes et de mieux satisfaire à l’objectif ultime de la communauté de l’ASEAN qui est l’harmonisation du droit du commerce électronique. Pour ce faire, une analyse théorique et pratique de l’interprétation nous paraît indispensable (**Titre 1**) avant de pouvoir bien cerner le phénomène d’interprétation et de pouvoir proposer une méthode adaptée aux nouvelles technologies et aux vœux d’une construction de la communauté de l’ASEAN (**Titre 2**).

⁵²⁵François GÉNY, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954. p. 7, par. 2.

TITRE 1 – Les analyses théoriques et pratiques de l'interprétation du formalisme du contrat électronique

« Suivre les règles, cela n'existe pas. Il n'y a pas quelque chose qui serait "la signification du langage", il n'y a que des significations dans des contextes »⁵²⁶

[438] Afin de mieux comprendre le phénomène d'interprétation du formalisme du contrat électronique, un regard sur les théories et les principes législatifs d'interprétation s'avère essentiel, car elles nous serviront de cadre de réflexion et de lentilles analytiques des activités interprétatives que devront exercer les juges qui font face aux nouvelles technologies de l'information (**Chapitre 1**). La jurisprudence quant à elle enrichira l'enseignement quant aux pratiques interprétatives qui illustreront les méthodes interprétatives réellement appliquées par les juges dans leur interprétation du formalisme du contrat électronique (**Chapitre 2**).

⁵²⁶ Walter Ben MICHAELS, *Southern California Law Review*, vol. 58-1985, cité par Paul AMSELEK, «La teneur indéçise du droit», (1991) *Revue du Droit Public* 1199-1216., en ligne : <http://paul-amselek.com/textes/teneur_indecise_droit.pdf> (consulté le 23 avril 2013).

CHAPITRE 1 – Les exposés des théories et principes d’interprétation applicables au formalisme du contrat électronique

[439] Ce chapitre tente d’exposer des théories d’interprétation entourant les activités interprétatives afin d’en tirer une qui soit susceptible de mieux expliquer notre thèse relative à l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique (**Section 1**), ainsi que d’effectuer l’analyse des dispositions légales portant sur les principes d’interprétation des lois en général et celles des lois régissant le formalisme du contrat électronique en particulier (**Section 2**).

Section 1 – L’exposé des théories d’interprétation applicables au formalisme du contrat électronique

[440] Le phénomène d’interprétation sous-tend diverses théories qui s’élaborèrent dans l’objectif de mieux expliquer les activités interprétatives. Il nous appartient dans cette section d’envisager de sélectionner une ou des théories qui nous semblent les plus pertinentes pour enrichir notre cadre de réflexion relative à l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique (**Paragraphe 2**). Mais avant tout, qu’est-ce l’interprétation? (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1 – Définir l'interprétation pour le cadre de notre recherche doctorale

[441] Notre tentative de théoriser le phénomène d'interprétation implique d'abord de définir ce qu'est l'*interprétation*. Il est utile de mentionner d'emblée que le choix des théories interprétatives comme cadre théorique général de notre thèse suppose que nous soyons en parfait accord avec le courant d'idées selon lequel le droit est interprétation. Le texte législatif n'a de sens que lorsqu'il est interprété. Nous sommes d'avis que l'interprétation est une activité constructive du sens plutôt que déclarative⁵²⁷. Les juristes énoncent des propositions du droit et ces dernières sont toutes des interprétations⁵²⁸.

[442] Ce courant d'idée prend le contre-pied de la doctrine du sens clair des textes, selon laquelle « il existe des textes clairs, dont le sens est évident, et qui, dès lors, n'ont pas besoin d'être interprétés »⁵²⁹. Nous trouvons que le fait même de dire que le texte est clair ou ambigu, c'est déjà l'interpréter. La doctrine du sens clair est contraire à la « texture ouverte » de H. L. Hart⁵³⁰ et aussi contraire à la réalité du langage⁵³¹. En effet dans les langages naturels comme dans le langage juridique, « la polysémie est la règle et non l'exception »⁵³². Et des concepts appartenant à ces langages « ne paraissent susceptibles de faire l'objet ni

⁵²⁷ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 287 par. 956-958

⁵²⁸ Ronald DWORKIN, «La théorie du droit comme interprétation», (1985) 1 *Droit et Société* 99.

⁵²⁹ Paul DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 2 éd., coll. «Faculté de droit de l'Université de Liège», Bruxelles, LARCIER, 2006., p. 85, par. 20.

⁵³⁰ Herbert L. HART, *Le concept de droit*, coll. «Traduction en français par M. V. D. KERCHOVE», Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005., p. 143 et s.

⁵³¹ Luc BEGIN et Yannick VACHON, «L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire ?» dans Marie-Claire BELLEAU et François LA CASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Laflleur, 2004, p. 721, à la p. 728, par. 3 : « En effet, il appert des études en sémantique que les mots utilisés dans un langage donné n'acquièrent leur signification que dans un contexte particulier. En ce sens, la doctrine du sens clair ne peut pas prétendre qu'une loi puisse être claire dans l'absolu ».

⁵³² François OST, *Dire le droit, faire justice*, coll. «Penser le droit», Bruxelles, Bruylant, 2007., p. 89, par. 3.

d'une délimitation nette ni, a fortiori d'une délimitation complète »⁵³³. Comme l'affirmait Paul Amselek, plusieurs facteurs rendent la teneur du droit indéterminée⁵³⁴ et amènent donc à l'ouverture de l'interprétation. L'interprétation se trouve donc au cœur de la théorie du droit. Mais qu'est-ce l'interprétation ?

[443] Pour la définir, partons du sens général au sens plus étroit ou spécifique du terme. Au sens général, l'interprétation peut être définie comme « l'ensemble des opérations nécessaires pour rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret »⁵³⁵ ; ou encore « l'interprétation juridique vise l'ensemble des opérations mentales nécessaires à la solution des cas d'espèce à l'aide des données juridiques faisant autorité »⁵³⁶. Au sens moins large, « l'interprétation juridique équivaut à la compréhension de toute expression juridique, indépendamment de l'hypothèse d'un doute quant à sa signification ou d'une défaillance dans sa formulation »⁵³⁷ ou encore elle « désigne toute forme de raisonnement juridique qui conduit à la solution d'un cas ou à la découverte d'une règle, indépendamment de la référence ou non à un texte »⁵³⁸. Alors qu'au sens propre, plus étroit, l'interprétation juridique « consiste à déterminer le sens du texte en vue de préciser la portée de la règle dans le contexte de son

⁵³³ *Id.*

⁵³⁴ P. AMSELEK, préc., note 526.

⁵³⁵ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, p. 326, passage repris par P. DELNOY, préc., note 529, p. 98, par. 3.

⁵³⁶ François OST et Michel van de KERCHOVE, «Interprétation», (1990) 35 *Arch. Philo. Dr.* 165., p. 170, par. 1.; Voir aussi F. OST, préc., note 532, p. 86, par. 3.

⁵³⁷ F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note 536, p. 170, par. 1.

⁵³⁸ Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 2007., p. 15, par. 2.

application »⁵³⁹, ou à « préciser le sens d'une expression linguistique dans l'hypothèse où celle-ci suscite un doute dans l'abstrait ou dans une situation concrète de communication »⁵⁴⁰.

[444] Ces définitions peuvent être résumées dans les mots de Pierre-André Côté qui retient au moins trois sens pour le terme d'interprétation, à savoir :

« Il désigne d'abord le processus par lequel sont déterminés le sens et la portée des règles énoncées dans le texte (...); il demande au lecteur un effort particulier, effort exigé par la présence d'une obscurité qu'il faut élucider (...); il désigne le résultat du processus d'interprétation. On dira, par exemple, que telle interprétation est préférable à toute autre »⁵⁴¹.

[445] Ces définitions ne sont que la surface du phénomène dont on a encore du mal à saisir le sens. Entamons alors davantage l'analyse de la teneur de cette notion par l'examen des trois modèles de la conception de l'interprétation.

[446] *Tout d'abord*, l'interprétation selon **le modèle exégétique** est « souvent définie comme une « explication de la loi », comme consistant à « saisir », « découvrir », « reconnaître », « déclarer », « éclaircir », « découvrir », ou « élucider » « le véritable sens de la loi », et non à « changer, modifier, innover », « réformer » ou « inventer » »⁵⁴². Le but principal de l'interprétation est de découvrir la volonté ou reconstruire la pensée du législateur au moment de l'adoption du texte⁵⁴³. Le modèle exégétique privilégie la méthode textuelle, autrement dit il favorise les lettres du texte plutôt que son esprit⁵⁴⁴.

⁵³⁹ *Id.*, p. 15, par. 2.

⁵⁴⁰ F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note 536, p. 170, par. 1.

⁵⁴¹ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 4 et 5

⁵⁴² F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note 536, p. 182, par. 3.

⁵⁴³ *Id.*, p. 183, par. 2.

⁵⁴⁴ *Id.*, p. 183, par. 3.

[447] Ensuite, selon le **modèle évolutionniste**, « l'interprétation n'apparaît plus comme acte de « reconnaissance », mais d'« adaptation », d'« innovation », de « création » ou de « rénovation » »⁵⁴⁵. « Le but de l'interprétation n'est plus de « suivre la volonté du législateur » ou de « rechercher obstinément quelle a été il y a cent ans, la pensée des auteurs du code » ni, *a fortiori*, de « rechercher quelle a pu être la pensée réelle, quoi que non exprimée, du législateur »⁵⁴⁶. Car la loi est ici considérée comme « un principe désormais isolé et comme indépendant de la volonté qui l'a créée » ou comme « une sorte d'outre vide que chacun remplit à son gré »⁵⁴⁷. Mais il s'agit de « découvrir les solutions les plus en harmonie avec l'équité et les besoins de la pratique », « d'oublier le sens historique d'un texte pour lui reconnaître un sens propre et évolutif », « de plier les lois aux besoins de l'heure présente », de « dégager des solutions dictées par la justice et l'utilité sociale »⁵⁴⁸. Ce modèle favorise l'esprit et la finalité du texte plutôt que ses lettres. Il s'agit de la méthode « téléologique »⁵⁴⁹. Ce modèle se trouve alors à l'autre extrême de la corde par rapport au modèle exégétique et présente des traits radicalement opposés à ceux de ce dernier.

[448] Ces deux modèles que nous venons d'aborder constituent les deux extrêmes de la conception de l'interprétation qui dépassent, selon nous, quelque peu la réalité interprétative. Cela suscite une considération dialectique afin de tracer une voie médiane permettant de mieux saisir l'interprétation. D'où, enfin, le troisième **modèle dit intermédiaire** ou plutôt les

⁵⁴⁵ *Id.*, p. 184, par. 3.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 184, par. 4 et p. 185 par. 1.

⁵⁴⁷ *Id.*, p. 185, par. 1.

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 185, par. 1.

⁵⁴⁹ *Id.*, p. 185, par. 2.

modèles, car il existe plusieurs autres modèles intermédiaires. On peut en citer deux : d'une part, le *modèle de la libre recherche scientifique*. Selon François Gény,

« interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime, ...sans idée préconçue sur son adaptation plus ou moins complète au milieu social dans lequel elle doit s'appliquer »⁵⁵⁰.

A l'encontre de nombreux exégètes, F. Gény précise encore que cette démarche exclut de rechercher « non pas ce que le législateur a effectivement voulu et arrêté, mais ce qu'il *aurait* décidé, si sa pensée s'était portée sur un tel objet »⁵⁵¹.

[449] D'autre part, *le modèle systémique*. Ce modèle interprétatif réside dans l'idée qu'« un texte d'une loi spéciale ne peut être interprété en lui-même, en lui seul », mais « doit être rapproché de l'ensemble de la législation, de tout le Droit du moment », c'est-à-dire le système de règles juridique, de principes ou de valeurs en vigueur⁵⁵². Si ce modèle maintient l'idée de la recherche de la volonté du législateur, il invite à rechercher non « la volonté du législateur de l'époque de promulgation, mais la *volonté du législateur actuel* »⁵⁵³. Il tend ainsi à « concilier « stabilité » et « évolution », respect de la volonté du législateur d'une part, et adaptation aux besoins sociaux du présent d'autre part »⁵⁵⁴. En bref :

« L'interprétation se voit alors assigner un nouvel objectif qui ne consiste ni à restituer servilement le sens originaire de la loi interprétée, ni à adapter

⁵⁵⁰ *Id.* , p. 185 par. 4 et p. 186 par. 1.

⁵⁵¹ *Id.* , p. 186, par. 1.

⁵⁵² *Id.* , p. 186, par. 3 et 4.

⁵⁵³ *Id.* , p. 186, par. 4.

⁵⁵⁴ *Id.* , p. 186, par. 4.

librement la loi aux besoins présents, mais à conserver l'harmonie du système considéré dans son ensemble et dans son évolution progressive »⁵⁵⁵.

[450] Cette définition de la notion de l'interprétation rime bien, nous semble-t-il, avec la conception dialectique qui fait de la coopération du législateur (auteur du texte) et du juge (interprète ou lecteur) un élément important, surtout dans le domaine nouveau tel que le droit du contrat électronique où le droit est en retard par rapport aux faits. La difficulté de prévenir le futur en ce domaine par le législateur devrait être remédiée par la technique d'interprétation assurée par le juge qui coopère en faveur de la meilleure application de la norme.

[451] Ces définitions ont pour fondement des diverses convictions supportées par des différents postulats et théories. Si l'interprétation est par essence un processus/procédé permettant au juge de déterminer le sens et la portée du texte juridique, elle n'est pas un acte arbitraire et doit suivre certaines règles ou certains principes regroupés sous des diverses convictions théoriques de l'interprétation qui sont prétendument reconnues comme pouvant mieux expliquer le phénomène en question. Afin d'en tirer une pour mieux expliquer notre thèse, vérifions alors certaines théories d'interprétation les plus connues par rapport à notre sujet d'étude : d'une part la théorie dite officielle (qui correspond au *modèle exégétique*), d'autre part la théorie du rôle supplétif (qui correspond au *modèle évolutionniste*) et enfin la théorie de création soumise à des contraintes (qui correspond au *modèle intermédiaire*).

⁵⁵⁵ *Id.*, p. 186, par. 4 et p. 187, par. 1.

Paragraphe 2 – La mise en application des théories d’interprétation pour interpréter des textes régissant le formalisme du contrat électronique

[452] Dans la recherche d’une ou plusieurs théories pertinentes parmi les théories interprétatives pour notre cadre théorique, nous sommes confrontés à deux thèses contradictoires. L’une repose sur le texte, à savoir : « tout le sens de la norme demeure dans le texte » ; alors que l’autre repose sur l’acte de volonté de l’interprète : « l’interprète a tous les droits sur le texte »⁵⁵⁶. La première réduit le rôle du juge, pour reprendre le propos de Montesquieu, à la simple « bouche qui prononce les paroles de la loi »⁵⁵⁷ et confère le monopole du sens au pouvoir législatif. La seconde met en avant le pouvoir de l’interprète. Le sens du texte relève du seul acte de volonté de l’interprète ; ceci se rapproche de la conception d’un monopole du juge, ou gouvernement des juges. Ces deux thèses constituent deux extrêmes qui tombent sous le coup de la « loi de la bipolarité des erreurs »⁵⁵⁸ où la meilleure solution serait d’emprunter la troisième voie dialectique, celle intermédiaire ou mixte.

[453] C’est cette perspective que prônent les auteurs renommés tels que le professeur Pierre-André Côté et le professeur François Ost. C’est en ce sens que François Ost a écrit que :

« C’est une théorie dialectique qu’il s’agit de construire pour faire justice à la pratique – une pratique de coopération entre auteurs et lecteurs qui tous, à leur place, contribuent à la lecture-écriture (à moins que ce soit l’écriture-

⁵⁵⁶ Nous nous référons aux deux thèses tirées de deux récits mentionnés par François OST, «L’Herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme : le jeu de l’interprétation en droit», (1993) VI *Revue Internationale de sémiotique juridique* 226., p. 226 et 227.

⁵⁵⁷ Charles D. S. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, vo. 1, Paris, Garnier, 1956, à la p. 171, passage repris par L. BEGIN et Y. VACHON, préc., note 531, p. 721, à la.p. 726

⁵⁵⁸ F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note 536.

lecture) du droit en réseau. Une pratique à la fois inventive et pourtant contrainte : (...) « création sous contraintes »⁵⁵⁹.

[454] Avant d'adopter cette théorie dialectique de la création soumise à des contraintes comme cadre général de notre thèse, nous allons la confronter à d'autres théories interprétatives importantes afin de vérifier la pertinence ou l'impertinence pour notre sujet. Pour ce faire, nous faisons appel au cadre d'analyse théorique des auteurs Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat⁵⁶⁰. Ces derniers ont fait état des trois importantes théories interprétatives à savoir « la théorie officielle de l'interprétation des lois », à laquelle ils opposent deux autres théories alternatives qui sont : « la théorie du rôle supplétif de l'interprète » et « la théorie de la création soumise à des contraintes ». Parmi ces théories, nous avons une préférence pour la dernière qui nous semble plus séduisante et la plus pertinente pour notre recherche doctorale.

[455] Examinons alors ces différentes théories, à savoir la théorie officielle (A), la théorie du rôle supplétif (B) et la théorie de la création soumise à des contraintes (C), tout en les vérifiant avec le sujet de notre thèse.

A. La théorie officielle de l'interprétation est-elle pertinente pour l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique ?

[456] C'est la théorie « officielle » puisqu'elle est considérée par des autorités reconnues, surtout par les tribunaux, et, du moins, par le législateur lui-même⁵⁶¹.

[457] Cette théorie officielle présente les traits saillants suivants :

⁵⁵⁹ F. OST, préc., note 532, p. 83, par. 2.

⁵⁶⁰ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55.

⁵⁶¹ *Id.*, p. 5, par. 11

« L'activité législative est une activité de communication (...) ; l'interprétation a pour objectif la découverte de l'intention du législateur (...) ; le sens que l'on recherche, c'est celui qu'a voulu le législateur à l'époque de l'adoption (...) ; le sens du texte repose dans celui-ci : il est prédéterminé (...) ; chaque texte possède un sens véritable et un seul (...) ; l'interprétation et l'application de la loi constituent deux phénomènes successifs et dissociés (...) ; le sens du texte peut être clair. Sinon, il peut être découvert par recours aux principes d'interprétation (...). »⁵⁶²

[458] La théorie officielle présente ainsi un caractère normatif par rapport à l'interprétation des lois. Elle est plus prescriptive que descriptive en ce qu'elle cherche moins à décrire comment les choses se passent qu'à prescrire comment elles devraient se passer. Elle sert de modèle à l'action des juristes, soit dans la recherche du sens contenu dans un texte (fonction heuristique), soit dans la justification du sens retenu dans un cas donné (fonction justificatoire)⁵⁶³.

[459] Ses fondements sont rattachables au principe de la souveraineté du parlement ainsi qu'au principe de la séparation des pouvoirs. Elle postule justement la passivité de l'interprète au plan politique et sa soumission à la volonté souveraine qu'exprime le texte. L'image la plus frappante de cette réalité est la célèbre phrase de Montesquieu selon laquelle « Le juge est la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁵⁶⁴. Il y a donc un respect du sens littéral des règles et de l'intention du législateur en vue d'une stabilité du droit et d'une immuabilité du sens de la loi.

[460] De nombreuses critiques ont été faites à cette théorie. En effet, cette théorie ne permet pas de mieux rendre compte de la réalité des activités interprétatives et elle est lacunaire. Les

⁵⁶² *Id.*, p. 6 et s.

⁵⁶³ *Id.*, p. 11, par. 32.

⁵⁶⁴ C. D. S. MONTESQUIEU, préc., note 557.

critiques n'ont pas pour effet de remettre en cause totalement l'intérêt de la théorie officielle, mais ils portent surtout sur le rejet de la part de la théorie officielle, de « l'élément subjectif dans le processus d'interprétation »⁵⁶⁵ et de « l'influence de l'application sur l'interprétation »⁵⁶⁶. Alors que la subjectivité et la créativité du juge imprègnent l'activité interprétative et l'application exerce une influence sur l'interprétation comme ce qui a pu être constaté dans la décision de Singapour⁵⁶⁷.

[461] Le professeur Pierre-André Côté, ne nie pas totalement l'intérêt de la théorie officielle, mais seulement, pour lui, cette théorie ne peut pas bien rendre compte de l'ensemble du phénomène de l'interprétation. À son avis,

« Cette théorie n'est pas dénuée de toute valeur explicative : elle contient une part de vérité. Toutefois, la théorie officielle ne rend pas compte convenablement de l'ensemble du phénomène de l'interprétation. Ainsi, deux réalités particulièrement importantes sont négligées, sinon occultées, par le modèle officiel: l'élément subjectif dans le processus d'interprétation et l'impact de l'application sur l'interprétation. En cela, la théorie officielle comporte des lacunes. »⁵⁶⁸

[462] Selon le professeur Stéphane Beaulac, qui soutient complètement les propos du professeur Pierre-André Côté, il mentionne dans son ouvrage trois principales carences de la théorie interprétative à savoir : **a.** La prétention d'être une théorie exhaustive; **b.** Le refus de

⁵⁶⁵ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 17, par. 54 et s.

⁵⁶⁶ *Id.*, p. 18, par. 58 et s.

⁵⁶⁷ Voir sur la part de subjectivité du juge dans une décision de la Haute Cour de Singapour *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, voir *infra* au point C. *La théorie de la création soumise à des contraintes applicable à l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique*, de ce même Paragraphe 2.

⁵⁶⁸ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 14 et 15.

reconnaître le rôle créateur de l'interprète; c. L'absence de considération du résultat sur la détermination du sens de la loi⁵⁶⁹.

[463] François Ost quant à lui admet que le modèle « officiel » de l'interprétation s'avère aussi impraticable juridiquement qu'il est contestable au plan philosophique⁵⁷⁰.

[464] Jerzy Wroblewski conteste la doctrine officielle (théorie officielle de l'interprétation) qui met l'accent sur le respect de l'intention du législateur au moment de l'adoption. Il la nomme « une idéologie statique de l'interprétation », « une conception où prédominent des préoccupations de stabilité des lois, de sécurité et de certitude juridique »⁵⁷¹. A cette idéologie, Jerzy Wroblewski oppose « l'idéologie dynamique de l'interprétation » qui « a pour valeur fondamentale la satisfaction des besoins actuels de la vie, c'est-à-dire qu'elle vise à donner aux problèmes d'interprétation la solution la plus favorable aux besoins de la vie dans le sens le plus large de ce mot »⁵⁷².

[465] Dans le même ordre d'idées, selon Gustavo Zagrebelsky, l'interprétation ne doit pas dépendre de l'intention du législateur, car cette dernière doit aussi être interprétée :

« [L]'interprétation ne dépend pas de la volonté du législateur qui prétend la régler; c'est au contraire la volonté du législateur qui dépend de l'interprétation, pour la simple raison que cette volonté doit, elle aussi, être interprétée. »⁵⁷³

⁵⁶⁹ S. BEAULAC, préc., note 522, pp. 13-15.

⁵⁷⁰ F. OST, préc., note 532, p. 81 par. 2.

⁵⁷¹ Jerzy WROBLEWSKI, «L'interprétation en droit : théorie et idéologie», (1972) 17 *Archive de philosophie du droit* 51., 63-68, repris par P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 12, par. 36.

⁵⁷² J. WROBLEWSKI, préc., note 571.

⁵⁷³ Gustavo ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000., p. 130

[466] Pour relativiser la remise en cause du critère de l'intention du législateur, le professeur Pierre-André Côté affirme qu'on ne doit pas déduire qu'« il faut renoncer, dans notre discours de juriste, à faire référence à l'intention du législateur ». Cette notion demeure indispensable, mais simplement, elle n'est pas la seule à prendre en considération pour bien rendre compte de la réalité de l'activité interprétative⁵⁷⁴.

[467] Pour vérifier la pertinence de cette théorie, nous plaçons ces caractéristiques dans le cadre de notre recherche relative au droit du contrat électronique dans l'ASEAN.

[468] Tout d'abord, dans l'interprétation des textes de loi régissant du contrat électronique dans l'ASEAN, on aura du mal à nous cantonner seulement à la seule intention législative étatique pour découvrir le « vrai sens » ou le « meilleur sens » de la norme posée. En effet, la *rationalité* derrière chaque disposition est établie non pas durant le processus normal d'élaboration des normes au niveau étatique, mais au niveau international par le « Working Group » au sein de la CNUDCI, organisation composée d'États de toutes les régions se situant à tous les niveaux de développement économique. Il se peut que la transposition de ces dispositions n'ait pas été faite en ayant bien tenu compte de toutes les spécificités contextuelles quant au système juridique étatique et au niveau de développement des technologies d'informations. Le retour sur le texte original permettrait alors de mieux clarifier le sens de la norme posée dans ces législations nationales en cas de doute.

[469] Par ailleurs, on remarque également que la théorie officielle de l'interprétation ne peut pas mieux expliquer le processus décisionnel du juge par le fait même que cette théorie ne tient pas compte des conséquences d'application sur l'interprétation et qu'elle fait partie de

⁵⁷⁴ Pierre-André COTE, «La notion d'interprétation manifestement déraisonnable - Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation», (1992) *Conférence des juristes d'État* 107., p. 119, par. 2 et 3.

l'idéologie statique, selon laquelle le sens de la loi est celui du moment de son adoption. L'idéologie dynamique conviendrait mieux avec le droit des technologies qui tend à encadrer la réalité vivante des technologies qui avancent d'une manière multidirectionnelle et incessante⁵⁷⁵.

[470] Il s'ensuit que la théorie officielle ne peut pas constituer un cadre théorique approprié pour notre recherche projetée. Quel serait alors le modèle interprétatif autre que ce modèle officiel susceptible d'avoir un pouvoir explicatif de l'activité interprétative dans le cadre notre recherche ?

[471] À cette théorie officielle s'opposent généralement deux autres théories que nous abordons successivement pour savoir si elles se vérifient avec le cadre théorique de notre recherche.

B. La théorie du rôle supplétif est-t-elle pertinente pour l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique ?

[472] Le second courant des théories interprétatives est la théorie du rôle supplétif de l'interprète⁵⁷⁶. Si les détails sont fournis, ils démontreraient son incapacité à expliquer l'activité interprétative. Nous ne prenons alors que les principales caractéristiques de cette théorie pour montrer ses lacunes comme suit.

⁵⁷⁵ La jurisprudence s'imprègne de l'idéologie dynamique en matière de la qualification de l'écrit et de la signature face aux nouvelles technologies de l'information. Nous le montrerons dans Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 – *Les interprétations larges et libérales de l'écrit et de la signature : interprétation contextuelle et interprétation téléologique*.

⁵⁷⁶ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 20, par. 64 et s.

[473] La théorie du rôle supplétif de l'interprète reconnaît, à la différence de la théorie officielle, la part de la subjectivité et le rôle créateur du juge. Cependant, ces derniers n'ont qu'un caractère supplétif pour cette théorie. Le juge est amené à exercer son rôle créateur seulement dans les cas difficiles et non dans des cas simples, où le sens du texte est prédéterminé et clair. Cette conception présume ainsi la distinction entre les cas simples et les cas complexes ou difficiles. Autrement dit, il pourrait y avoir certains cas où les textes sont évidents et d'autres qui au contraire ne le sont pas. Il semblerait par conséquent que cette théorie supporte en partie la doctrine du sens clair qui suppose l'existence de clarté du texte pour certains cas où il n'y aura pas la nécessité de l'interpréter. Alors que dans la réalité, il n'existe pas de ligne de démarcation qui trace clairement cette séparation. La clarté d'un texte législatif est très subjective et dépend beaucoup du lecteur⁵⁷⁷, et comme le mentionne Paul Ricoeur, « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »⁵⁷⁸. Si Pierre-André Côté tente de mettre en place un critère plus objectif qu'est « le destinataire type ou le lecteur raisonnable ou encore interprète raisonnable »⁵⁷⁹, et François Ost quant à lui le critère du « lecteur modèle »⁵⁸⁰, il demeure que les textes législatifs régissant du contrat électronique dans l'ASEAN ne semblent pas, à notre avis, évidents ou clairs à leur égard (interprète raisonnable et lecteur modèle). Il serait difficile, du moins pour l'instant, d'établir un critère objectif permettant de dire que les textes en question sont clairs dans certains cas et non dans certains autres. Car ces textes, fils des lois types de la CNUDCI, sont issus d'un couplage de

⁵⁷⁷ P.-A. COTE, préc., note 574, p. 117, par. 4 : « La notion de texte clair fait indubitablement appel à une appréciation de prime abord subjective, ce qui explique d'ailleurs qu'un texte qui paraît clair à une personne puisse ne pas sembler tel à une autre. »

⁵⁷⁸ Propos de Paul RICŒUR, cité par *id.*, p. 111, par. 4.

⁵⁷⁹ *Id.*, p. 116 et s ; Voir également P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 50 et s.

⁵⁸⁰ F. OST, préc., note 532, p. 97

deux disciplines qui n'avaient pas d'habitude de se rencontrer. Le langage emprunté des technologies dans ces textes pourrait tromper l'interprète quant à la teneur de la norme qu'ils tendent à prescrire. Cela pourrait engendrer des difficultés pour faire le lien entre les règles abstraites avec la réalité nouvelle, vivante et changeante. On pourrait dire qu'il existe une rupture assez profonde face à « une scission qui s'est produite dans la nature du texte juridique »⁵⁸¹, une scission entre le langage juridique traditionnel et le langage technojuridique ; ce dernier est nécessaire pour embrasser la diversité des technologies constituant la nouvelle réalité, mais causerait, pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, « un problème psychosociologique de compréhension, donc de communication »⁵⁸². Si c'est le cas, notons d'emblée que ce n'est peut-être qu'une question d'âge ou de génération, non point de gènes ou de neurones⁵⁸³.

[474] Sur ce point, la théorie du rôle supplétif de l'interprète est fort critiquable.

[475] La présente théorie tend aussi à considérer le rôle du juge comme substitutif au législateur dans la création du sens de la loi quand la teneur de cette dernière est indécise. Sur ce, on pourrait reprocher une telle conception du rôle du juge dans la mesure où elle remet

⁵⁸¹ J. CARBONNIER, préc., note 162, p. 1246

⁵⁸² *Id.*, p. 1246: « Or à notre époque, une scission s'est produite dans la nature du texte juridique. Si le plus souvent il reste fidèle à son langage ancestral, qui est le discours littéraire, le développement des techniques l'a amené à adopter parfois un langage formalisé, des formules mathématiques prêtes pour l'informatisation. Ce qui peut soulever un problème psychologique de compréhension, donc de communication ».

⁵⁸³ Je me réfère au propos du Doyen Jean CARBONNIER, *id.* p. 1247 : « On nous répondra qu'au début du siècle dernier, les lettres, qu'elles fussent imprimées dans le Code de Napoléon ou grossoyées par les notaires, étaient lettres mortes pour les illettrés, fraction alors notable de la population, mais qu'il avait suffi de vingt ou trente années de scolarisation plus ou moins obligatoire pour alphabétiser la France entière. D'un effort comparable d'éducation, ne pourrait-on escompter maintenant que soit universalisé l'accès à l'autre sorte d'écriture ? L'analogie est pertinente – à condition toutefois que l'imperméabilité aux textes formalisés soit bien une affaire d'âge ou de génération, non point de gènes et de neurones. »

complètement en cause les principes de séparation des pouvoirs et de souveraineté du parlement.

[476] Comme ce qu'a écrit François Ost, qui tend à préciser la signification de la codétermination du sens par l'auteur du texte (législateur) et l'interprète (juge), en mentionnant que :

« (...) il ne s'agit pas ici d'une intervention subsidiaire du juge qui prendrait le relai du législateur dans les cas (rares) de défaillance de la formule légale. Ce n'est pas à un tel replâtrage du modèle officiel, au bénéfice de cette maigre concession au juge, qu'il convient de s'attacher pour penser l'interprétation à l'heure du droit en réseau »⁵⁸⁴.

[477] C'est plutôt l'approche de coopération ou de collaboration⁵⁸⁵ et non pas de substitution que l'on doit concevoir dans le rôle du juge – surtout dans le domaine en expansion du contrat électronique qui nous concerne.

[478] Nous croyons que dans un domaine en émergence tel que le notre (le droit du contrat électronique) où le droit est en retard par rapport aux faits, le juge doit jouer un rôle de collaboration dans la détermination et l'actualisation du vrai sens ou du meilleur sens du texte. Il ne remplace pas le législateur, mais il coopère avec lui en adaptant le texte législatif, moyen formel pour dire le droit, aux faits qui évoluent au jour le jour.

[479] On se rend donc compte que cette théorie ne présente pas les caractéristiques suffisamment appropriées pour démontrer la réalité de l'activité interprétative de manière

⁵⁸⁴ F. OST, préc., note 532, p. 82, par. 3.

⁵⁸⁵ P.-A. COTE, préc., note 574, p. 119, par. 3.

générale. Elle manque donc de pertinence pour le cadre théorique de notre thèse en particulier⁵⁸⁶.

[480] Qu'en est-il alors de la « théorie de création soumise à des contraintes » ? Pourrait-elle mieux expliquer l'activité interprétative exercée par le juge ?

C. La théorie de la création soumise à des contraintes applicable à l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique

[481] La troisième théorie est celle de la création soumise à des contraintes pour laquelle nous avons une préférence. Il s'agit de la théorie alternative à la théorie officielle préconisée par la doctrine depuis les années 1980⁵⁸⁷.

[482] Selon cette théorie, l'essence de l'exercice d'interprétation n'est pas la découverte d'un sens prédéterminé, mais plutôt le processus d'interprétation qui détermine le sens à la norme juridique contenue dans le texte législatif. L'interprétation est vue comme « impliquant un processus de création encadrée du sens des textes »⁵⁸⁸.

[483] Cette théorie est reconnue par la doctrine comme pouvant remplir les trois critères imposés au modèle interprétatif qui sont : mettre en valeur *la part de la subjectivité et du rôle créatif du juge* dans l'activité interprétative, reconnaître *l'influence de l'application de la loi*

⁵⁸⁶ Nous verrons plus tard que les juges, quelque soit la nouveauté du problème, choisirait plutôt de prendre le chemin de l'interprétation dynamique que de remplacer le législateur dans sa recherche de justice. Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 – *Les interprétations larges et libérales de l'écrit et de la signature : interprétation contextuelle et interprétation téléologique.*

⁵⁸⁷ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 22, par. 72, notes 47 et 48.

⁵⁸⁸ *Id.*

sur son interprétation, et accepter que *l'intention du législateur* ne soit pas l'unique valeur à prendre en considération.⁵⁸⁹

[484] La présente théorie reconnaît un rôle créateur à l'interprète (surtout au juge⁵⁹⁰) et *sa part de subjectivité* dans la détermination voire la construction du sens de la loi. Mais cette création est encadrée par *des contraintes* « issues des traditions et des méthodes d'interprétation en usage »⁵⁹¹.

[485] Les deux piliers de cette théorie qui sont, d'une part, *le rôle créateur de l'interprète* et *sa contribution subjective* (a), et d'autre part *des contraintes* exerçant un effet sur la création du sens des textes, nécessitent une clarification (b).

a) *Le rôle créateur de l'interprète et sa contribution subjective dans l'interprétation*

[486] Tout d'abord, concernant le rôle créateur et la part de subjectivité du juge, « puisque le sens d'un texte est construit par celui qui procède à son interprétation, ce modèle conduit à reconnaître la relativité du sens et des normes : on ne peut dès lors négliger l'élément personnel et subjectif de l'activité interprétative »⁵⁹². L'activité d'interprétation implique de la part de l'interprète qu'il procède à des choix qui font appel à sa personnalité, ses croyances, ses valeurs⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Il s'agit des trois conditions que M. Pierre-André CÔTÉ et ses collaborateurs imposent au modèle de l'interprétation des lois, voir *id.*, p. 20, par. 63, et également S. BEAULAC, préc., note 522, p. 15, par. 3.

⁵⁹⁰ S'il est moins prononcé quant à la créativité du juge dans le système de droit civil, une thèse de Cyrille CHARBONNEAU y consacre pleinement, voir Cyrille CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, IRJS ÉDITIONS, 2011.

⁵⁹¹ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 23, par. 72

⁵⁹² *Id.*, p. 23, par. 73.

⁵⁹³ *Id.*, p. 18, par. 56.

[487] Dans la même veine pour cette conception du rôle du juge, Madame la juge L'Heureux Dubé, juge à la Cour suprême du Canada a affirmé par exemple « (...) qu'il est inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et se reflète dans ses jugements »⁵⁹⁴. Selon elle, « l'objectivité est chose impossible parce que les juges, comme tous les autres humains, sont conditionnés par leur propre perspective »⁵⁹⁵.

[488] Madame la juge a bien pris le soin de préciser que :

« Il y a en chacun de nous une tendance qu'on peut appeler philosophie ou autre chose, qui donne cohérence et orientation à la pensée et à l'action. Le juge ne peut pas plus se soustraire à ce courant que le commun des mortels. Sa vie durant, des forces dont il n'a pas conscience et qu'il ne peut nommer, l'ont entraîné – instincts, atavismes, croyances traditionnelles, convictions acquises ; et la résultante est une perspective sur la vie, une conception des besoins sociaux... Chaque problème qui se pose à l'esprit se détache sur cette toile de fond. »⁵⁹⁶

[489] Cette conception de l'activité interprétative du juge n'est pas loin de celle d'un grand philosophe du droit américain Ronald Dworkin. Selon lui, la part de subjectivité telle que « la conviction personnelle » contribue au processus décisionnel du juge. La preuve la plus éclairante résulte du fait qu'il critique le discours formel lors de l'audition de la Juge Sotomayor⁵⁹⁷ pour sa nomination à la Cour suprême des États-Unis, selon laquelle l'élément subjectif (conviction personnelle) du juge n'a aucun effet sur l'affaire en mains et la seule fonction du juge est d'être fidèle à la loi. Sur ce, Dworkin considère ce discours comme un mythe, et le propos de « fidélité à la loi » n'est à son avis qu'un mensonge :

⁵⁹⁴ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R. C. S. 484, à la p. 501, passage repris par L. BEGIN et Y. VACHON, préc., note 606, p. 735, par. 1.

⁵⁹⁵ *Id.*

⁵⁹⁶ *Id.*

⁵⁹⁷ Voir notamment CBSNEWS, «Sotomayor Hearing Underway», 13 juillet 2009., en ligne : <<http://www.cbsnews.com/video/watch/?id=5156938n>> (consulté le 24 avril 2013).

« There's a great myth abroad in America which is that a judge can decide cases by just saying I will apply the law whatever it is and my personal convictions will have nothing to do with the matter. Now I say this is a myth because it's impossible to do that" (At 1'20"). (...) Nominees are required to stand before the nation and tell a lie" (At 2'24") »⁵⁹⁸ (Notre soulignement)

[490] En effet, le discours formel cache-t-il toujours la réalité de l'interprétation ? Ce genre de discours formel, tel que celui relatif à la « conviction politique personnelle », peut être également illustré dans le contexte du droit de Singapour. Le Juge en Chef de la Haute Cour de Singapour Chan Sek Keong a eu récemment l'occasion de mentionner que :

« The Judiciary is aware of its responsibilities as the third arm of the state. Whatever their personal political persuasions, judges do not let political considerations influence their decisions (...) Judge do justice not politic (...) It was not in the national interest for the Government to have a subservient judiciary. »⁵⁹⁹

[491] Il s'avère que, selon ces auteurs, la créativité et la subjectivité imprègnent l'activité interprétative du juge. Pour bien illustrer ce propos, revenons à notre exemple de la décision de justice à Singapour⁶⁰⁰. Dans cette affaire, la créativité du juge résulte du fait même que le juge adapte la notion de l'écrit prévue par le *Civil Law Act* de Singapour à la réalité des faits en mettant à jour la signification de cette notion afin de tenir compte des changements des technologies. Rappelons que la disposition du *Civil Law Act* en question n'est que la reprise du *Statute of Frauds* d'Angleterre de 1677, à une époque où les écrits sous forme électroniques étaient loin d'être envisageables. En acceptant le courriel comme satisfaisant

⁵⁹⁸ Écouter l'interview de Ronald DWORKIN par Hugh EAKIN sur les séries de baladodiffusion en ligne de *The New York Review of Books*, en ligne : <<http://media.nybooks.com/072009-dworkin.mp3>> (consulté le 24 avril 2013) ; Voir également Simon FODDEN, «Dworkin on Sotomayor», 19 août 2009., en ligne : <<http://www.slaw.ca/2009/08/19/dworkin-on-sotomayor-hearings/>> (consulté le 22 avril 2013).

⁵⁹⁹ Selina LUM, «Judges do justice, not politics: Chief Justice Chan», (2012) *Straits Times 16 Feb. 2012.*, en ligne : <<http://ifonlaysia.blogspot.ca/2012/02/judges-do-justice-not-politics-cj-chan.html>> (consulté le 06 mai 2013).

⁶⁰⁰ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

aux exigences de l'écrit et de la signature prévue par *Civil Law Act*, le juge procède à la création ou encore à la construction du sens de la loi. En faisant ainsi, le juge était personnellement convaincu que le verdict ne devrait pas aller dans l'autre sens qui est d'invalider les communications électroniques. Cette conviction personnelle résulte de la réalité des faits qui devraient recevoir une application différente de ce qui est susceptible de s'appliquer selon la lettre du texte, comme ce qu'il a mentionné :

« Whether an e-mail can satisfy the requirements for writing and signature found in that provision will be decided by construing s 6(d) of the CLA itself and not by blindly relying on s 4(1)(d) of the ETA. »⁶⁰¹

[492] Si le sens d'un texte est construit par celui qui procède à son interprétation, « cette construction du sens par l'interprète comporte un aspect social important : il n'est pas libre d'agir à sa fantaisie »⁶⁰². Nous verrons donc **ensuite** la notion des contraintes.

b) Les contraintes interprétatives

[493] Cette notion se trouve quelque peu dans l'ombre. Sans clairement définir les composants des contraintes, le professeur Pierre-André Côté et ses collaborateurs se contentent d'énumérer de manière non exhaustive certains éléments pouvant constituer une forme de poids pesant sur la création du sens par l'interprète. Selon eux, ces contraintes sont issues « des traditions et méthodes d'interprétation en usage »⁶⁰³. Elles peuvent également résulter du fait de l'appartenance à une « communauté juridique », de l'obligation de

⁶⁰¹ *Id.*, par. 76.

⁶⁰² P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 23, par. 73

⁶⁰³ *Id.*, p. 23, par. 72.

convaincre un « auditoire » de l'acceptabilité du sens proposé⁶⁰⁴. Pour apporter plus de clarification, ils ont pris l'exemple des contraintes qui pèsent sur le juriste canadien dans la détermination du sens des textes législatifs, sous forme d'un cadre préétabli, constitué de directives d'interprétation qui se composent en particulier :

« des **objectifs** qu'il doit poursuivre (notamment, *un objectif explicite* : la recherche de l'intention du législateur et *un objectif tacite* : l'application raisonnable du texte) et des **facteurs** qui peuvent ou qui doivent être pris en considération dans l'interprétation (notamment : *la formulation du texte interprété, système juridique dont ce texte fait partie, l'historique du texte, ses finalités, les conséquences de son application, les autorités*). »⁶⁰⁵

[494] Ces auteurs étalent donc une gamme de conditionnements susceptibles d'être pris en considération dans la détermination du sens de la loi.

[495] Pour Madame la juge L'Heureux-Dubé, la part du subjectif du juge et sa créativité ne s'exercent pas sans borne. En effet, ces facteurs subjectifs devront se confronter à diverses contraintes qui peuvent sérieusement affecter l'image publique du juge. Afin d'éviter ce risque, la juge L'Heureux-Dubé, sous la plume de Luc Bégin et Yannick Vachon, prône l'ouverture afin que le juge prenne conscience de sa propre perspective et s'ouvre aux différents points de vue⁶⁰⁶. Cette ouverture permet au juge de se distancier par rapport à sa propre subjectivité et, par conséquent, de minimiser cette dernière. Cette distanciation se réalise par le respect de certaines contraintes dans le processus décisionnel ; lesquelles se

⁶⁰⁴ *Id.*, p. 23, par. 73.

⁶⁰⁵ *Id.*, p. 24, par. 74.

⁶⁰⁶ L. BEGIN et Y. VACHON, préc., note 531, p. 735, par. 4 et 5.

nomment « contraintes formelles », que sont la *cohérence* du droit et l'*intégrité* du système judiciaire⁶⁰⁷.

[496] Entre autres, François Ost semble aussi contribuer à clarifier certains éléments de contraintes par sa mention selon laquelle :

« Entre le texte de la loi et la norme que l'interprète en dégagera, un gouffre se creuse que ni l'intention du législateur ni la lettre du texte ne suffisent à combler. C'est que ce texte, pour donner naissance à la norme, doit faire l'objet d'une double confrontation : avec le complexe des faits, tout d'abord, aussi variés qu'évolutifs, avec les exigences de la raison et de l'équité, d'autre part, dont nul ne peut faire la synthèse *a priori*. On ne décide donc que sur fond d'indécidable. »⁶⁰⁸ (Nos soulignements)

[497] On peut en déduire que les contraintes qui contribuent à déterminer le « vrai sens »⁶⁰⁹ du texte devraient comprendre non seulement l'intention du législateur et le texte de la loi, mais aussi d'autres facteurs qui tiendraient compte de la complexité des faits et des exigences de la raison et de l'équité. Ces autres facteurs sont, selon lui, impossibles à synthétiser.

[498] L'auteur avait également pris le soin d'en énumérer quelques uns comme suit : « En droit, par exemple, le texte juridique est censé conforter la *justice*, l'*utilité*, la *rationalité*, le *sens commun*, et l'interprétation la plus satisfaisante sera celle qui rencontrera le mieux ces diverses attentes. »⁶¹⁰ Implicitement l'auteur énumère certains composants importants des contraintes dans le processus interprétatif, tels que : la *justice*, l'*utilité*, la *rationalité* et le *sens commun*.

⁶⁰⁷ *Id.*, p. 736, par. 1 et s.

⁶⁰⁸ F. OST, préc., note 532, p. 81, par. 2.

⁶⁰⁹ Je me réfère à la signification du « vrai sens » présentée par Pierre-André COTE, «Le sens en droit entre vérité et validité», (1999) 42 *R.I.E.J.* 7.

⁶¹⁰ F. OST, préc., note 532, p. 89, par. 2

[499] Jusqu'à cette ligne, les éléments de contraintes présentés semblent fort divers et dispersés. Jerzy Wroblewski, quant à lui, mentionne trois façons d'encadrer l'interprétation, primo, par la terminologie dans la source juridique (*Contexte linguistique*) ; secundo, par l'ensemble du corpus normatif du système juridique (*Contexte systémique*) ; et tertio, par les effets pratiques de l'application de la norme (*Contexte fonctionnel*)⁶¹¹. C'est ce qu'a également mentionné François Ost, malgré que les appellations soient différentes : *contexte sémantique* au lieu de contexte linguistique, *contexte syntaxique* au lieu de contexte systémique et *contexte pragmatique* au lieu de contexte fonctionnel, alors que leurs significations sont respectivement similaires⁶¹².

[500] Ces trois contextes à prendre en considération comme sources de contraintes dans la détermination du sens du texte législatif nous semblent vérifiables dans le cadre de notre sujet de recherche.

[501] En effet, concernant, d'une part, le *contexte linguistique* ou *sémantique*, en plus de ce qui est mentionné plus haut sur la technicité du langage des textes législatifs régissant le contrat électronique dans l'ASEAN, un autre aspect du contexte linguistique de ces textes concerne les langues nationales des États membres de l'ASEAN. Parmi ces derniers, il n'y a

⁶¹¹ J. WROBLEWSKI, préc., note 571, p. 60 : « L'interprète devrait favoriser le sens qui, tout à la fois, s'accorder avec le sens des termes interprétés (contexte linguistique), avec les autres règles du système juridique (contexte systémique) et avec les exigences du raisonnable dans le cas d'espèce (contexte fonctionnel) », passage repris par P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 24, note de bas-page 55, et par S. BEAULAC, préc., note 522, p. 16, par. 2.

⁶¹² F. OST, préc., note 532, p. 90, par. 2 : « À côté du contexte formé par les langages naturels et juridique (contexte sémantique), le juge prend aussi en compte (même si l'opération n'est pas toujours explicite) le contexte syntaxique formé par le système au sein duquel s'intègre la disposition interprétée, ainsi que le contexte sociétal global sur lequel vont peser les conséquences du jugement en gestation (contexte pragmatique) ».

que deux États membres (Singapour et Philippines) qui ont l'anglais comme langue nationale/officielle. D'autres États membres ont de langues nationales différentes⁶¹³.

[502] L'usage des langues différentes pourrait causer fort possiblement des différences d'interprétations sur des dispositions similaires. En effet, déjà dans une même langue anglaise, la professeure Amelia H. Boss affirme qu'il serait naïf de dire que l'utilisation de la même langue dans l'*Uniform Electronic Transactions Act* et la Convention de la CNUDCI sur l'utilisation de communications électroniques conduira inévitablement au même résultat d'interprétation et d'application⁶¹⁴. Alors que ces deux textes sont en anglais et s'inspirent largement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, et leur différence n'est que minime.

[503] Dans cette optique, à cause de la nature plurilingue des textes juridiques au sein de l'ASEAN, l'interprétation textuelle doit nécessairement être prise au sérieux et complétée par d'autres méthodes d'interprétation. Cependant, au niveau des institutions de l'ASEAN, la

⁶¹³ Voir *Liste des États membres de l'ASEAN*, en ligne : <http://en.wikipedia.org/wiki/ASEAN_members> (consulté le 22 avril 2013)

⁶¹⁴ Amelia H. BOSS, «The United States' Perspective on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts» dans Amelia H. BOSS et WOLFGANG KILIAN (dir.), *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*, Wolters Kluwer Law & Business éd., 2008, p. 263-314, à la p. 286 : “Domestic law and the Convention may initially be compatible, but it is naïve to conclude that any minor difference are merely differences in articulation (not substance) or that the use of the same language would inevitably lead to the same result under both the Convention and comparable United State legislation when interpreted and applied. (...) There is no guarantee that a court would interpret the language to arrive at an interpretation that assures uniformity of treatment between Convention and the UETA, however.”

langue officielle est l'anglais⁶¹⁵ et elle est, par ailleurs, la langue choisie pour les technologies d'information de manière générale⁶¹⁶.

[504] Il s'ensuit qu'en droit du contrat électronique, compte tenu de l'origine international du texte à interpréter, le juge national devrait se référer au texte originaire anglais en cas de difficulté de compréhension ou de conflits d'interprétation, afin de bien déterminer le « vrai sens » de la norme contenu dans ces textes. Car il est possible qu'il y ait des mots ou expressions qui sont improprement traduits de l'anglais en langue nationale, ou qu'il n'y ait pas les équivalences en langue nationale de l'État membre concerné.

[505] La prise en compte du contexte linguistique nous semble donc essentielle, voire indispensable, surtout en cas de difficulté de compréhension ou en cas de conflits d'interprétation.

[506] D'autre part, en ce qui a trait au *contexte systémique* ou *syntactique*, la cohérence systémique à laquelle l'interprète peut ou doit se conformer est divisée en deux ordres, premièrement interne : à l'ensemble du texte régissant des contrats électronique et aux textes législatifs qui le concernent ; et deuxièmement externe : au contexte d'harmonisation au niveau régional, au besoin de la facilitation du commerce électronique et de la réalisation de

⁶¹⁵ Voir notamment l'article sur le site web de wikipedia, en ligne : <<http://en.wikipedia.org/wiki/ASEAN>> (consulté le 21 avril 2013).

⁶¹⁶ Termsak CHALERM PALANUPAP, «ASEAN-10: Meeting the Challenges», 1 juin 1999., en ligne : <http://www.asean.org/resources/item/asean-10-meeting-the-challenges-by-termsak-chalermalanupap> (consulté le 21 avril 2013), voir le paragraphe «59. Since English is the only official language in ASEAN, Cambodia, Laos and Vietnam have adopted English as their chosen second language. This will certainly bring about great practical benefits to the younger generations in these former French colonies since English is the dominant language in commerce in this part of the world, and English is also the language of choice in IT, computer software and websites on the Internet.»

marché commun. A titre d'exemple, dans le projet de la législation cambodgienne sur le commerce électronique, l'article 15 (2) dispose que :

« (2) In the course of drafting regulations under this article, [.....] has a duty to give full and due consideration to recommendations, policies and standards endorsed by the ASEAN Secretariat or other relevant organizations. »⁶¹⁷

[507] Cette disposition insère un principe qui a pour effet de subordonner la réglementation cambodgienne à la conformité des politiques et standards soutenus par « *ASEAN Secretariat* » ou par d'autres organisations concernées. Il s'ensuit que dans le cadre du droit du commerce électronique, la cohérence systémique interne doit être complétée par celle externe qui est, en l'occurrence, l'ensemble des recommandations, les politiques et standards reconnus ou supportés par le Secrétariat de l'ASEAN ou par d'autres organisations concernées. Par conséquent, l'interprétation du texte en question conduira inévitablement à rechercher son sens non seulement au regard du corpus juridique interne mais aussi de ces éléments extrinsèques qui déterminent le contexte systémique régional de l'ASEAN.

[508] Enfin, la considération du *contexte fonctionnel* ou *pragmatique* dans l'interprétation par le juge des pays de l'ASEAN, peut être également illustrée par la décision de Singapour mentionnée. Plus tôt dans cette décision, si le juge procède à la créativité de son interprétation, il est soumis à un certain nombre de contraintes. Ces contraintes sont liées à l'effet même de l'application des textes législatifs. Il s'agit de « **justice et sens commun** » comme ce qu'il a bien pris le soin de mentionner comme suit :

« I therefore find that the e-mail correspondence which constituted the memorandum of the contract (as specified in [73] above) was "in writing"

⁶¹⁷ Article 5 (2) prévu dans (*Draft*) *Law on Electronic Commerce (2009)* du Cambodge.

for the purpose of s 6(d) of the CLA. I am pleased to be able to come to this conclusion which I think is dictated by both justice and common sense since so much business is now negotiated by electronic means rather than by letters written on paper and, in the future, the proportion of business done electronically will only increase. »⁶¹⁸

[509] De sorte que le juge tient compte de la conséquence de l'application des textes en faisant le lien avec certaines valeurs à promouvoir « **justice et sens commun** » liées aux besoins actuels de la vie ou de la réalité sociale. Ces termes font partie de l'exemple de contraintes mentionnées par François Ost⁶¹⁹.

[510] Il en résulte que la théorie de la création soumise à des contraintes est susceptible selon nous de rendre mieux compte de l'activité interprétative des juges des États membres de l'ASEAN. Elle constitue donc un cadre théorique général pertinent dans le développement et la démonstration de notre thèse.

[511] Pourtant, on est face maintenant à une gamme de contraintes très variées et étendues entourant l'activité de l'interprétation qui nécessite une clarification pratique quant à leur teneur et typologie au travers les textes existant.

[512] Les contraintes sont de nature législative ou jurisprudentielle et se présentent sous forme de principes ou règles d'interprétation. En l'occurrence, ces règles ou principes d'interprétation sont de nature plus législative que jurisprudentielle.

⁶¹⁸ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

⁶¹⁹ F. OST, préc., note 532, p. 89, par. 2.

Section 2 – L'exposé des principes d'interprétation applicables au formalisme du contrat électronique

[513] Avant d'aller au fond de l'analyse quant aux principes législatifs d'interprétation des lois (**Paragraphe 2**), attardons-nous d'abord à la question terminologique des principes ou règles d'interprétation (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1 – Le problème terminologique : principes, règles ou directives d'interprétation

[514] Le phénomène d'interprétation suit certains processus déterminés qui sont usuellement décrits sous des termes suivant : « règles », « directives », « principes », « axiomes », « canons » ou encore « maximes »⁶²⁰. Ces expressions tentent de désigner les instructions ou indications d'interprétation des textes juridiques. Cette diversité terminologique est due aux différentes fonctions et natures que revêtent des perceptions à l'égard du phénomène en question. Nous trouvons que le choix terminologique est plus ou moins discrétionnaire et ce dépendamment des auteurs.

[515] Pour le professeur Pierre-André Côté⁶²¹, il l'a d'abord appelé « règles d'interprétation des lois »⁶²² avant de finalement les nommer « principes d'interprétation »⁶²³ à la place, sans avoir nécessairement justifié ces choix et ce changement. Il lui est arrivé d'employer comme synonyme des « règles d'interprétation », des « principes » ou des « directives » dans son

⁶²⁰ C'est la terminologie qu'ont recensé François Ost et Michel Van De Kerchove, F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note, p. 19 et 20.

⁶²¹ P.-A. CÔTÉ, préc., note 513.

⁶²² *Id.*

⁶²³ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55.

premier texte consacré aux « règles d'interprétation »⁶²⁴. En tous cas, s'il y utilise le terme « règles d'interprétation des lois » pour désigner le phénomène de l'interprétation dans son article de 1978, il a apporté des précisions quant à la nature de la contrainte, à la dimension du poids ainsi qu'au caractère systémique que revêtent ces règles⁶²⁵. En effet, pour lui, les règles d'interprétation des lois, si dans certains cas se présentent comme des règles de droit au sens stricte, laissent toujours à l'interprète une marge d'appréciation personnelle remarquable. La plupart de ces règles se présentent plutôt comme des principes ou des guides⁶²⁶. Elles n'impliquent aucune exigence absolue de comportement ni n'imposent une conclusion (nature de contrainte)⁶²⁷. Et ces règles sous forme de principes militent à des « degrés divers, avec plus ou moins d'autorité en faveur de conclusions qui peuvent être contraires » (dimension du poids)⁶²⁸. Cette contradiction n'a pas pour effet d'hierarchiser ces principes ou de valoriser un principe plutôt qu'un autre, mais de balancer ces principes qui tous contribuent à indiquer la solution qui est la plus fortement appuyée par ces principes (caractère systémique)⁶²⁹.

[516] Il finit par adhérer à l'appellation de « principes d'interprétation » plutôt que « règles d'interprétation » depuis la première édition de son premier ouvrage consacré à l'« interprétation des lois »⁶³⁰. Ceci est probablement dû, en plus du fait que la plupart des règles d'interprétation constituent pour lui des principes, à son acquiescement implicite ou encore à la perception ressemblante avec la distinction éclairante par Ronald Dworkin entre

⁶²⁴ P.-A. CÔTÉ, préc., note 513.

⁶²⁵ *Id.*, p. 284 et s.

⁶²⁶ *Id.*, p. 282, par. 2.

⁶²⁷ *Id.*, p. 284 et s.

⁶²⁸ *Id.*, p. 285, par. 2.

⁶²⁹ *Id.*, p. 286, par. 2.

⁶³⁰ Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Les Éditions Thémis 1ère éd., Montréal, 1982., xviii, 695 p.

les « règles » et les « principes ». Ce dernier propose une distinction entre ce qu'il appelle les « principes » et les « règles ». Selon lui, les principes sont différents des règles, tant sur la nature (caractère) que sur le plan de la dimension (le poids ou l'importance). D'abord, sur le plan de la nature, les règles prescrivent directement une solution juridique, alors que les principes tendent simplement à proposer au juge une « raison » qui milite en faveur d'un type de solution, sans pour autant contraindre une solution particulière. Ensuite sur le plan de la dimension, à la différence des règles, quand les principes sont en conflit, la solution entre les principes concurrents n'a pas pour effet de priver l'un de sa validité au bénéfice de l'autre, mais chacun des principes a un poids relatifs et contribue à la réflexion et à la conclusion⁶³¹. C'est peut-être pour ces raisons qu'il a finalement choisi l'expression « Principes d'interprétation ».

[517] Quant aux professeurs François Ost et Michel V. D. Kerchove, ils ont fait un choix et optent pour le terme « directive » pour désigner le phénomène d'interprétation. Pour ces auteurs, le terme « directive » est suffisamment large et neutre pour englober la diversité des phénomènes de l'interprétation :

« Il semble que ce terme présente, par rapport aux autres, l'avantage d'être – dans son sens large, tout au moins – suffisamment englobant pour pouvoir s'appliquer à la diversité des phénomènes étudiés et suffisamment « neutre » pour ne pas préjuger de la nature – extrêmement controversée – de ceux-ci »⁶³².

⁶³¹ Ronald DWORKIN, «Le positivisme», traduit par Michel Troper, tiré de « The Model of Rules », dans R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1977), Ch. 2, p. 37, par. 4 et s.

⁶³² F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note 620, p. 20, par. 3.

[518] Étant donnée que la question de choix terminologie est quelque que peu éclairée, attardons-nous ensuite sur la définition même de ces « règles/principes d'interprétation » et « directives d'interprétation ».

[519] Pour le professeur Pierre-André Côté, les principes d'interprétation des lois peuvent être envisagés à la fois comme « des guides aptes à conduire le juriste au sens et à la portée voulus par le législateur »⁶³³, et

« comme un ensemble d'arguments interprétatifs standardisés, agréés par la communauté juridique, plus ou moins convaincants selon le cas, et auxquels le juriste peut recourir pour montrer que telle interprétation, qui est raisonnable, est également justifiable en droit »⁶³⁴.

[520] Pour lui, les principes d'interprétation exercent deux fonctions essentielles dans la vie juridique. Ils peuvent en premier lieu constituer une méthode de découverte (fonction heuristique ou de guide) du sens et de la portée d'un texte législatif, et en second lieu une méthode d'argumentation (fonction de rhétorique) des solutions données aux problèmes d'interprétation⁶³⁵. Ils puisent leurs sources dans les législations et de la jurisprudence. Généralement les principes d'interprétations sont d'abord d'origine jurisprudentielle avant d'être transposées dans une législation⁶³⁶.

⁶³³ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 45, par. 135.

⁶³⁴ *Id.*, p. 49, par. 147.

⁶³⁵ P.-A. CÔTÉ, préc., note 513, p. 276, par. 4. : « Nous entendons, pour notre part, soutenir que les règles d'interprétation des lois jouent dans la vie juridique à la fois un rôle de directive et un rôle d'arguments. Comme directives, elles exercent sur l'interprète un certain degré de contrainte. Cette contrainte présente cependant des caractères particuliers par rapport à la contrainte qu'exerce généralement la règle de droit ordinaire. Comme arguments, elles ont pour fonction de faire adhérer un auditoire (juge ou communauté des juristes) à une thèse interprétative présentée à la fois comme raisonnable et conforme au droit. »

⁶³⁶ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 39, par. 116.

[521] Alors que les professeurs François Ost et Michel Van De Kerchove, ils proposent une définition neutre ou générique en vue d’embrasser toutes les formes de règles d’interprétations en les appelant « directives d’interprétation » :

« Les directives constituent des propositions signifiant un modèle de comportement (pattern of behaviour) dont la formulation est destiné à influencer celui-ci, contrairement aux propositions indicatives dont la signification est reproductive ou descriptive. En ce sens large, cependant, les directives ne désignent pas seulement des normes, des règles et des impératifs – c’est-à-dire des prescriptions –, mais encore des suggestions, des souhaits, des conseils, des recommandations et des instructions qui, tout en étant destiné à influencer le comportement, n’ont aucune force obligatoire. »⁶³⁷

[522] Ils sont allés plus loin dans leur analyse en ce qui concerne la nature et le caractère de la notion des « directives d’interprétation ». Les auteurs distinguent deux grands types de directives d’interprétation : l’un contient des *règles de compétence* ou *de procédure* en matière d’interprétation, l’autre consiste en des *règles méthodologiques*⁶³⁸. Le premier type est forcément de nature juridique et de caractère obligatoire, alors que le second semble être délicat à caractériser dû à ses différentes sources. Selon les auteurs, deux types de réponses sont souvent proposées. Le premier se base sur la *forme* des directives en question et le second sur leur *contenu*.

[523] Pour le premier type de réponse, si une directive méthodologique d’interprétation est sous forme d’une règle émanant d’une source formelle du droit, elle est de nature juridique et se dotera d’autorité spécifique conférée par le système juridique auquel elle appartient, alors que si elle est sous autres formes de consécration juridiques, telles que la jurisprudence et la

⁶³⁷ F. OST et M.V.D. KERCHOVE, préc., note 620, p. 20 et 21.

⁶³⁸ *Id.*, p. 26, par. 2.

doctrine, « elle se verrait attacher à tout le moins une autorité de « raison » ou de fait, sinon une autorité de « droit » »⁶³⁹.

[524] Concernant le second type de réponse s'intéressant au contenu des directives d'interprétation, il consiste « soit à nier radicalement leur caractère juridiquement obligatoire, quelle que soit la forme qu'elles revêtent, soit à atténuer considérablement leur force obligatoire tout en ne déniaient pas leur nature juridique,... »⁶⁴⁰. La première attitude tend à considérer les directives comme des « règles de raisonnement », des « axiomes de logique » ou des « préceptes de pure logique », et non comme des règles de droit, ou encore comme des « conseils », des « règles de sagesse, des recommandations, des directives », des « moyens auxiliaires, des présomptions ou des points de repère » et non des règles obligatoires⁶⁴¹. Alors que la deuxième est moins radicale tout en s'attachant à relativiser l'autorité des directives d'interprétation au lieu de leur refuser toute juridicité. Si ces directives de source jurisprudentielle ou doctrinale, sous forme d'« adages » ou de « maximes », n'ont pas de force obligatoire, elles se dotent d'une autorité « persuasive » et constituent une « invite à la réflexion plutôt qu'une prétention à l'absolu » et « jouent à l'égard du droit le rôle de la boussole à l'égard du pôle »⁶⁴².

[525] Quant à nous, ce que nous percevons du phénomène d'interprétation est à la fois dans le sens de « principes d'interprétation » prônés Pierre André Côté – dans la mesure où ces principes n'ont pas de caractère obligatoire mais exercent une contrainte non négligeable et

⁶³⁹ *Id.*, p. 26, par. 4 et 5.

⁶⁴⁰ *Id.*, p. 27, par. 2.

⁶⁴¹ *Id.*, p. 27 et 28.

⁶⁴² *Id.*, p. 29, par. 1.

qu'ils sont d'origine législative ou jurisprudentielle – et dans le sens de « directives d'interprétation » de François Ost et Michel Van De Kerchove en ce qui a trait au premier type de réponse relative aux directives méthodologiques. Mais, nous préférons les termes « principes d'interprétation » afin de nous limiter aux principes juridiques issues de la loi et/ou de la jurisprudence sans pour autant élargir à d'autres formes de directives qui n'ont aucune force juridique. Nous sommes par ailleurs en accord avec l'idée de l'importance relative de chacun des principes et de leur interaction en synergie⁶⁴³. Lorsque plusieurs principes se trouvent à s'appliquer, tous sont sur le pied d'égalité. Si ces principes mènent à des interprétations divergentes, il convient de trouver en dehors d'eux la raison de préférer une interprétation à l'autre⁶⁴⁴.

[526] Cet examen préliminaire de la terminologie entourant le phénomène d'interprétations est nécessaire pour la suite de notre analyse des principes d'interprétation que nous essayons d'illustrer au travers de la lecture critique des législations entourant l'activité interprétative.

[527] Les principes d'interprétation des textes que nous allons explorer sont tirés des textes législatifs plutôt que de la jurisprudence.

⁶⁴³ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p 46, par. 138.

⁶⁴⁴ P. DELNOY, préc., note 529, p. 190 et 191. : « On ne peut s'empêcher de faire remarquer que, parfois, plusieurs principes peuvent être appliqués simultanément pour interpréter un texte. La chose n'est pas gênante, lorsque tous les principes appliqués conduisent à une même interprétation. (...) Il est des cas où, au contraire, l'application simultanée à un même texte de plusieurs principes d'interprétation mène à des interprétations divergentes. Dans ces cas, comme tous ces principes sont sur pied d'égalité, il faut bien trouver en dehors d'eux la raison de préférer une interprétation à l'autre. »

Paragraphe 2 – Les principes d’interprétation s’appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique

[528] Les principes d’interprétations des textes régissant le formalisme du contrat électronique sont de deux ordres, général et spécifique. Examinons tout d’abord les principes qui sont généraux (A), c’est-à-dire ceux qui s’appliquent à tous les textes juridiques, avant de cerner ensuite ceux qui sont spécifiques et sont émis par les textes nouveaux régissant les transactions électroniques (B).

A. Les principes généraux d’interprétation : l’interprétation téléologique et la référence aux documents extrinsèques

[529] Ce ne sont pas tous les États membres de l’ASEAN qui se sont dotés des législations encadrant l’interprétation par les juges. Seul Singapour avait pris soin d’encadrer l’interprétation des textes juridiques. La présence de ce genre de texte procure plus d’intérêts que d’inconvénients ; il s’agirait de l’intérêt d’harmoniser la technique interprétative parmi les juridictions étatiques, et d’uniformiser l’interprétation d’une ou des règles de droit donnée(s). L’absence de cette directive générale dans la technique interprétative laisse de toute évidence place à la discrétion des juges. Ce qui risquerait d’engendrer plus de divergences et de conflits d’interprétation dans le système judiciaire étatique. Notons cependant que l’absence de ce genre de texte législatif ne veut pas forcément dire que toutes les approches choisies par les juges sont toutes en dehors des « rails » du processus interprétatif « valide »⁶⁴⁵, puisque l’on a

⁶⁴⁵ Nous référons le mot « valide » au sens de la validité effective ou de l’effectivité de la norme ; pour en savoir davantage, voir les trois critères de la « Validité » (légalité, effectivité et légitimité) dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2 éd., Paris, L.G.D.J., 1993., p. 637 et s.

pu constater qu'à Singapour les juges avaient adopté l'approche téléologique avant même qu'elle ne soit formalisée dans le texte de 1993⁶⁴⁶.

[530] La section 9(A) « Purposive Approach » de l'*Interpretation Act* de 1993 portant interprétation législative à Singapour est d'origine jurisprudentielle. Une des sources principales de la consécration législative de ce principe interprétatif « Purposive Approach » était la jurisprudence anglaise *Pepper v. Hart*⁶⁴⁷ qui datait de 1992. Il s'agissait d'une approche révolutionnaire de l'interprétation, puisqu'avant cette décision il était interdit en Angleterre de se baser sur les documents extrinsèques dans l'interprétation des textes juridiques⁶⁴⁸. Notons pourtant que la tendance jurisprudentielle des juges singapouriens vers cette approche téléologique datait bien avant ladite jurisprudence, donc cette législation⁶⁴⁹. Pourtant avant l'*Interpretation Act 1993*, l'interprétation dans le système de justice de Singapour n'était pas toute sur une même ligne. Jusqu'à l'adoption de ce texte législatif, l'ambiguïté dans ce processus interprétatif constituait un souci de sécurité juridique.

[531] La disposition de la section 9(A) s'inspire de la disposition modèle de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁵⁰. L'intitulé de la section 9(A) est « Purposive interpretation of written law and use of extrinsic materials ». Le « Purposive interpretation »

⁶⁴⁶ Brady COLEMAN, «The Effect of Section 9A of the Interpretation Act on Statutory Interpretation in Singapore», (2000) *Singapore Journal of Legal Studies* 152., p. 152, par. 1 et s.

⁶⁴⁷ *Pepper v. Hart* [1992] 3 WLR 1032.

⁶⁴⁸ Robert BECKMAN et Andrew PHANG, «Beyond Pepper v Hart-. The Legislative Reform of Statutory Interpretation in Singapore», (1994) 15 *Statute Law Review* 69., p. 69 par. 1.

⁶⁴⁹ *Id.* Voir les exemples de deux décisions des tribunaux singapouriens : *Annathurai v. AG* [1987] SLR 375 and *Re Dow Jones Publishing (Asia) Inc v. AG* [1988] SLR 481, cités par Robert BECKMAN et Andrew PHANG, *id.*, p. 75.

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 85, par. 5.

correspond en français à l'« interprétation téléologique »⁶⁵¹ qui signifie l'interprétation ou une forme de raisonnement ayant pour objet de promouvoir la finalité ou l'objectif du texte à interpréter. Autrement dit, le sens d'un texte juridique est déterminé en fonction de son but, son objectif ou sa finalité⁶⁵². Il s'agit d'une approche qui servirait le mieux à la recherche d'une justice conformément au principe de sécurité juridique (prévisibilité et certitude juridique). Les expressions fréquemment utilisées relatives à cette approche sont : « *To ascertain the true legislative intention* », « *To put Parliament's intention into effect* », « *To give effect to the intention of the legislature* », « *To give effect to the intent and will of Parliament* », « *The court should prefer an interpretation that will promote the purpose or object underlying the Act concerned* »...etc⁶⁵³.

[532] Cette consécration législative de l'approche téléologique fait d'elle l'approche interprétative dominante en droit singapourien. Une confirmation a été faite dans une décision de la Haute Cour de Singapour, *PP v. Low Kok Heng*⁶⁵⁴, où le juge V. K. Rajah avait mentionné que la Section 9A(1) imposait une interprétation vouée à promouvoir l'objectif ou l'objet qui doit être préféré par rapport aux autres interprétations qui ne le sont pas, telles que « the plain meaning rule » et « the strict construction »⁶⁵⁵. L'approche téléologique permet donc aux juges d'aller au-delà des mots du texte juridique dans leur interprétation :

⁶⁵¹ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 441, par. 1401, note de bas de page n°1.

⁶⁵² LUC B. TREMBLAY, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels», (1995) 29 *R.J.T.* 460., p. 462, cité par : P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 441, par. 1401, note de bas de page n°2.

⁶⁵³ Goh YIHAN, «Statutory Interpretation in Singapore», (2009) 21 *SaLJ* 97. p. 109, par. 11.

⁶⁵⁴ *PP v. Low Kok Heng*, [2007] 4 SLR 183.

⁶⁵⁵ G. YIHAN, préc., note 653, p. 108, par. 11.

« In *Low Kok Heng*, Rajah JA stated that the purposive approach allow the judge the latitude to look beyond the four corners of the statute, should he find it necessary to ascribe a wider or narrower interpretation of its words. »⁶⁵⁶

« In *Comtroller of Income Tax v. GE Pacific Pte Ltd*, the court stated that s. 9A(1) of the Interpretation Act clearly compels the court to put Parliament's intention into effect and allows the court to look beyond the words of the section concerned. »⁶⁵⁷

[533] L'analyse textuelle de la présente disposition s'avère indispensable pour mieux cerner sa teneur ainsi que pour enrichir notre réflexion quant à la méthode d'interprétation.

Examinons alors chaque paragraphe de la section comme suit :

[534] Tout d'abord le premier paragraphe de la Section 9A dispose que :

Section 9A (1): « In the interpretation of a provision of a written law, an interpretation that would promote the purpose or object underlying the written law (whether that purpose or object is expressly stated in the written law or not) shall be preferred to an interpretation that would not promote that purpose or object. »

[535] Ce paragraphe préconise une interprétation d'un texte juridique qui promeut la finalité ou l'objet que sous-tend le texte en question. Cette disposition recommande pour la première fois en droit singapourien une interprétation promouvant la finalité législative (approche téléologique) au détriment d'autres interprétations.

[536] Quant au deuxième paragraphe, on peut le lire comme suit :

Section 9A(2): « Subject to subsection (4), in the interpretation of a provision of a written law, if any material not forming part of the written law is capable of assisting in the ascertainment of the meaning of the provision, consideration may be given to that material - (a) to confirm that the meaning of the provision is the ordinary meaning conveyed by the text of the provision taking into account its context in the written law and the

⁶⁵⁶ *Id.* , p. 109, par. 12.

⁶⁵⁷ *Id.*

purpose or object underlying the written law; or (b) to ascertain the meaning of the provision when - (i) the provision is ambiguous or obscure; or (ii) the ordinary meaning conveyed by the text of the provision taking into account its context in the written law and the purpose or object underlying the written law leads to a result that is manifestly absurd or unreasonable. »

[537] Ce deuxième paragraphe recommande la prise en compte des documents extrinsèques (non faisant partie de la loi) lorsqu'ils sont susceptibles d'aider à clarifier le sens des dispositions de la loi, soit pour confirmer le sens ordinaire du texte en tenant compte son contexte et sa finalité ou son objet que sous-tend le texte (9A(2)(a)) ; soit dans le cas où le sens ordinaire provoquerait un résultat manifestement absurde ou déraisonnable, soit en cas d'ambiguïté ou d'obscurité de sens du texte (9A(2)(b)). Il s'agit d'une disposition permissive permettant aux juges de se référer, sous une certaine condition, aux documents autres que le texte juridique en vigueur et leurs annexes. A la différence du paragraphe (b), le paragraphe (a) n'impose pas nécessairement de condition particulière (telle que l'ambiguïté ou l'obscurité du sens du texte) pour pouvoir se référer aux documents extrinsèques. Un simple besoin de confirmer le sens ordinaire du texte suffit pour le juge de se permettre de recourir aux documents extrinsèques. Il en résulte que l'ambiguïté ou l'obscurité du texte peut être une des justifications légales, mais son absence ne constitue point un obstacle pour le juge de se référer aux documents extrinsèques.

[538] Ensuite, le troisième se lit comme suit :

Section 9A(3) : « (3) Without limiting the generality of subsection (2), the material that may be considered in accordance with that subsection in the interpretation of a provision of a written law shall include - (a) all matters not forming part of the written law that are set out in the document containing the text of the written law as printed by the Government Printer; (b) any explanatory statement relating to the Bill containing the provision; (c) the speech made in Parliament by a Minister on the occasion of the moving by that Minister of a motion that the Bill containing the provision be

read a second time in Parliament; (d) any relevant material in any official record of debates in Parliament; (e) any treaty or other international agreement that is referred to in the written law; and O) any document that is declared by the written law to be a relevant document for the purposes of this section. »

[539] Ce paragraphe énumère d'une manière non exhaustive ce que peuvent être les documents extrinsèques, tels que les documents mis en discussion parlementaire, les documents imprimés par l'imprimante du gouvernement, le traité ou d'autres accords internationaux référés dans le texte à interpréter, le document expressément référé par le texte même, etc.

[540] Enfin, le quatrième prévoit que :

Section 9A(4) : « (4) In determining whether consideration should be given to any material in accordance with subsection (2), or in determining the weight to be given to any such material, regard shall be had, in addition to any other relevant matters, to - (a) the desirability of persons being able to rely on the ordinary meaning conveyed by the text of the provision taking into account its context in the written law and the purpose or object underlying the written law; and (b) the need to avoid prolonging legal or other proceedings without compensating advantage. »

[541] Ce dernier paragraphe invoque une principale question quant au poids d'importance à donner à chaque document extrinsèque. Il s'agit d'un contrepois de la confiance générale de la Section 9A au regard de ces derniers. L'appréciation de l'importance que peut représenter chaque document dépend, d'une part, de l'opportunité des personnes de pouvoir compter sur le sens ordinaire véhiculé par les lettres de la disposition en tenant compte du contexte et de la finalité ou de l'objet même du texte en question, et d'autre part de la nécessité d'éviter de prolonger la procédure judiciaire ou autres processus sans avantage compensatoire.

[542] Suite à cette lecture de la disposition de la Section 9A, une remarque générale nécessite d'être illustrée en guise de conclusion. Il paraît que la Section 9A engendrait une confusion entre le « purposive approach » et les « circonstances dans lesquelles les documents extrinsèques sont susceptible d'être utilisés » en conformité avec le « purposive approach ». En effet, l'approche téléologique ne recommande pas par elle-même l'utilisation des documents extrinsèques, mais l'application de cette approche pourrait effectivement amener à examiner les documents extrinsèques. Il s'agit de deux questions distinctes puisqu'elles sont traitées dans deux différents paragraphes de la Section 9A soulignant qu'elles ne sont pas identiques, elles s'interagissent et constituent deux approches qui se complètent dans le processus interprétatif.

[543] Ces principes généraux d'interprétation s'appliquent bien dans le contexte du droit du contrat électronique, un droit d'origine internationale. On remarquera par la suite que ces principes sont de nouveau précisés dans les nouveaux textes régissant le contrat électronique eux-mêmes que nous allons voir juste après. Entre autres, cette précision confirme l'importance et la nécessité de ces principes. Les autres États membres de l'ASEAN sont invités à lire ce modèle de disposition sur l'interprétation afin de considérer s'il vaut la peine d'en avoir une pour l'interprétation des textes en général et des textes régissant le commerce électronique en particulier.

B. Les principes spécifiques d'interprétation en droit du contrat électronique

[544] A la lecture des textes régissant le contrat électronique, nous pouvons mettre en exergue trois principes essentiels relatifs à l'interprétation juridique de ces textes. Les deux

premiers sont « la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle » (a), et le dernier est la « conformité aux règles et standards internationaux (b).

a) *La neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle*

[545] On a amplement vu la teneur des deux principes novateurs « neutralité technologique et équivalence fonctionnelle » dans la première partie quant à leur essence innovante. De prime abord, ces principes ont pour objet de recommander au législateur d'intégrer les technologies dans le cadre juridique par l'émission de nouveaux critères technologiquement neutres pour l'écrit et la signature sur la base de leurs fonctions essentielles⁶⁵⁸. Mais au fur et à mesure, il s'avère que l'implication de ces principes ne se limite pas à la phase d'élaboration de ces textes mais également au stade de l'interprétation et d'application de ces deniers.

[546] Me Caprioli, membre de la délégation française auprès de la CNUDCI et expert aux Nations Unies, promeut le principe de neutralité technologique au-delà de son objectif d'origine. Pour lui, ce principe est conçu à l'origine comme une passerelle, mais devenu un principe d'interprétation :

« Conçue à l'origine comme une passerelle, la neutralité technologique est un des éléments fondateurs du droit du commerce électronique qui est un droit de plus en plus spécifique. La neutralité technologique est un élément structurant en matière d'arbitrage international dans le domaine des transactions électroniques mais aussi pour les juges dans le cadre de l'interprétation de leur loi ou bientôt de la Convention de la CNUDCI de 2005. »⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 – *Le contenu des deux principes : équivalence fonctionnelle et neutralité technologique.*

⁶⁵⁹ É.A. CAPRIOLI, préc., note 196.

[547] Cet auteur prône la neutralité technologique non seulement au rang de principe législatif permettant d'intégrer les nouvelles technologies d'information dans la vie juridique, mais aussi à celui de principe d'interprétation assistant le juge dans son œuvre d'interprétation des textes législatifs et des contrats.

[548] Mais ce principe n'a de sens que lorsqu'il est conjugué avec un autre principe tel que, et surtout, le principe d'équivalence fonctionnelle⁶⁶⁰. L'équivalence fonctionnelle est une approche de raisonnement permettant au juge de tirer comme l'équivalence entre deux technologies dès qu'il lui est prouvé que ces dernières peuvent remplir de pareilles fonctions exigées par les règles de droit. Autrement dit, l'équivalence fonctionnelle est une méthode à suivre pour parvenir à l'objectif législatif quant aux exigences juridiques de l'écrit et/ou de la signature. Ces deux principes constituent alors deux côtés d'une même médaille qui se complètent.

[549] Malgré le fait que pour l'instant certains juges comprennent mal la neutralité technologique⁶⁶¹, ce principe demeure un point de départ opportun et important pour la reconnaissance juridique des nouveaux moyens de communications électroniques au détriment du monopole du papier. Mais il trouve son sens dans le principe d'équivalence fonctionnelle et son empire dans la limite de son champ décrit par le texte⁶⁶².

⁶⁶⁰ *Id.*

⁶⁶¹ *Supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, **B. Le cas d'un droit étranger : Canada (Québec).**

⁶⁶² *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 – *Le champ d'application de ces deux principes.*

b) *La conformité aux règles et aux standards internationaux*

[550] La conformité aux règles et standards⁶⁶³ internationaux est devenue un principe explicite dans les législations nationales régissant le contrat électronique. La recherche du sens d'une règle contenue dans ces textes ne se limite pas à leurs lettres ni aux documents mis en discussion parlementaire, mais également aux sources extérieures du corpus juridique de l'ordre interne. Il s'agit d'un principe qui cherche à harmoniser l'interprétation juridique par la mise en place d'un mécanisme de rattachement aux documents extrinsèques dont le juge s'oblige à prendre en considération dans son processus interprétatif.

[551] En droit singapourien, l'ETA de 2010 a prévu ce principe dans sa section 3 "Purposes and construction" aux paragraphes (e) et (g) comme suit :

« Section 3: (...); (e) to help to establish uniformity of rules, regulations and standards regarding the authentication and integrity of electronic records; (...); (g) to implement the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts adopted by the General Assembly of the United Nations on 23rd November 2005 and to make the law of Singapore on electronic transactions, whether or not involving parties whose places of business are in different States, consistent with the provisions of that Convention. »

[552] Si le paragraphe 3(e) promeut le principe de la conformité aux règles et standards sans mentionner le qualificatif « international », le paragraphe 3(g) le précise en mentionnant

⁶⁶³ Le mot « standard » signifie en anglais « *norme* », alors qu'en français il y a la distinction entre ces deux notions : le « standard » désigne l'« ensemble de recommandations développées et préconisées par un groupe représentatif d'utilisateurs. »; alors que la « norme » signifie : « document établi par un consensus et approuvé par un organisme reconnu, qui fournit, pour des usages communs et repérés, des règles, des lignes directrices ou des caractéristiques, pour des activités ou leurs résultats, garantissant un niveau d'ordre optimal dans un contexte donné » (définitions tirées du Portail National Eduscol du Ministère de l'éducation nationale de la France, en ligne : <<http://eduscol.education.fr/numerique/dossier/archives/metadatas/normes-et-standards>>, (consulté le 21 mars 2013). Voir également l'expression « standard juridique » dans A.-J. ARNAUD, préc., note 645, p. 581 et s. Dans le cadre de notre thèse, nous supposons que le mot « standard » embrasse à la fois la norme et le standard, et les standards internationaux se réfèrent aux normes et standards techniques reconnus et adoptés au niveau international, et surtout au niveau de l'ASEAN.

l'application de la Convention de 2005 portant l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux. Cette Convention constitue alors les règles ou standards de référence en droit singapourien dans l'interprétation de l'ETA 2010.

[553] Quant à l'ECA 2000 des Philippines, sa section 37 consacrée à la "*Statutory interpretation*" invoque clairement que :

« Unless otherwise expressly provided for, the interpretation of this Act shall give due regard to its international origin and the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade relations. The generally accepted principles of international law and convention and electronic commerce shall likewise be considered. »

[554] Le principe de conformité aux règles et standards internationaux se trouve alors dans cette disposition au travers des expressions qui recommandent que l'interprétation du présent texte prenne en considération l'« origine internationale » du texte, la « nécessité de promouvoir l'uniformité dans son application », ainsi que le « respect du principe de bonne foi dans les relations du commerce international » et des « principes du droit international généralement acceptés ».

[555] Tandis qu'en droit thaïlandais, si l'ETA 2001 n'avait pas intégré explicitement dans ses dispositions le principe en question, il a pris soin de mentionner dans sa note final après la section 46 que :

« The Electronic Transactions Commission established to set forth policies, prescribe regulations, promote the use of electronic transactions, monitor and supervise business relating to electronic transactions, and promote development in the technology for monitoring technological progress, which keeps on changing and developing in its capacity, so as to have reliable standards, and also to recommend solution to relevant problems and obstacles, that will in turn promote electronic transactions, either domestic

or international, pursuant to a uniform law up to internationally accepted standard. Therefore, this Act was enacted ».

[556] Cette note finale rappelle effectivement la finalité du texte qui est de promouvoir l'utilisation des transactions électroniques tant nationales qu'internationales. L'adoption de la présente législation devrait être en conformité avec le standard internationalement reconnu. Un exemple plus éclairant quant à cette adhésion au principe de conformité aux standards internationaux serait la section 31 portant sur les signatures électroniques qui prévoit que :

« In determining the reliability of a certificate or an electronic signature according to paragraph two or paragraph three, regard shall be had to international standards and any other relevant factors. »

[557] Il s'ensuit qu'en vertu de cette disposition, pour déterminer la fiabilité d'un certificat ou d'une signature électronique, on doit se référer aux standards internationaux reconnus ainsi que d'autres éléments pertinents.

[558] Il en va de même en droit vietnamien. L'article 27 de la LET 2005 exige d'un regard doit être porté sur les standards ou les traités internationaux reconnus dont le Vietnam est membre, dans la détermination de la fiabilité des signatures électroniques ou certificats électroniques étrangers :

« Recognition of foreign e-signatures and e-certificates: (1) The State shall recognize the legal validity of foreign e-signatures and e-certificates if the reliability of such e-signatures or e-certificates is equivalent to the reliability of e-signatures and e-certificates stipulated by law. The reliability of foreign e-signatures and e-certificates shall be determined on the basis of the recognized international standards or international treaties of which the Socialist Republic of Vietnam is a member and other relevant factors. »⁶⁶⁴
(Nos soulignement)

⁶⁶⁴ Vietnam, *Law on E-Transactions*, préc., note 248, Section 27.

[559] Quant au projet de loi cambodgien sur le commerce électronique 2009, le principe de conformité est clairement illustré dans l'article 19(2) où la mise en valeur et la prise en considération des recommandations, des politiques et des standards supportés par le Secrétariat de l'ASEAN ou d'autres organisations pertinentes, sont de nature quelque peu obligatoires :

« Issuance Regulations – Rights and Responsibility of NiDA: (2) The National ICT Development Authority shall give full and due consideration to recommendations, policies and standards endorsed by the ASEAN Secretariat or other relevant organisations. »⁶⁶⁵ (Nos soulignement)

[560] Enfin, notons que la Malaisie ne fait aucune mention qui a trait au principe de la conformité aux règles et standards internationaux.

⁶⁶⁵ Cambodge, *Electronic Commerce Law*, (Draft 2009), préc., note 224, Art. 19(2).

Conclusion du Chapitre 1

[561] En guise de résumé, nous concevons l'interprétation comme un processus constructif plutôt que déclaratif du sens de la norme. La conviction personnelle, voire la part de subjectivité, est susceptible de contribuer à ce processus d'interprétation. L'effet de l'application d'une règle doit être pris en considération dans l'interprétation d'une norme. La théorie qui peut répondre à ces caractéristiques et mieux expliquer le phénomène d'interprétation est celle de la création soumise à des contraintes. Pourtant, cette dernière est pour nous encore floue et large, ce qui nécessitera davantage de clarification⁶⁶⁶. Mais c'est aussi la théorie la plus proche de la réalité interprétative soumise à une multitude de contraintes, puisqu'elle doit faire face aux *rationalités changeantes*, et ultimement les juges ne décident que sur le fond d'indécidable.

[562] D'ailleurs, les principes d'interprétations, résultant des dispositions que nous avons décortiquées, contribueront également à éclairer ce cadre d'interprétation. Au fond, ces principes montrent bien comment l'harmonisation du droit à l'ère numérique est indispensable dans le contexte de la mondialisation et de la régionalisation. Et le régionalisme de l'ASEAN est loin d'être une exception. Puisque les échanges électroniques sans frontières sont en plein essor⁶⁶⁷ et l'interopérabilité⁶⁶⁸ des technologies est faisable, l'harmonisation de la loi et de son

⁶⁶⁶ Pour une étude plus en détail sur les contraintes interprétatives, voir *Infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 2 – *Un essai d'une sélection des contraintes pertinentes en droit des TI*.

⁶⁶⁷ APEC-SECRETARIAT, *Assessment on Paperless Trading to Facilitate Cross Border Trade in the APEC Region*, Singapore, APEC Secretariat, June 2010.

⁶⁶⁸ L'interopérabilité signifie : « [f]aculté que possèdent des produits et ensembles de produits informatiques hétérogènes de fonctionner conjointement » (D. POULIN et P. TRUDEL, préc., note 203. Pour en savoir davantage, voir notamment V. GAUTRAIS, préc., note 60, p. 91 et s ; « Définition : Interopérabilité » sur [www.lccjti.ca](http://lccjti.ca), en ligne : <<http://lccjti.ca/definition/interopabilite/>> (consulté le 21 mars 2013) ; Turgut Ayhan BEYDOGAN,

interprétation n'est plus simplement une option, mais une nécessité pour pouvoir avancer en parallèle du mouvement de la mondialisation/régionalisation. L'interprétation d'une loi pour faire la justice ne se fait plus d'une manière limitée aux frontières du corpus juridique de l'ordre interne, mais il est devenu, grâce à ces dispositions révolutionnaires, une « quasi-obligation » pour le juge dans son processus interprétatif des textes de se référer aux règles et standards internationalement reconnus⁶⁶⁹. S'il en est nouveau pour le reste des États membres, Singapour a choisi ce chemin depuis l'adoption de l'*Interpretation Act 1993*, dans la Section 9A consacrée à l'approche téléologique et à la référence aux documents externes que l'on vient juste de voir. En tout cas, ce rappel du principe de la conformité aux règles et standards internationaux en droit singapourien constitue une clarification nécessaire et essentielle en droit du contrat électronique quant à la prise en considération des normes de la Convention de 2005 dans l'interprétation du texte de l'ETA 2010⁶⁷⁰. Le reste des États membres sont invités à suivre cet exemple pionnier en faveur de l'harmonisation juridique tant régionale qu'internationale.

«Interoperability-Centric Problems: New Challenges and Legal Solutions », (2010) 18 *Int. Jnl. of Law and Info. Technology* 301.

⁶⁶⁹ Ce ne fut pas l'exception pour le domaine de droit des technologies. Il en va de même en arbitrage international, voir : Frédéric BACHAND, *Judicial Internationalism and the Interpretation of the Model Law*, Conference on The Model Law after 25 years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration Law (24-26 Novembre 2011), Faculté de droit - McGill University.

⁶⁷⁰ Voir le préambule de l'ETA 2010 de Singapour, préc., note 220, qui dispose que : « An Act to repeal and re-enact with amendments the Electronic Transactions Act (Chapter 88 of the 1999 Revised Edition) to provide for the security and use of electronic transactions, to implement the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts adopted by the General Assembly of the United Nations on 23rd November 2005 and to provide for matters connected therewith.»

CHAPITRE 2 – Les méthodes d’interprétation des lois appliquées au formalisme du contrat électronique : *l’enseignement jurisprudentiel*

[563] Nous constatons deux sorties prises par les juges qui débouchent sur deux solutions complètement contradictoires. L’une est l’interprétation restrictive qui tend à exclure les nouveaux moyens de communications, tels que le courriel et le télécopieur, du champ de reconnaissance juridique des communications électroniques (**Section 1**). L’autre au contraire se contente d’établir une approche plus large, plus dynamique et plus évolutive pour permettre de reconnaître le nouveau moyen de communication, tel que le courriel, comme susceptible de remplir les exigences formelles de l’écrit et de la signature (**Section 2**).

Section 1 – Les interprétations restrictives de l’écrit et de la signature

[564] Dans les lignes qui suivent, examinons successivement d’une part l’interprétation restrictive dans la qualification de l’écrit électronique (**Paragraphe 1**), et d’autre part celle de la signature électronique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La qualification de l’écrit électronique : le cas d’une interprétation strictement littérale et d’une négligence de la lettre de la loi

[565] Afin de démontrer que l’écrit électronique est parfois interprété d’une manière très restrictive pour exclure des nouvelles formes de communications électroniques, telles que le courriel et le télécopieur, de sa signification, prenons d’abord l’exemple du droit français qui choisit une approche strictement littérale dans l’interprétation de l’écrit électronique (**A**),

avant d'examiner ensuite le cas du droit philippin qui semble privilégier l'intention de l'auteur du texte en négligeant quelque peu l'intention exprimée dans les lettres du texte sur le commerce électronique (B).

A. Le courriel n'est pas l'écrit : l'exemple en droit français

[566] La question importante que nous allons étudier porte sur la qualification du courrier électronique. Si aujourd'hui le courriel constitue un mode usuel de communication, une telle problématique est rare en contentieux dans la mesure où le plus souvent, des courriels sont échangés entre les parties et que chacune des parties se prévaut de tels messages. Il semble d'ailleurs même dans l'esprit de nombreux utilisateurs, que le courriel peut en effet remplacer le courrier traditionnel. Nous allons démontrer, dans ces lignes, que la jurisprudence française a choisi un chemin étroit pour dénier le courriel comme écrit électronique au sens de la loi.

[567] Le droit français apporte une réponse rigide à cette question. En effet, la Cour de cassation a à plusieurs reprises rejeté la valeur probante du courriel en la limitant, parfois, au commencement de preuve par écrit⁶⁷¹. Et récemment encore, la même chambre civile de cette haute Cour casse la décision de la Cour d'appel qui a tenté de faire évoluer le droit de la preuve en acceptant les messages électroniques comme preuve valable alors qu'en l'occurrence la personne à qui l'on opposait les courriels déniait en être l'auteur⁶⁷². Dans cette affaire, les faits concernent le congé du bail résidentiel par le locataire au travers les courriels.

⁶⁷¹ Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 2010, n° 09-65.854, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022259021&fastReqId=1935594259&fastPos=1>> (consulté le 24 avril 2013).

⁶⁷² Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2010, n° 09-68.555, en ligne : <http://www.anil.org/fileadmin/ANIL/Textes_officiels/Jurisprudence/2010/Civ_3_30_9_11_68555.pdf> (consulté le 24 avril 2013).

La Cour précise dans sa décision infirmative les conditions qu'un courriel doit remplir, lorsque l'une des parties dénie l'authenticité des courriels mis en preuve conformément à l'article 278 du Code de procédure civile. Ces conditions concernent l'écrit et la signature électroniques et sont prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 C.c.F., selon lesquels pour être admis au titre de preuve, le courrier électronique doit remplir les conditions suivantes, telles qu'elles résultent des articles précités du Code civil : la personne dont il émane doit être identifiée ; l'intégrité du courrier électronique doit être garantie ; ce courrier électronique doit contenir une signature électronique, au sens de l'article 1376-4 alinéa 2.

[568] Cette décision se retranche derrière une approche littérale dans son interprétation des textes définissant l'écrit électronique pour rejeter la qualification des courriels comme l'écrit, une preuve valide. La Cour se fie entièrement aux lettres des dispositions pour en tirer la norme posée. Elle est complètement insensible face aux réalités sociales quant à l'utilisation accrue presque généralisée des courriels dans les communications habituelles tant pour but personnel que professionnel. La Cour donne moins d'attention quant à l'effet d'application à la lettre des dispositions en question.

[569] En effet, cette approche strictement littérale de la Cour est, pour certains, « un frein au commerce électronique »⁶⁷³. Si cette décision semble tenir au principe de la sécurité juridique, elle n'aurait pas satisfait aux besoins pratiques et réels quant à l'utilisation de courriels. Comme ce qu'a mentionné l'auteur Pierre-Dominique Cervetti :

« Au prix d'une démarche inductive, force est d'admettre que la décision rendue le 30 septembre dernier, renforçant le principe de sécurité juridique,

⁶⁷³ Luc GRYNBAUM, «Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation)», (2011) *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique* 33.

pourrait néanmoins émailler la confiance des acteurs économiques branchés sur le réseau. En effet, le courrier électronique s'est imposé comme un outil contractuel indispensable. Intervenant indistinctement au cours de la négociation, de la conclusion et de l'exécution du contrat, il remplit toutes les fonctions d'un document contractuel traditionnel. »⁶⁷⁴

[570] Par ailleurs, la rigidité généralisée de ces dispositions sur l'écrit électronique ferait en sorte que peu d'écrits électroniques puissent en pratique remplir ces conditions légales⁶⁷⁵.

Comme ce qu'a pu constater M. Éric A. Caprioli qu'au jour de son commentaire, soit en 2010⁶⁷⁶, seuls la Banque de France, les notaires et les huissiers de justice disposent de la technologie (les certificats qualifiés) qui satisfait à l'exigence de signature électronique sécurisée de l'article 1316-4 C.c.F. pour pouvoir bénéficier de la présomption de fiabilité⁶⁷⁷, alors que dans l'immense majorité des cas, les courriels ne sont pas signés de la sorte. Quel statut auraient-ils ces courriels (en matière civile) ? Évidemment pas des « actes sous-seing privé électronique » au sens de la loi, mais souvent ils sont considérés comme un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347 du Code civil, écrit l'auteur⁶⁷⁸.

[571] Nous trouvons par ailleurs une position doctrinale encore plus stricte que la Cour quant à la question posée dans l'arrêt de 30 septembre 2010. Il s'agit de celle du professeur Jérôme Huet⁶⁷⁹. Si l'auteur salue la décision de la Cour, il n'est pas d'accord avec le raisonnement fait par cette dernière. L'auteur est un peu radical quant l'application de la loi de 1989 (sur les

⁶⁷⁴ Pierre-Dominique CERVETTI, «Quelques perspectives d'avenir autour de la preuve par courrier électronique», (2011) *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique* 45., p. 49, par. 17.

⁶⁷⁵ Notons qu'en matière commerciale, c'est un peu différent, car la liberté de preuve est la règle.

⁶⁷⁶ Éric A. CAPRIOLI, «Vérification d'écriture et courrier électronique», (2010) *Communication Commerce Électronique*.

⁶⁷⁷ *Id.*, par. 3.

⁶⁷⁸ *Id.*, par. 4. Sur ce, l'auteur réfère à la décision Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 2010, n° 09-65.854, préc., note 671.

⁶⁷⁹ Jérôme HUET, «Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques», (2011) 72 *Revue Lamy droit de l'immatériel* 30.

rapports locatifs) exigeant la communication par la lettre recommandée pour le congé d'un bail résidentiel. En toute déférence, nous trouvons qu'il est à l'idée que « Formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible (...) »⁶⁸⁰. C'est une position quelque peu rigide, statique et défavorable aux nouvelles technologies d'information. Il semble que, pour lui, la présence des courriels n'ajoute rien, en termes de preuve de l'acte en question (le congé du bail), sur la balance du juge. Selon lui, la question de savoir si les courriels peuvent remplir les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 C.c.F., ne saurait être posée dans le cas d'espèce :

« Comme il ne semblait pas y avoir de telles contestations (celles portant sur l'intégrité et l'imputabilité des courriels, ainsi que le lien entre le signataire et les courriels) en l'espèce, il était inutile de s'interroger sur ce point, et de viser comme fondement de la cassation l'article 287 du Code de procédure civile ainsi que les articles 1316-1 et 1316-4 du Code civil, mais sur celui de l'article 15, I, de la loi du 6 juillet 1989 sur les rapports locatifs. »⁶⁸¹

[572] De l'autre côté de la médaille, nous trouvons la position du professeur Luc Grynbaum qui pense que l'approche interprétative de la Cour dans la décision du 30 septembre 2010 est un frein au commerce électronique⁶⁸². Il raisonne que l'on devrait reformuler ces conditions de fiabilité de l'écrit électronique et « admettre des écrits sans signature sécurisée pour les transactions de faibles montants »⁶⁸³. Il croit même qu'« il serait opportun de libérer complètement les modes de preuve et admettre, comme en matière commerciale, que la

⁶⁸⁰ Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme » dans *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle: études offertes à Georges Ripert*, vol. T.1, Paris, LGDJ, 1950, p. 93-114, à la p. 101, no. 9.

⁶⁸¹ J. HUET, préc., note 679, p. 31, dernier paragraphe.

⁶⁸² L. GRYNBAUM, préc., note 673.

⁶⁸³ *Id.*, p. 36, dernier paragraphe.

preuve est libre dans la mesure où elle emporte la conviction du juge »⁶⁸⁴. Cette position prône effectivement une interprétation contextuelle sans se limiter aux lettres des textes. Car pour lui la solution retenue par la Cour d'appel dans cette affaire présentait un double mérite :

« Tout d'abord elle évitait sans doute de faire prévaloir la position de celui qui se retranche derrière une pure question formelle pour nier un engagement antérieur. Comme les juges du fond l'ont indiqué, dès lors que les parties avaient l'habitude de communiquer par mail, pourquoi subitement écarter l'un d'entre eux ? En outre, cette position aurait permis de faire évoluer l'écrit électronique qui est figé dans les textes du 13 mars 2000, époque à laquelle il fallait rassurer pour proclamer l'égalité entre l'électronique et le papier. »⁶⁸⁵

[573] Nous trouvons que cette dernière position semble la plus juste, car elle répond à d'autres préoccupations plus importantes que celle portant sur la considération strictement littérale du texte, telles que la réalité sociale quant aux besoins et utilités pratiques et réelles des courriels, la prise en compte de la valeur économique d'un acte juridique donné dans l'évaluation de la force probante d'un moyen électronique utilisé et la prise en considération des effets néfastes du refus d'un tel moyen dans le contexte de l'économie numérique.

[574] Pour en dire plus, notons enfin que l'article 287 du Code de procédure civile français n'a jamais fait l'objet d'une application jurisprudentielle, d'où un doute semble être raisonnable quant à l'effectivité de l'application de cette règle de procédure de vérification de l'écriture, faute de ne pas encore avoir traversé l'épreuve du temps⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ *Id.*, p. 36, dernier paragraphe.

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 35, dernier paragraphe.

⁶⁸⁶ Alexandra PAULIN, «Office du juge et écrit électronique», (2010) 76 *Revue Lamy droit civil* 13., p. 14.

B. Le télécopieur ne peut pas constituer l'original : l'exemple en droit philippin

[575] Nous avons eu précédemment à analyser la décision de la Cour suprême des Philippines, *MCC Industrial Sales Corp. v. Ssangyong Corporation*⁶⁸⁷, quant à la question de savoir si le télécopieur et/ou une télécopie peut constituer un document électronique au sens de l'ECA 2000 sous l'angle de la difficulté interprétative⁶⁸⁸. Cette fois-ci nous proposons un autre angle d'analyse ayant trait aux méthodes interprétatives adoptées par le juge. Rappelons-nous brièvement que la Cour suprême a répondu négativement à la question mentionnée en se basant essentiellement sur trois arguments qui lui sont fort convaincants :

[576] *Primo*, la suppression par le Congrès (en l'occurrence le Sénat) de la clause « mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, télégramme, télex ou télécopie », de la définition du terme « message de données électroniques » en vertu de l'*Implementing Rules and Regulations (IRR) of R.A. 8792* (ci-après « IRR »)⁶⁸⁹, montre bien l'intention des rédacteurs de la loi d'exclure de son application « télex et télécopies », à l'exception de celles générées par ordinateur⁶⁹⁰. *Secundo*, l'ajout par le Congrès de qualificatif « électronique » au terme original « message de données » afin d'en faire le terme actuel « message de données électroniques » de la présente IRR, montre l'intention des rédacteurs de la loi de se concentrer sur les communications « sans papier » en

⁶⁸⁷ *MCC Industrial Sales Corp. v. Ssangyong Corporation*, préc., note 395.

⁶⁸⁸ *Id.* et voir également *Supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2 – *Des interprétations erronées.*

⁶⁸⁹ Philippines, *Implementing Rules and Regulations (IRR) of R.A. 8792*, 2001, en ligne : <<http://www.chanrobles.com/ecommerceimplementingrules.htm#UYMBuOS1ZyQ>> (consulté le 02 mai 2013).

⁶⁹⁰ *MCC Industrial Sales Corp. v. Ssangyong Corporation*, préc., note 395, voir (II) de la décision.

excluant celles basées sur le papier telles que les transmissions par télécopieur⁶⁹¹. *Tertio*, l'inclusion par les autorités administratives (organe exécutif) de la clause supprimée, c'est-à-dire la clause « mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, télégramme, télex ou télécopie », dans la définition du terme « message de données électroniques » dans le cadre de l'IRR, est nulle et non avenue pour être contraire à la loi⁶⁹².

[577] Notre relecture de la décision nous permet de comprendre que certains éléments de l'interprétation ne sont pas bien pris en considération. Nous trouvons que ces trois motifs constituent des interprétations déraisonnables de la disposition en vigueur à bien des égards.

[578] En effet, d'une part, la suppression de la clause « mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, télégramme, télex ou télécopie » ne veut pas forcément dire que le législateur a l'intention d'exclure la télécopie du champ d'application de l'ECA 2000, tant au regard du contenu qu'au regard du langage utilisé dans la disposition finale relative à la définition du « message de données électronique » :

« “Electronic Data Message” refers to information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means. (Sec. 5[c]) »

[579] Si la suppression du terme « télécopie » signifiait son exclusion, la suppression simultanée du terme « courrier électronique » aurait dû signifier aussi l'exclusion de courrier électronique du champ d'application de l'ECA 2000. Alors que le courrier électronique est incontestablement sous forme électronique, non seulement depuis sa création, mais par sa transmission, de réception et de stockage. Pourtant, le congrès a également supprimé le terme

⁶⁹¹ *Id.*

⁶⁹² *Id.*

« courrier électronique » de la définition de « message de données électronique ». Ce qui conduirait alors à une conclusion logique absurde de dire que le Congrès avait l'intention d'exclure aussi le courriel du champ d'application de l'ECA 2000. En d'autres termes, l'application uniforme de la justification de la Cour pour les autres éléments supprimés aurait conduit à des résultats aberrants. Néanmoins, ce raisonnement absurde est une des principales justifications invoquées par la Cour dans sa décision d'exclure la télécopie du champ d'application de l'ECA 2000.

[580] En conséquence, il serait plus raisonnable de dire que le Congrès a choisi de ne pas insérer dans la loi une énumération d'exemples actuels de ce qui constitue un « message de données électronique », c'est parce qu'il voulait être prudent en laissant les aspects techniques aux experts dans un domaine très dynamique tel que le commerce électronique pour couvrir les développements futurs. Il s'agirait plutôt d'une prudente technique législative de rester dans la généralité en laissant le relai au règlement d'application tel que l'IRR d'en préciser davantage. La dernière expression « *Other similar means* » pourrait également laisser entendre que l'ECA 2000 tend à raccourcir sa teneur plutôt que d'exclure la suivante clause en question.

[581] D'autre part, à la lecture attentive et critique de la discussion de la Cour et le langage de la section 5(c) de l'ECA 2000, il est raisonnablement clair que l'ajout par le Congrès du qualificatif « électronique » au terme « message de données » pour avoir le terme actuel « message de données électronique » de l'ECA 2000, ne signifie pas nécessairement que les rédacteurs de la loi a l'intention de se concentrer sur les communications « sans papier » en excluant toute communication basée sur le papier telle que la transmission par télécopieur.

[582] En effet, le langage utilisé dans la disposition elle-même montre clairement l'état d'esprit du Congrès de prévoir un champ élargi plutôt que limité du terme « message de données électronique ». Puisque la disposition retenue par le Congrès, qui définit le « message de données électronique » comme « l'information créée, envoyée, reçue *ou* conservée par les moyens électroniques, optiques ou analogues », utilise la conjonction « ou » au lieu de « et », il est clair que la conjonction « ou » est employé pour indiquer une alternative. En d'autres termes, la conjonction « et » n'est pas utilisé qui autrement indique un ajout. Ainsi, la langue de la loi montre l'intention manifeste du Congrès de classer en « électronique » toute donnée qui est supposé d'être sous « forme électronique » à n'importe quel stade de son existence, à savoir la création, la transmission, la réception ou le stockage. En d'autres termes, les données ne doivent pas nécessairement être sous forme électronique tout au long de son existence pour qu'elles soient considérées comme électronique.

[583] Il s'ensuit que l'explication la plus raisonnable est que le Congrès a choisi le terme « message de données électroniques » au lieu de « message de données » tout court, parce qu'il voulait mettre ce terme plus en accord avec son homologue « document électronique » par l'intermédiaire du qualificatif commun « électronique ». Notamment, l'intention du Congrès de faire le terme « message de donnée électronique » interchangeable avec le terme « document électronique » est sans aucun doute⁶⁹³.

[584] Enfin, la décision de la Cour d'annuler l'IRR pour avoir inclus le terme « télécopie ou télécopieur » dans la définition du « message de données électronique », suit son

⁶⁹³ Voir notamment la Section 5 ECA portant les définitions des termes : (c) *electronic data message*; (d) "Information and Communication System"; (e) "Electronic Signature", (f) "Electronic Document", où le terme *electronic data messag* est utilisée d'une manière interchangeable.

raisonnement concernant la suppression de la clause citée et l'incorporation du qualificatif « électronique ». Comme expliqué ci-dessus la justification de la Cour est erronée, il s'ensuit nécessairement que sa décision portant sur la section 6(e) de l'IRR est également erronée.

[585] En effet, la discussion et le raisonnement de la Cour sont basés sur l'opinion et l'explication personnelle du Sénateur Santiago. A cet égard, il est utile de noter que, selon la règle d'interprétation législative, les propos individuels des Sénateur sur la tribune du Sénat ne reflètent pas nécessairement le point de vue du Sénat en tant que tel, et encore moins l'intention de la Chambre des représentants.

[586] La référence aux documents préparatoires ou aux rapports des commissions de manière générale en vue de déceler l'intention législative peut se faire dans une certaine limite, comme ce qu'a clarifié Lord Denning, sous la plume de l'Honorable Michel Bastarache :

« Il est légitime de consulter les rapports de ces comités pour déterminer quel était le problème principal visé par la Loi. Vous pouvez tirer du rapport les faits et les circonstances et voir dans quel contexte la loi a été adoptée. Cela est toujours très utile à son interprétation. Mais vous ne pouvez pas examiner ce que recommandait le comité, ou du moins, si vous l'examinez, vous ne devez pas vous laisser indûment influencer. Cela n'est pas vraiment utile pour la simple raison que le Parlement peut décider, comme il fait souvent, de faire autre chose pour régler le problème. »⁶⁹⁴

[587] Autrement dit, en l'occurrence, si la définition du « message de données électronique » semble avoir été adoptée sur l'avis du Sénateur Santiago repéré dans les documents préparatoires, cela ne veut pas forcément dire que l'interprétation de la définition du terme adopté doit être conforme à la signification que prône ledit Sénateur. Le Congrès peut aller

⁶⁹⁴ Michel BASTARACHE, «Les difficultés relatives à la détermination de l'intention législative dans le contexte du bijuridisme et du bilinguisme législatifs au Canada» dans Jean-Claude GÉMAR et Nicolas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 2005, p. 93-117, à la.p 97 et 98.

au-delà de son avis ou veut dire autrement dans l'adoption de cette définition de la sorte. Nous trouvons que la Cour suprême a pris l'intention de l'auteur du texte pour l'intention législative en soi, sans aucune nuance. Pour elle l'intention législative d'un texte n'est rien d'autre que l'intention de son auteur. Pour pouvoir la dégager, il faut revenir sur ce que pense son auteur quelque soit la compréhension que peut générer le texte ou qu'est susceptible d'avoir le « lecteur modèle ou raisonnable » au travers de sa lecture. Il s'agit là d'une erreur d'interprétation. En effet, nous croyons plutôt, reprenons l'expression de Paul Ricœur, que « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui »⁶⁹⁵. C'est-à-dire, l'interprétation d'un texte ne dépend pas exclusivement ce que veut dire son auteur, mais aussi, au travers des mots du texte, le lecteur qui contribue aussi au processus de son interprétation et donc au résultat interprétatif⁶⁹⁶.

[588] Par ailleurs, le règlement d'application, l'IRR élaboré par le Ministère du commerce et de l'industrie, le Ministère du budget et de la gestion et le Bangko Sentral ng Pilipinas, bénéficie d'un même rang de règles juridiques dans l'interprétation contemporaine pour les autorités administratives et judiciaires qui sont chargées de les appliquer, à moins qu'une telle disposition soit grossièrement déraisonnable ou erronée. Hors, en ce qui concerne la section 6(e) de l'IRR, en particulier, rien ne prouve la moindre distorsion ou contradiction entre le dit règlement et la loi dont il émane. Les points de vue personnels du sénateur Santiago, même acceptés par le parrain de la loi Sénateur Magsaysay, ne rendront pas automatiquement l'interprétation faite dans la section 6(e) de l'IRR par les organes exécutifs tels que le Ministère du commerce et de l'industrie, le Ministère du budget et de la gestion et le Bangko

⁶⁹⁵ Citation reprise par P.-A. CÔTÉ, préc., note 574, p. 111, par. 4.

⁶⁹⁶ *Id.*, p. 119, par. 3.

Sentral ng Pilipinas, « manifestement déraisonnable ou erronée ». Au contraire, l'IRR a été conçu avec soin par ces derniers en tenant bien compte de son « origine internationale et la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans les relations commerciales internationales », par l'adoption de la définition de « message de données » de la Loi type de la CNUDCI.

[589] En effet, tout d'abord, la loi en question (ECA 2000) prévoit expressément un principe d'interprétation (Statutory Construction) dans sa section 37 que « l'interprétation de la présente loi doit tenir dûment compte de son origine internationale »⁶⁹⁷, elle ne dit pas « l'origine canadienne ». Par conséquent, la loi ne se réfère à rien d'autre que la loi type de la CNUDCI et non à la Loi uniforme canadienne sur la preuve électronique de 1998. C'est parce que la première est celle destinée à une large adoption par la communauté internationale, tandis que la seconde est destinée uniquement à une application limitée dans le Canada. D'ailleurs le but exprès de la loi est de « promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans les relations internationales ». Ainsi la loi vise à régir les relations multilatérales plus larges entre les Philippines et le monde entier, et non limitées à celles bilatérales entre les Philippines et le Canada. S'il y a un conflit dans la définition et l'interprétation entre la Loi type de la CNUDCI et la Loi uniforme canadienne sur la preuve électronique de 1998, la première devrait prévaloir sur cette dernière pour être conforme à l'objectif de l'ECA 2000 des Philippines qui est « l'uniformité de son application (...) dans les relations internationales ».

⁶⁹⁷ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les principes d'interprétation s'appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique.*

[590] De surcroît, dans le cadre de l'ASEAN, la loi thaïlandaise ETA 2001, va aussi dans ce même sens. La définition qu'elle donne aux « données électroniques » (version thaïlandaise) ou « data message » (version anglaise) comprend aussi la fameuse clause supprimée, dont le terme « télécopie »⁶⁹⁸. En plus, dans le contexte doctrinal philippin concernant l'interprétation du terme « message de données électronique » de l'ECA 2000 et celui de l'IRR, aucun constat de contradiction n'a été fait. On note tout simplement que la clause énumérant des exemples supprimés dans l'ECA 2000 est pourtant restaurée dans IRR⁶⁹⁹. Et plus claire encore, la définition de l'expression « *Sent or Received by electronic means* » est comprise d'une manière large qui inclut également le fax ou télécopie⁷⁰⁰.

[591] Il en résulte que la Cour suprême néglige les lettres de la loi et met l'accent sur l'intention de l'auteur du texte d'une manière à oublier totalement l'intention exprimée dans le texte qui présente aussi tant d'importance dans la détermination du sens du texte. La Cour comprend et applique mal le principe d'interprétation posée par le texte lui-même. Au lieu d'interpréter le texte et l'esprit de la loi ECA 2000 pour résoudre la question de qualification

⁶⁹⁸ Thaïlande, *Electronic Transaction Act*, préc., note 252, Section 4 : “Data message means information generated, sent, received, stored or processed by electronic means such as data message interchange, electronic mail, telegram, telex or telecopy.”

⁶⁹⁹ Jesus M. DISINI fut le premier juriste philippin en droit des technologies de l'information et celui qui a participé activement au lobbying pour l'adoption de l'Electronic Commerce Act 2000, et aussi à l'élaboration d'IRR 2000 (voir sa biographie, en ligne : <<http://www.disini.ph/bespin/>> (consulté le 22 avril 2013)) a interprété le texte comme suit : “The definition of “electronic data message” was based on the Model Law’s definition of “data message”. The Act however deleted the final phrase which enumerated examples but this was restored in the IRR.” (Atty. Jesus M. DISINI et Janette C.TORAL, «Republic Act No. 8792 Implementing Rules and Regulations of the Electronic Commerce Act», (2000) *Philexport-Philippines Exporters Confederation, Inc.* , p. 10 colonne 3.).

⁷⁰⁰ *Id.* , p. 11, coll. 1. : “*Sent or Received by electronic means*” – Since only the mode of transmission is relevant, the output generated can now be considered an electronic data message. In other words, a fax, telegram, or telex message would be included because these were transmitted through telecommunications networks – as would transaction receipts for credit card, debit card, ATM card and other similar point of sale transactions.”; Voir aussi : Joan M. PADILLA, «The Electronic Commerce Act (R.A. 8792) - An Overview of IT Impact on The Philippine Legal System», (2006) Vol. L *UST LAW REVIEW* 191., p. 194, par. 2.

du message de donnée électronique, la Cour préfère rester en dehors de son champ d'application en privilégiant la « sortie » par prépondérance de preuves. Tous ces éléments d'interprétation rendent selon nous la décision de la Cour déraisonnable.

Paragraphe 2 – La qualification de la signature électronique : le cas d'une interprétation stricte

[592] La mention du nom dans l'adresse du courriel ne peut constituer une signature en droit anglais. C'est une interprétation quelque peu rigide quant à la qualification de la signature que l'on trouve dans une fameuse décision anglaise rendue en 2006, *Nilesh Mehta v. J Pereira Fernandes SA*⁷⁰¹. L'affaire concerne d'une part une compagnie portugaise J Pereira Fernandes SA (ci-après « JPF »), venderesse, qui fournit les produits de literie et d'autre part une compagnie anglaise Bedcare (UK) Ltd (ci-après « Bedcare »), acheteuse, dont M. Mehta est dirigeant. Bedcare n'a pas payé après réception des produits commandés, JPF a présenté son intention de porter plainte. Un peu plus d'un mois plus tard, M. Mehta a, par le biais de son mandataire, envoyé un courriel afin de demander l'ajournement de sept jours pour l'audition de la pétition en s'engageant personnellement de payer cinq mille livres avant l'expiration de ce délai. Cette proposition a été acceptée par la JPF, mais M. Mehta n'aurait pas satisfait à cette promesse. L'action a alors été intentée par la JPF. Comme il s'agit de cautionnement, d'où l'application de *Satute of Frauds*.

[593] Le problème concerne le fait que le courriel en question ne portait pas le nom ni l'initial du nom de M. Mehta à la fin du message, seul l'adresse de courriel <Nelmehta-at-aol.com>

⁷⁰¹ *Nilesh Mehta v. J Pereira Fernandes SA*, [2006] 1 WLR 1543, en ligne : <http://www.gardinerlaw.co.uk/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=89> (consulté le 24 avril 2013).

pouvant lui être rattaché. La question qui se pose ici est de savoir si l'insertion automatique de l'adresse de courriel constitue une signature de son expéditeur au sens de la Section 4 de *Statute of Frauds*.

[594] Le juge de la Cour de la District a apporté une réponse positive, alors que la Haute Cour, présidée par le Juge Pelling QC, a, suite à l'appel de M. Mehta, répondu négativement à cette question au motif que le courriel en question n'a pas été signé puisque le nom ou l'initial du nom du signataire n'apparaissait pas à la fin ni dans n'importe quelle partie du corps du courriel⁷⁰², et qu'accepter l'insertion automatique de l'adresse de courriel comme constituant une signature en vertu de la section 4 porterait atteinte ou susceptible de porter atteinte à l'objectif (finalité) de *Statute of Frauds* et serait contraire au principe sous-jacent et aurait causer des effets juridiques et commerciaux non-désirés :

« To conclude that the automatic insertion of an e-mail address in the circumstances I have described constituted a signature for the purposes of *Section 4* would I think undermine or potentially undermine what I understand to be the Act's purpose, would be contrary to the underlying principle to be derived from the cases to which I have referred and would have widespread and wholly unintended legal and commercial effects. In those circumstances, I conclude that the e-mail referred to in Paragraph 3 above did not bear a signature sufficient to satisfy the requirements of Section 4. In those circumstances, I conclude that the email referred to in Paragraph 3 above did not bear a signature sufficient to satisfy the requirements of Section 4. »⁷⁰³

⁷⁰² *Id.*, par. 30 : « Thus, as I have already said, if a party or a party's agent sending an e-mail types his or her principal's name to the extent required or permitted by existing case law in the body of an e-mail, then in my view that would be a sufficient signature for purpose of *Section 4*. However that is not this case. »

⁷⁰³ *Id.*, par. 29

[595] Pour le Juge Pelling QC, l'insertion automatique de l'adresse de courriel est considérée comme une authentification accidentelle et non consensuelle puisqu'il n'y avait pas eu d'acte délibéré de la part de l'expéditeur du courriel.

« 29. In my judgment the inclusion of an e-mail address in such circumstances is a clear example of the inclusion of a name which is incidental in the sense identified by Lord Westbury in the absence of evidence of a contrary intention. Its appearance divorced from the main body of the text of the message emphasises this to be so. Absent evidence to the contrary, in my view it is not possible to hold that the automatic insertion of an email address is, to use Cave J's language, "...intended for a signature...". »⁷⁰⁴

[596] Cette décision avec ces arguments interprétatifs nous semble déraisonnablement stricte quant à la qualification de la signature. En effet, elle n'a pris au sérieux la réalité factuelle et technique du courriel et qu'elle a eu mal apprécié la réalité sociale liée aux effets juridiques et commerciaux dans l'utilisation de courriel.

[597] Tout d'abord, mettons une loupe sur la réalité factuelle et technique d'un courriel. Le Juge Pelling QC fonde ses raisonnements sur la connaissance personnelle quant au fonctionnement d'un courriel⁷⁰⁵. Pour lui le nom ou l'initial du nom de l'auteur doit apparaître à la fin de son message pour que le courriel soit réputé avoir porté une signature valide au sens de *Statute of Frauds*⁷⁰⁶. Cette approche très formaliste est loin de la réalité technique du mode d'authentification dans l'échange de courriel. En effet, l'échange de courriel nécessite préalablement l'enregistrement d'un compte individuel auprès d'un fournisseur de service de courriel qui exige certains renseignements personnels pour permettre d'identifier son auteur.

⁷⁰⁴ *Id.*, par. 29.

⁷⁰⁵ *Id.*, par. 19.

⁷⁰⁶ *Id.*, par. 18.

Lors de chaque élaboration d'un courriel, le détenteur du compte doit s'authentifier préalablement pour pouvoir accéder à ce service et identifier le/les adresse(s) de courriel de son ou ses destinataires. Après avoir fini d'écrire le message, il doit cliquer sur le bouton « Envoi » afin de conclure son courriel. Ces étapes techniques de base d'un courriel suffisent pour que l'on puisse déduire l'identité de l'auteur et son approbation sur le contenu du message envoyé qui constituent les deux fameuses fonctions fondamentales d'une signature que nous avons amplement traité dans notre première partie⁷⁰⁷.

[598] Ensuite, contrairement à ce qu'a invoqué le Juge Pelling QC, accepter l'insertion automatique de l'adresse de courriel comme constituant une signature en vertu de la section 4 ne porterait pas atteinte à la finalité de *Statute of Frauds*, ni ne causerait des effets juridiques et commerciaux non-désirés. En effet, d'une part, l'exigence de la signature par le *Statute of Frauds* ne spécifie pas une forme particulière de la signature. La tendance générale du droit anglais est encore moins formaliste dans la qualification de la signature puisque de plus en plus la validité d'une signature dépend de la satisfaction de sa fonction et non celle de sa forme déjà reconnue par la loi⁷⁰⁸. Si le « clic » est différent d'autres formes reconnues de la signature en ce qu'il ne se matérialise pas sous forme visible de signature, la signature manuscrite sous forme de croix « X » n'est pas non plus d'une visibilité similaire à la forme conventionnelle d'une signature. Le « clic » est incontestablement une forme d'expression de consentement sur le contenu du message électronique dans la mesure où il constitue une étape concluante dans un envoi d'un message par courriel. D'où la suggestion de la part de British

⁷⁰⁷ *Supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 – *La redéfinition de la signature*.

⁷⁰⁸ LAW-COMMISSION, préc., note 180, p. 15, par. 3.38 (1).

Law Commission quant à la reconnaissance d'un « clic » comme signature équivalent à la signature manuscrite sous forme de croix « X » :

« We do not believe that there is any doubt that clicking on a website button to confirm an order demonstrates the intent to enter into that contract. That will satisfy the principal function of a signature: namely, demonstrating an authenticating intention. We suggest that the clic can reasonably be regarded as the technological equivalent of a manuscript 'X' signature. In our view, clicking is therefore capable of satisfying a statutory signature requirement (in those rare cases in which such a requirement is imposed in the contract formation). »⁷⁰⁹

[599] Par ailleurs, la reconnaissance de l'insertion automatique de l'adresse de courriel comme signature n'aura pas d'effets commerciaux néfastes, au contraire. Puisqu'il est commun de dire actuellement que les communications par courriels dans les relations d'affaires pour la négociation et la conclusion du contrat est une réalité sociale généralisée. Il serait pourtant aberrant pour les usagers de courriels de se voir refuser la preuve par courriels pour les transactions qu'ils ont faites. Pour en dire plus, pour le Juge Pelling QC, l'insertion automatique de l'adresse de courriel ne peut constituer une signature en raison de l'absence d'acte délibéré de la part de destinataire. Par conséquent, il aurait accepté s'il a été prouvé que l'insertion de l'adresse de courriel n'était pas automatique, mais par le fait que l'expéditeur de courriel avait effectivement tapé son adresse dans la case prévue à cette fin. Alors que dans le cours normal des échanges de courriels, cette question est absolument en dehors de la connaissance du destinataire. Si une investigation serait susceptible d'être engagée, elle causerait des dépenses indûment onéreuses avec des résultats infructueux, car généralement

⁷⁰⁹ *Id.* , p. 15, par. 3.37.

les programmes de courriels sont configurés pour l'utilisation d'une seule adresse de courriel⁷¹⁰.

[600] Cette interprétation restrictive et formaliste sans égards critiques quant à la technicité de la technologie en cause, nous semble fort critiquable et déraisonnable au regard de la réalité sociale quant à l'utilisation et à la nécessité des courriels.

[601] Enfin, si l'on compare cette solution avec d'autres juridictions de Common-Law, nous trouvons que plusieurs décisions portant sur la même question apportent une réponse plus flexible et libérale en vue de reconnaître des formes de signature qui sont susceptibles de remplir la même fonction que la trace manuscrite : *identification de l'auteur et approbation du contenu du message*. Pour n'en citer que quelques unes, on a la décision de Singapour SMI 2005⁷¹¹ (que nous allons également analyser dans la section suivante), la décision australienne *McGuren v. Simpson* 2004⁷¹², et la décision américaine *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.* 2002⁷¹³.

[602] De l'autre côté, on trouve une interprétation plutôt flexible et libérale de la notion de l'écrit et la signature en permettant d'élargir leur sens et leur teneur aux autres formes de l'écrit et de la signature dans l'environnement électronique.

⁷¹⁰ Clive FREEDMANA et Jake HARDY, «J Pereira Fernandes SA v. Mehta: A 21st century email meets a 17th century statute», (2007) 23 *Computer Law & Security Report* 77-81., p. 81, par. 1.

⁷¹¹ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

⁷¹² *McGuren v. Simpson* [2002] NSWSC 36, en ligne : <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/nsw/NWSC/2004/35.html?stem=0&synonyms=0&query=title\(McGuren%20near%20.%20Simpson\)](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/nsw/NWSC/2004/35.html?stem=0&synonyms=0&query=title(McGuren%20near%20.%20Simpson))> (consulté le 22 avril 2013).

⁷¹³ *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.* 314F 3d 189 [2002], en ligne : <<http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/Cloud.pdf>> (consulté le 03 mai 2013).

Section 2 – Les interprétations larges et libérales de l’écrit et de la signature : interprétation contextuelle et interprétation téléologique

[603] Étudions d’abord le cas de l’interprétation de la notion de l’écrit pour recevoir la qualification du courriel comme écrit (**Paragraphe 1**), avant d’analyser une forme possible de la signature par la simple mention du nom dans l’adresse du courriel (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – La qualification de l’écrit électronique : le cas de l’acceptation du courriel comme écrit

[604] Reprenons l’affaire *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*⁷¹⁴ que nous avons étudiée plus haut quant à la question de l’erreur interprétative au *Paragraphe 1 de la Section 1 du Chapitre 1 du Titre 2* de notre première partie. Concentrons-nous cette fois-ci sur l’aspect relatif aux méthodes d’interprétation adoptées par le juge de la Haute Cour de Singapour. Pour ce faire, analysons la décision en détail quant aux arguments relatifs au formalisme contractuel.

[605] Rappelons-nous alors que les problèmes juridiques posés dans cette affaire portent sur la question de savoir si les courriels, au sens de la section 6(d) de *Civil Law Act* (CLA), peuvent être qualifiés d’écrit, et sont susceptibles de remplir l’exigence de la signature⁷¹⁵. Le fondement principal de la défenderesse pour faire rejeter les courriels se base sur l’interprétation *a contrario* du champ d’application de l’ETA 1998⁷¹⁶ en faisant valoir qu’un

⁷¹⁴ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

⁷¹⁵ *Id.*, par. 70 et s.

⁷¹⁶ Concernant cette question relative à l’interprétation *a contrario* du champ d’application de l’ETA, voir l’analyse en détail *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 – *L’interprétation a contrario quant au champ d’application*.

tel bail immobilier, même s'il existait, n'était pas « exécutoire » (*enforceable*) car il ne répondait pas aux exigences de forme de la section 6 (d) CLA. Cette disposition exige que les actes relatifs à la vente ou à l'aliénation des biens immobiliers, ou tout intérêt y afférant, soient prouvés par un mémorandum écrit ou une note signé(e) par la personne concernée. La défenderesse prétend que les courriels pertinents n'étaient pas suffisants et un mémorandum n'a pas été signé par elle. Elle a cherché à renforcer sa prétention par référence à la section 4 (1)(d) de l'ETA 1998 qui excluait de tel acte de son champ d'application. Cette exclusion aura pour effet de rendre des courriels et autres documents électroniques incapables de satisfaire aux exigences formelles de la Section 6 (d) CLA⁷¹⁷.

[606] Le juge Prakash n'a pas donné droit à ces prétentions. En effet, selon sa décision, comme le but principal de l'ETA 1998 était de faciliter le commerce en permettant le recours à la communication électronique dans le commerce, il ne devrait pas être interprété au détriment d'un tel recours. Le présent juge a considéré que la Section 4(1) de l'ETA 1998 a simplement écarté l'application des dispositions de l'ETA 1998 aux actes exclus afin d'éviter d'établir les conditions de forme relatives à ces actes, mais elle n'aura pas pour effet de nier la valeur probante des communications électroniques en common law⁷¹⁸. La question de savoir si un courriel peut satisfaire aux exigences de forme de la Section 6(d) CLA devrait être déterminée en interprétant cette dernière disposition, en dehors de l'ETA 1998⁷¹⁹.

[607] C'est sur cette dernière question relative à la qualification de l'écrit et de la signature par les courriels que nous allons maintenant analyser la décision de la Cour en détail.

⁷¹⁷ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 70 et 71.

⁷¹⁸ Voir l'analyse de la décision en détail sur cette question *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1 – *L'interprétation a contrario quant au champ d'application*.

⁷¹⁹ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 76.

Répondons alors à cette double question, d'une part la qualification de l'écrit que nous allons analyser dans ce paragraphe 1, et la qualification de la signature, dont nous traiterons dans le paragraphe 2, d'autre part.

[608] Afin de déduire que le courriel peut remplir l'exigence juridique prévue par le *Statute of Frauds*, le juge Prakash se contente de se baser sur la définition juridique de l'écrit prévue par l'*Interpretation Act* qui décrit et détermine l'essence juridique de l'écrit. Et la dernière expression « words in visible form » de cette définition constitue le terme clé permettant au juge de sortir de l'impasse. Ce fondement juridique n'est que la surface positiviste du raisonnement. D'autres arguments qui sont fort intéressants tout en sortant quelque peu du positivisme pur, peuvent être tirés de la décision et concernent la finalité législative et la considération contextuelle de l'effet de l'application de l'ETA 1998 et de la *Statute of Frauds*, ainsi que la prise en compte de la réalité sociale telle que « justice et sens commun ».

[609] En premier lieu, par une approche finaliste, la Haute Cour de Singapour a choisi l'interprétation large de la notion de l'écrit, à la fois dynamique et téléologique afin de donner l'ouverture à d'autres formes d'écrits signés, aux courriels en l'occurrence. Le juge se contente d'abord d'argumenter sur l'absence de spécificité quant au support de l'écrit dans le *Statute of Frauds* en illustrant *a contrario* les autres dispositions d'exigences de forme qui font référence expresse aux expressions faisant appel au support physique, telles que « *to be signed "at the foot or end thereof"* », « *to be in writing "under the hand"* », « *the instrument has to be under seal or "under the hand"* », « *to be indicated "in ink" on a printed copy* »⁷²⁰. Ensuite, il se fonde sur la finalité d'origine de *Statute of Frauds* dont la *Civil Law Act* de

⁷²⁰ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 77

Singapour s'est inspirée, en vue d'enlever le monopole du papier historiquement attaché à la notion d'écrit, en mentionnant que :

« The aim of the Statute of Frauds was to help protect people and their property against fraud and sharp practice by legislating that certain types of contracts could not be enforced unless there was written evidence of their existence and their terms. Recognising electronic correspondence as being "writing" for the purpose of s 6(d) of the CLA, would be entirely consonant with the aim of the CLA and its predecessor, the Statute of Frauds, as long as the existence of the writing can be proved. »⁷²¹

[610] Cette approche finaliste d'interprétation (interprétation téléologique – « The Mischief Rule »⁷²²) permet d'ouvrir la porte à d'autre forme d'écrits autre que le papier. Il s'agit d'une approche dynamique d'interprétation que le juge prend en vue à la fois de mettre en cause le monopole du papier sur le concept d'écrit et de mettre à jour un texte législatif pour refléter les changements technologiques depuis sa législation.

[611] Par ailleurs, pour la Cour, les courriels satisfaisaient à l'exigence de l'« écrit » (comme défini à la section 2 de l'*Interpretation Act* (Cap 1, 2002 Rev Ed) parce qu'ils contenaient des mots qui pourraient être affichés dans une « forme visible ». Sur le fondement de la section 2 de l'*Interpretation Act*, la notion d'écrit est définie largement sans apporter une préférence pour une forme de support particulier tout en donnant une liste non exhaustive des formes susceptibles d'être qualifiées d'écrit :

« "Writing" and expressions referring to writing include printing, lithography, typewriting, photography and other modes of representing or reproducing words or figures in visible form. »

⁷²¹ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 80.

⁷²² Le « Mischief Rule » est souvent appelé en français la « Règle de la situation à réformer » qui correspond l'« interprétation téléologique », voir notamment P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 441 et s.

[612] C'est la dernière expression « *other modes of representing or reproducing words or figures in visible form* » qui est susceptible d'ouvrir la porte aux courriels⁷²³. Malgré le fait que cette position ne fasse pas l'objet d'un consensus⁷²⁴, la Cour décide que les courriels satisfont à cette définition dans la mesure où ces courriels se dotent d'une double forme, d'une part celle de fichiers de l'information binaire (numérique) et d'autre part celle affichable sur l'écran de moniteur visible à l'œil nu ; et c'est cette dernière forme de courriels qui leur permet de remplir le critère « forme visible », car ils sont en effet visibles avant et après leur envoi⁷²⁵.

[613] En second lieu, nous constatons que le juge de la Haute Cour s'est intéressé à l'effet de l'application pure et simple de l'ETA 1998 dans le contexte réel de la société singapourienne. En effet, la solution serait fort déraisonnable si le juge devait invalider les communications électroniques (les courriels), alors que ce moyen de communication était déjà la pratique normale de la vie courante des Singapouriens constituant la réalité sociale. Il s'agit de « **justice et sens commun** » comme ce qu'il a bien pris le soin de mentionner comme suit :

« I therefore find that the e-mail correspondence which constituted the memorandum of the contract (as specified in [73] above) was "in writing" for the purpose of s 6(d) of the CLA. I am pleased to be able to come to this conclusion which I think is dictated by both justice and common sense since so much business is now negotiated by electronic means rather than by letters written on paper and, in the future, the proportion of business done electronically will only increase. »⁷²⁶ (*Nos soulignements*)

⁷²³ Pour le détail de l'analyse de cette expression « Visible form », voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les définitions existantes non adaptées aux nouvelles technologies*

⁷²⁴ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 82

⁷²⁵ *Id.*, par. 79.

⁷²⁶ *Id.*, par. 85.

[614] En faisant ainsi, le juge tient compte de la conséquence de l'application des textes en faisant le lien avec certaines valeurs à promouvoir « justice et sens commun » liées aux besoins actuels de la vie ou de la réalité sociale. D'ailleurs, par le fait qu'il actualise le sens de l'écrit en étendant son champ de signification pour couvrir la nouvelle forme de l'écrit (en espèce le courriel), le juge emprunte l'« idéologie dynamique de l'interprétation » qui a pour valeur fondamentale la satisfaction des besoins actuels de la vie, c'est-à-dire qu'elle vise à donner aux problèmes d'interprétation la solution adaptée aux réalités sociales actuelles ; et non celle « statique » qui conditionne le sens du texte à sa signification au moment de son adoption comme le prône la théorie officielle.

[615] Cette décision a été confirmée par l'arrêt rendu en dernier ressort de la Cour d'appel de la Cour suprême de Singapour *Joseph Mathew and Another v Singh Chiranjeev and Another* [2009] SGCA 51⁷²⁷.

[616] La réalité sociale (contexte social) joue alors un rôle déterminant dans l'interprétation d'un texte législatif, tel que l'on a également vu dans une récente décision américaine *Naldi v. Grunberg*⁷²⁸. Dans cette dernière décision, la Cour suprême de New York avait mentionné que même en l'absence de la loi, la réalité sociale peut constituer un argument persuasif dans l'acceptation de l'e-mail comme écrit au sens du droit général des obligations :

« Even in the absence of E-SIGN and the 2002 statement of legislative intent, given the vast growth in the last decade and a half in the number of people and entities regularly using e-mail, we would conclude that the terms "writing" and "subscribed" in GOL § 5-703 should now be construed to

⁷²⁷ C'est la décision après l'appel contre la décision de la Haute Cour de Singapour *Singh Chiranjeev v. Joseph Mathew*, préc., note 420.

⁷²⁸ *Naldi v. Grunberg*, préc., note 388.

include, respectively, records of electronic communications and electronic signatures, notwithstanding the limited scope of the 1994 amendment of the general statute of frauds. » (*Nos soulignements*)

[617] Une approche encore flexible, libérale et aussi prudent permettant de recourir aux nouvelles technologies en tenant compte du contexte peut être identifiée dans une décision de la Cour suprême du Canada *R. c. McIvor*⁷²⁹ :

« [30] Étant donné ma conclusion au sujet des exigences établies par le par. 742.6(4), il n'est pas nécessaire de décider si le nom dactylographié du policier constitue une signature au sens de cette disposition. Je soulignerais tout simplement que, lorsque cette question se pose, il convient d'y répondre, d'une part, en tenant compte du contexte, et notamment de l'importance de l'attestation personnelle, et, d'autre part, en faisant preuve de la souplesse nécessaire pour permettre le recours à la technologie en constante évolution. »

[618] Cette décision montre bien comment il est important de tenir compte du contexte pour la qualification de la signature tout en laissant place aux nouvelles technologies.

Paragraphe 2 – La qualification de la signature électronique : la mention du nom dans l'adresse de courriel comme signature

[619] Revenons maintenant à la décision de la Haute Cour de Singapour, *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, sur la qualification de la signature. Un mémorandum peut être considéré comme ayant été « signé », à des fins de la section 6(d) de la CLA, s'il apparaissait sous la forme qui permet d'authentifier l'identité du signataire. En général, cette signature pourrait être sous forme des signatures manuscrites ou imprimées. Dans le cas d'espèce, la Cour trouve qu'il n'y a pas de réelle distinction pouvant être faite

⁷²⁹ *R. c. McIvor*, préc., note 474.

entre une signature dactylographiée, et celle qui a été tapée sur le corps de courriel et envoyé avec une adresse de courriel⁷³⁰. De manière significative, le Juge Prakash est allé plus loin et a statué que même si le nom de l'auteur n'avait pas été ajouté au corps du courriel, il a été « signé » parce que le nom de l'auteur est apparu à côté de son adresse courriel à l'entête du message :

« One minor difficulty in this case is that Mr Tan did not append his name at the bottom of any of his e-mail messages. All his e-mail messages, however, including the message dated 4 February 2003 and sent to Ms Yong, had, near the start thereof, a line reading "From: "Tan Tian Tye" <tian-tye.tan-at-schenker.com>". Mr Tan confirmed in court that he had sent out those messages. There is no doubt that at the time he sent them out, he intended the recipients of the various messages to know that they had come from him. Despite that, he did not find it necessary to identify himself as the sender by appending his name at the end of any of the e-mails whether the messages were sent to his colleagues or to third parties like Mr Heng. »⁷³¹

[620] Ce raisonnement a pris l'approche fonctionnelle comme base interprétative et se fonde sur la fonction de la signature au lieu de sa forme. La qualification de la signature est progressivement transformée de la forme à sa fonction, non seulement en droit de Singapour, mais aussi dans la *common law* en général, comme ce qu'a bel et bien mentionné la décision commentée :

« The common law takes a pragmatic approach as to what will satisfy a signature requirement. The courts look to whether the method of signature used fulfils the function of a signature, viz demonstrating an authenticating function, rather than whether the form of signature used is one which is commonly recognised. »⁷³²

⁷³⁰ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 91.

⁷³¹ *Id.*, par. 92.

⁷³² *Id.*, par. 87

[621] Par conséquent, la notion de la signature est généralement interprétée d'une manière très large tel que l'Honorable Juge Andrew Phang a pris soin d'invoquer que :

« The word "signature" has been very loosely interpreted: it need not be at the foot of the memorandum and it need not be a signature in the popular sense of the word, a printed slip may suffice if it contains the name of the defendant. »⁷³³

[622] Il s'ensuit que désormais on s'intéresse plus à l'intention de la partie d'authentifier que la forme de la signature en faisant l'équivalence avec une signature manuscrite :

« A chaque fois, les tribunaux ont pu régler la question de la validité de la signature en faisant une analogie avec une signature manuscrite. On pourrait donc dire que dans un contexte caractérisé par des exigences de forme rigides, les tribunaux des pays de *common law* ont eu tendance à développer une interprétation assez large des notions d'« authentification » et de « signature », en s'intéressant plus à l'intention des parties qu'à la forme de leurs actes »⁷³⁴.

[623] En l'occurrence, la Cour procède à l'approche plutôt flexible en donnant un sens assez large aux notions d'« authentification » et de « signature » dans son interprétation afin de procurer l'équivalence entre d'une part la signature dactylographique et d'autre part la signature par l'apposition du nom à la fin d'un courriel. Il s'avère que la Cour est allée encore plus loin que de chercher l'équivalence entre ces deux formes de signature en acceptant comme signature valide la simple mention du nom du signataire dans l'adresse de courriel. En effet, la Cour trouve que la méthode d'authentification assurée par le courriel et la mention du nom du signataire dans l'adresse du courriel permettent de déduire l'intention

⁷³³ *Id.*, par. 87; Concernant le constat de mutation de la qualification de la signature, voir également : C. REED, préc., note 168.

⁷³⁴ CNUDCI, *Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques*, Genève, Nations Unies, 2009., p. 3, par. 4.

d'authentification de son auteur. Il lui semble alors que la mention du nom à la fin du message dans le courriel ne soit pas indispensable :

« I can only infer that his omission to type in his name was due to his knowledge that his name appeared at the head of every message next to his e-mail address so clearly that there could be no doubt that he was intended to be identified as the sender of such message. Therefore, I hold that the signature requirement of s 6(d) is satisfied by the inscription of Mr Tan's name next to his e-mail address at the top of the e-mail of 4 February 2003. »⁷³⁵

[624] On peut trouver une position similaire dans une décision américaine *International Castings Group Inc. v. Premium Standard Farms Inc*⁷³⁶, dans laquelle la Cour a conclu que la combinaison du nom de l'expéditeur apparu à l'entête du courriel avec l'utilisation de bouton de l'« envoi » représente l'intention des parties d'authentifier et approuver le contenu du courriel. Et c'est suffisant pour satisfaire à l'exigence d'une signature en vertu de Uniform Commercial Code (*Statute of Frauds*) :

« There is overwhelming evidence that Sanecki's and Pummill's e-mails are authentic and that the information contained in them was intended by each to accurately reflect their communications with the other. Although they do not all contain a typed name at the bottom of the e-mails, each e-mail contains a header with the name of the sender. Given the testimony at the preliminary hearing, it is clear that Sanecki and Pummill, by hitting the send button, intended to presently authenticate and adopt the content of the e-mails as their own writing. This is enough to satisfy the UCC given the breadth of its definition of signature, as well as the UETA which specifically refers to a "process attached to or logically associated with a record »⁷³⁷

⁷³⁵ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 92.

⁷³⁶ *International Castings Group Inc. v. Premium Standard Farms Inc*, 358 F Supp 2d 863 (W D Mo 2005), en ligne : <<http://www.internLELibrary.com/pdf/International-Casings-Premium-Standard-WD-Mo.pdf>> (consulté le 22 avril 2013).

⁷³⁷ *Id.*, p. 19, par. 2.

[625] Une décision australienne, *McGuren v. Simpson*⁷³⁸, arrive à la même conclusion⁷³⁹. Ces décisions font de l'entête de courriel une partie intégrante du corps du message⁷⁴⁰.

[626] Pour terminer, rappelons-nous la fameuse l'affaire *Bolduc c. Ville de Montréal*⁷⁴¹, où la signature sur un constat d'infraction peut être caractérisée au travers de la fonction d'identification assurée par le matricule ou le numéro associé à l'appareil de l'officier, et celle de l'approbation par la remise de constat d'infraction⁷⁴².

[627] La notion de la signature est alors appréciée selon ses fonctions et non pas ses formes. Ce glissement d'appréciation juridique de la notion de la signature a grand intérêt afin d'assurer le passage avec harmonie d'un droit culturellement ancré dans la tradition de l'écrit papier au droit plus « électronique » ou « technologique » et surtout plus actuel. Ce passage basé sur le fondement d'équivalence fonctionnelle est en parallèle à ce que prône la CNUDCI

⁷³⁸ *McGuren v. Simpson*, préc., note 712.

⁷³⁹ *Id.*, par. 22 : « Where the name of the party to be charged appears on the alleged note or memorandum, for example, because it has been typed in by the other party, the so-called 'authenticated signature fiction' will apply where the party to be charged expressly or impliedly acknowledges the writing as an authenticated expression of the contract so that the typed words will be deemed to be his or her signature. This principle has no application to a document which is not in some way or other recognisable as a note or memorandum of a concluded agreement." As Ms "McGuren"'s name appears in the email and she expressly acknowledges in the email as an authenticated expression of a prior agreement, the email is recognisable as a note of a concluded agreement. Accordingly, the Magistrate was correct at law to conclude that Ms "McGuren" signed the email and that the requirements of s 54(4) of the Act were met. It was open to the Magistrate to find that Ms "McGuren" acknowledged the claim and she has admitted her legal liability to pay Mr "Simpson" that which he seeks to recover. »

⁷⁴⁰ *Id.*

⁷⁴¹ *Montréal (Ville) c. Bolduc*, 2009 QCCM 30774, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccm/doc/2009/2009canlii30774/2009canlii30774.html>> (consulté le 03 mai 2013).

Bolduc c. Montréal (Ville de), 2010 QCCS 1062, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccs/doc/2010/2010qccs1062/2010qccs1062.html>> (consulté le 03 mai 2013).

Bolduc c. Montréal (Ville de), 2011 QCCA 1827, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2011/2011qcca1827/2011qcca1827.html>> (consulté le 03 mai 2013).

⁷⁴² Vincent GAUTRAIS et Dominique JAAR, « Mémoire des co-intervenants » sur intervention dans l'affaire *Bolduc c. Ville de Montréal*, 2011 QCCA 678., par. 44-47, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/MEMOIRE06042011.pdf>> (consulté le 22 avril 2013).

par sa Loi type sur les signatures électroniques, où la signature est caractérisée au travers de ses deux principales fonctions (Identification et Approbation) que nous avons précédemment pu étudier dans la première partie⁷⁴³.

⁷⁴³ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 – *La redéfinition de la signature*.

Conclusion du Chapitre 2

[628] Suite à des analyses jurisprudentielles, sans être limité aux juridictions de l'ASEAN, les enseignements que nous en déduisons sont les suivants. D'une part, l'interprétation stricte de l'écrit et de la signature semble être une sortie qui limiterait le champ de reconnaissance de l'écrit et de la signature, ce qui conduirait à dénier beaucoup de formes d'écrit et de signature électroniques susceptibles de remplir les fonctions essentielles de l'écrit et de la signature. En effet, l'interprétation strictement littérale est insensible au résultat interprétatif, ce qui conduirait à des solutions peu appropriées. D'où des critiques de plein fouet de la part de la doctrine comme ce qui se passe en droit français. L'interprétation restrictive sans tenir compte de la spécificité de la technologie est également fort critiquable dans la mesure où elle ne tient pas compte de la réalité factuelle, de sorte que le droit devient ineffectif. La décision anglaise sur la signature électronique par la simple mention du nom de l'expéditeur dans l'adresse de courriel en est la preuve. L'interprétation restrictive sans tenir compte de l'intention exprimée dans le texte constitue également une interprétation déraisonnable telle que l'on a vue dans la décision de la Cour suprême des Philippines.

[629] D'autre part, l'interprétation large et libérale pourrait déboucher sur deux voies possibles. Premièrement, l'interprétation plus flexible, libérale et favorable au recours aux nouvelles technologies, permet au juge de mieux corriger la situation pour pouvoir sortir de l'impasse en se fondant sur les fonctions de l'écrit et de la signature (l'exemple des décisions rendues à Singapour, au Québec, aux USA et en Australie). Alors que, deuxièmement, cette interprétation peut conduire parfois à l'interprétation laxiste qui négligerait quelque peu la présence d'une loi tout en ne se concentrant que sur la réponse au besoin réel dans la société

(Voir par exemple la décision américaine *Naldi v. Grunberg*⁷⁴⁴). Il s'agit d'un argument à éviter dans la mesure où cette approche mettrait totalement en cause le principe de prévisibilité juridique.

⁷⁴⁴ *Naldi v. Grunberg*, préc., note 388.

CONCLUSION DU TITRE 1

[630] Notre analyse théorique pour l'interprétation du formalisme du contrat électronique, l'écrit et la signature, nous a permis de mettre en exergues des théories et les principes d'interprétation applicables à notre cadre de recherche. Nous trouvons que la théorie de la création soumise à des contraintes est la plus pertinente pour notre recherche eu égard à ses caractéristiques dynamiques et évolutionnistes dans un cadre de contraintes interprétatives. Si une multitude de contraintes est à prendre en considération lors du processus interprétatif, elle correspond bien au caractère protéiforme du droit du contrat électronique. L'identification de ces contraintes tient en premier lieu de l'analyse textuelle qui met en avant des principes législatifs d'interprétation. Ces principes d'interprétation, composés des principes généraux d'interprétation (*interprétation téléologique* et *référence aux documents externes*) et des principes spécifiques d'interprétation (*équivalence fonctionnelle* et *neutralité technologique*, et *référence aux règles et standards internationaux*) nous servons de contexte interprétatif pour la recherche d'un meilleur sens à une norme posée.

[631] Alors que notre analyse pratique d'interprétation nous a permis de puiser de l'enseignement jurisprudentiel les méthodes interprétatives réellement appliquées à l'interprétation du formalisme du contrat électronique. Cet enseignement jurisprudentiel nous met en garde des effets néfastes de l'interprétation stricte pour les nouvelles technologies et nous montre les avantages de l'interprétation plus flexible et contextuelle pour ces dernières. Nous en déduisons donc qu'afin d'éviter ce problème de divergence qui varie entre 0° et 180°, ce serait notre devoir d'essayer de montrer que l'on peut tenter de sélectionner des critères susceptibles d'assurer une certaine économie de lecture au sein d'une communauté

d'interprètes de l'ASEAN. Nous tenterons alors d'élever une méthode d'interprétation qui proposera aux juges des États membres de l'ASEAN, des éléments de réflexion « convergents » dans l'interprétation des lois régissant les nouvelles technologies en faveur de l'harmonisation du droit (**Titre 2**).

TITRE 2 – L’élaboration d’une méthode d’interprétation du formalisme du contrat électronique

« Aujourd’hui, on peut affirmer que tout élément pertinent à l’établissement du sens de la loi peut être pris en considération. Les diverses règles qui rendaient inadmissibles certains de ces éléments ont été abandonnées. La principale question qui subsiste, et qui n’admet pas de réponse générale, c’est celle de savoir quel poids, quelle autorité, quelle valeur l’interprète doit attribuer aux divers facteurs dont il peut et même dont il doit tenir compte. »⁷⁴⁵

[632] Dans l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique dans l’ASEAN, l’on fait face à une gamme de contraintes et de méthodes très variées et étendues entourant l’activité de l’interprétation. Une question importante reste à poser : quelle autorité et quelle valeur l’interprète devrait-il attribuer à ces diverses contraintes⁷⁴⁶ ?

[633] Cette question nécessite l’élaboration d’une méthode d’interprétation appropriée pour permettre de bien tenir compte de ces diverses contraintes. Précisons donc notre questionnement comme suit : *quelle méthode devrait-on adopter pour l’interprétation et l’application des textes régissant le formalisme du contrat électronique dans l’ASEAN ?*

[634] Mais d’abord, qu’entendons-nous par « méthode d’interprétation » ? Une méthode d’interprétation est un ensemble de procédés d’investigation et d’interprétation du droit. La

⁷⁴⁵ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 53, par. 162.

⁷⁴⁶ *Id.*

mission du juge, dans l'ordre du droit positif, est de dégager et d'appliquer des *règles* aux relations juridiques dans une société donnée tout en satisfaisant l'intime conviction de justice par le maintien de l'équilibre de tous les intérêts susceptibles d'être mis en examen, afin d'aboutir à la sécurité essentielle et l'harmonie désirable⁷⁴⁷. Mais comment découvrir ces règles et les mettre en œuvre ? C'est là où commence le rôle de la méthode⁷⁴⁸. D'où notre thèse qui tentera d'identifier des éléments de la méthode que nous devons sélectionner et qui consiste en principes et/ou directives d'interprétation contribuant à élaborer un « encadrement interprétatif » ou « contraintes interprétatives » ou encore « contexte interprétatif » assistant les juges nationaux dans l'ASEAN pour leur tâche d'interprétation et d'application des textes régissant le formalisme du contrat électronique. Mais notons d'emblée que « nous ne sommes pas absolument libres dans la détermination des éléments de cette méthode »⁷⁴⁹. François Gény rappelait ainsi que :

« Assurément, la méthode, en elle-même, n'est pas à créer. Elle existe, elle agit, elle a fait ses preuves. Mais c'est notre droit et, dans une certaine mesure même, notre devoir, d'en approfondir les bases, d'en apprécier le fonctionnement actuel, de chercher à la perfectionner »⁷⁵⁰

[635] Notre devoir est alors d'identifier ces éléments de la méthode et de formuler une « recette » en vue d'une interprétation adaptée pour satisfaire à la politique législative

⁷⁴⁷ Il s'agit d'une idée inspirée de F. GÉNY, préc., note 525, p. 5, par. 2. : « Toute la mission de la jurisprudence, dans l'ordre positif, consiste à dégager et à appliquer aux relations, qu'engendre l'état de société, des règles, qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité ».

⁷⁴⁸ *Id.*, p. 5, par. 3.

⁷⁴⁹ *Id.*, p. 5, par. 3.

⁷⁵⁰ *Id.*, p. 7, par. 2.

nationale et à l'objectif de l'harmonisation de droit dans l'ASEAN au regard des enjeux issus du développement et de l'utilisation accrue des nouvelles technologies.

[636] En partant de l'hypothèse où la théorie de création soumise aux contraintes est la plus adéquate pour le cadre théorique de notre thèse, une importante remarque relative à l'impossibilité d'une énumération exhaustive des composantes que contiennent des contraintes doit être mise en exergue. La notion de « contrainte » est une notion à géométrie variable, nous semble-t-il, qui a vocation à englober divers facteurs, divers contextes, contribuant à la détermination du « vrai sens » ou du « meilleur sens » d'un texte de loi. Il est difficile de les classer et de les hiérarchiser quant à leur importance, leurs autorités et valeurs, car une multitude de facteurs, de contextes, sont à prendre en considération, ce qui donne aussi autant d'ouvertures à l'interprétation. Cette multitude est d'autant plus vraie pour le domaine nouveau qu'est le droit du contrat électronique dans l'ASEAN qui fait appel, d'une part, aux nouvelles technologies d'information, discipline que le droit n'avait pas l'habitude d'aborder, et d'autre part, aux différents niveaux de développement des technologies et aux différentes cultures juridiques que représentent les États membres.

[637] Mais pour mieux concilier les pratiques d'interprétation des textes et la volonté de promouvoir l'harmonisation du droit tel souhaitée dans le cadre de l'ASEAN, il convient de concevoir une (des) méthode(s) interprétative(s) appropriée(s) au service des juges dans l'interprétation et l'application des textes législatifs relatifs au droit du contrat électronique afin d'éviter le plus possible les conflits d'interprétation, surtout dans le cadre communautaire de l'ASEAN.

[638] Si identifier la « seule » bonne interprétation est chose utopique⁷⁵¹, il est possible d'identifier les significations nettement déraisonnables, et de fournir également des critères susceptibles d'assurer une certaine économie de lecture au sein d'une communauté d'interprètes. Pour ce faire, nous avons recours à la méthode de Driedger⁷⁵² comme étant l'exemple de l'élaboration d'une méthode d'interprétation. Elle constitue pour nous un modèle de méthode d'interprétation incontournable, avant de pouvoir en faire une plus spécifique pour le formalisme du contrat électronique. Autrement dit, elle est un point de départ d'analyse des éléments d'une méthode renommée (**Chapitre 1**) qui nous permettra de mieux construire une « recette » spécifique pour l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique dans le cadre de l'ASEAN (**Chapitre 2**).

⁷⁵¹ Parallèlement au propos susmentionné de Pierre-André CÔTÉ et ses collaborateurs, selon lequel la question posée n'admet pas de réponse générale, P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 53, par. 162

⁷⁵² E.A. DRIEDGER, préc., note 519.

CHAPITRE 1 – Une sélection des valeurs ou facteurs dans l’interprétation du formalisme du contrat électronique

[639] Les valeurs ou les facteurs contribuant à l’activité interprétative peuvent être qualifiés autrement comme des « contraintes interprétatives ». Un modèle inspirant dans la sélection et la combinaison de ces contraintes est celui de Driedger, appelé méthode moderne d’interprétation. Si cette méthode ne peut constituer une mesure qui peut convenir à tous les domaines et à tous les problèmes juridiques, elle demeure un point de départ (**Section 1**) nous dirigeant vers une réflexion critique dans la sélection des éléments (valeurs, facteurs) de la méthode pour l’interprétation du formalisme du contrat électronique (**Section 2**).

Section 1 – L’enseignement de la « méthode moderne de Driedger » quant à la sélection des contraintes juridiques dans l’interprétation

[640] Pour mieux tirer profit de l’analyse de la « méthode moderne de Driedger », intéressons-nous d’abord à son contenu (**Paragraphe 1**) avant de considérer des critiques doctrinales sur cette fameuse « règle d’interprétation » (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Le contenu de la méthode moderne d’interprétation

[641] On a vu dans le titre précédent que la notion de contraintes est quelque peu floue et à géométrie variable⁷⁵³, et qu’il est impossible, du moins difficile, de les synthétiser et de les hiérarchiser, si ce n’est que de sélectionner les éléments (valeurs/facteurs) qui semblent les plus pertinents en faveur d’une économie de lecture et de la recherche du meilleur sens de la

⁷⁵³ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, C. *Théorie de la création soumise à des contraintes*.

norme dans un domaine juridique particulier. Il est donc possible que l'on puisse en élaborer une pour le formalisme du contrat électronique pour la communauté de l'ASEAN.

[642] La « méthode moderne de Driedger » peut être vue comme un exemple crucial d'une sélection et d'une formulation des contraintes, même non exhaustive mais comme point de départ de notre recherche. Il s'agit de la méthode la plus connue au Canada sous l'appellation de « principe moderne d'interprétation ». Ce modèle se décrit comme suit :

« Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. »⁷⁵⁴

[643] Cet extrait est devenu l'expression de la méthode à suivre dans l'interprétation des lois au Canada et a été régulièrement cité par la Cour suprême du Canada, précisément par pas moins de cinquante-neuf décisions entre 1984 et 2006⁷⁵⁵. La professeure Ruth Sullivan considère ce « principe moderne » comme la « règle moderne » d'interprétation⁷⁵⁶.

[644] Il s'avère indispensable de nous attarder sur le contenu de cette formulation afin de mieux comprendre les composants proposés par Elmer A. Driedger. Ce principe moderne d'interprétation indique essentiellement des facteurs à prendre en considération dans l'activité d'interprétation des textes juridiques. Ces facteurs se résument en trois règles classiques d'interprétation d'origine jurisprudentielle anglaise, à savoir : « Mischief Rule », soit référence à l'objet de la loi, « Literal Rule », soit référence au texte de la loi, et « Golden

⁷⁵⁴ E.A. DRIEDGER, préc., note 519, p. 87, traduction tirée de *Castillo c. Castillo*, [2005] 3 R.C.S. 870, par. 22, cité par P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 52.

⁷⁵⁵ S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 521, p. 136.

⁷⁵⁶ S. BEAULAC, préc., note 522, p. 28, par. 1.

Rule », soit référence au contexte de la loi. Ces trois règles sont cumulativement prises en compte dans l'interprétation des textes⁷⁵⁷.

[645] Ces trois principales règles d'interprétation, qui sont compilées dans ce fameux passage, se veut d'être un principe d'interprétation ou autrement une formulation de contraintes interprétatives à suivre dans à la recherche d'un « meilleur sens » d'une norme posée/donnée. Elles peuvent être résumées comme suit :

[646] Premièrement, la « Mischief Rule » ou l'interprétation téléologique⁷⁵⁸, c'est une règle d'interprétation qui promeut l'intention législative (Intent of the Statute) plutôt que les lettres utilisées dans le texte de la loi lui-même. L'intention du législateur, bien qu'elle ne soit pas exprimée dans la lettre, est fortement considérée comme demeurant au sein de la loi aussi bien que la lettre du texte⁷⁵⁹ (règle inspirée de la décision anglaise *Heydon's Case*). L'auteur a pris soin d'invoquer l'adaptation de cette règle tout au long de la pratique en mentionnant qu'à l'heure actuelle le juge n'est plus libre de changer la lettre en fonction de l'objet, mais plutôt se sert-il de l'objet pour comprendre la lettre. Autrement dit, les mots de la loi sont lus à la lumière de son objet⁷⁶⁰.

[647] Deuxièmement, la « Literal Rule » ou l'interprétation littérale, c'est une règle d'interprétation selon laquelle les mots du texte de la loi s'avèrent dominants. Cette approche

⁷⁵⁷ S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 521, p. 141 : “It (the modern principle) suggests that a proper interpretation shall take into account the object of the enactment (Mischief Rule), the words with which it is expressed (Literal Rule) and the harmony among its provisions and other statutes (Golden Rule); not one of them or two of them but all three aspects may be relevant and be taken into account.”

⁷⁵⁸ Voir aussi P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, par. 1408 et s.

⁷⁵⁹ E.A. DRIEDGER, préc., note 519, p. 82, par. 1.

⁷⁶⁰ *Id.*, p. 82, par. 4. : “At the time of *Heydon's Case*, the object was dominant, and judges freely changed the letter, by adding or subtracting, to fit the spirit. Today, the object of the Act is used to understand the letter; the words of the Act are read in the light of the object.”

refuse explicitement l'hypothèse où le juge fait la loi. Elle recommande au juge de rester dans le texte de la loi; l'objet et le but de la loi ne peuvent être pris en considération que lorsqu'il y a de doute résultant de termes utilisés par le législateur ou bien de doute émanant des mots eux-mêmes⁷⁶¹. Cette règle évolue dans la mesure où à l'heure actuelle, indique l'auteur, les mots de la loi sont toujours lus à la lumière de l'objet de la loi. La doctrine « Literal » continue à exister certes, mais l'interprétation littérale se fait dans le contexte global et non partiel⁷⁶². Il en résulte qu'il y a un lien très étroit entre la « Mischief Rule » et la « Literal Rule » dans le sens qu'elles ne s'appliquent pas d'une manière indépendante, mais cumulativement et interdépendamment.

[648] Troisièmement, la « Golden Rule » ou l'interprétation contextuelle, c'est une approche interprétative qui nous permet de nous éloigner du sens grammatical et ordinaire des mots pour éviter un résultat absurde ou échapper aux conséquences de l'application de la loi qui sont considérées comme absurdes ou injustes par les « standards subjectifs »⁷⁶³. Ce principe est dégagé de la jurisprudence, notamment *River Wear Commissioners v Adamson* (1877, 2 A. C. 743, at pp. 764-765) sous la plume de l'Honorable Juge Lord Blackburn qui invoque que :

« We are to take the whole statute together, and construe it all together, giving the words their ordinary signification, unless when so applied they produce an inconsistency, or an absurdity or inconvenience so great as to convince the Court that the intention could not have been to use them in their ordinary signification, and to justify the Court in putting on them some other

⁷⁶¹ *Id.*, p. 82 et 83.

⁷⁶² *Id.*, p. 83, par. 2 et 3 : “It is clear that today, the words of the Act are always to be read in the light of the object of the Act. (...). Today’s doctrine is therefore still a doctrine of « literal » construction, but literal in total context and not, as formerly, literal in partial context only.”

⁷⁶³ *Id.*, p. 85, par. 1.

signification, which, though less proper, is one which the court thinks the words will bear. »⁷⁶⁴ (Nos soulignements)

[649] Driedger a conclu sur ce point que lorsque le « standard objectif » ne peut résoudre le problème, l'*ambiguïté*, l'*obscurité* ou l'*incompatibilité/incohérence* demeurant, il est permis de se servir de « standard subjectif » afin d'éviter les conséquences déraisonnables :

« Only when there is an ambiguity, obscurity or inconsistency that cannot be resolved by objective standards is it permissible to resort to subjective standards of reasonableness in order to avoid unreasonable consequences. In these circumstances consequences may legitimately be regarded in making a choice between two reasonable alternatives; but it is not legitimate to use consequences as an excuse to place an unreasonable construction on words that can have only one reasonable grammatical construction. »⁷⁶⁵ (Nos soulignements)

[650] La dernière phrase de ce passage veut dire qu'il faut voir dans ces circonstances décrites que les conséquences peuvent être légitimement considérées afin de faire le choix entre deux alternatives raisonnables. En revanche, il n'est pas légitime de mobiliser ces conséquences comme une excuse afin de promouvoir une interprétation déraisonnable de mots qui, pourtant, ne peuvent recevoir qu'une seule interprétation grammaticale raisonnable. De sorte que, ce faisant, l'interprétation grammaticale des mots serait toujours jugée déraisonnable, ce qui serait erroné.

[651] Déjà nous constatons que les trois règles d'interprétation sont inter-reliées l'une par rapport aux autres. Driedger résume ces trois règles dans un seul passage pour dire qu'elles ne

⁷⁶⁴ *Id.* , p. 85, par. 1.

⁷⁶⁵ *Id.* , p. 86, dernier paragraphe.

s'appliquent pas distinctement, mais bien cumulativement ou simultanément⁷⁶⁶. Cette méthode d'interprétation a pour ambition de s'appliquer à tout domaine du droit en général. Sa pertinence dans le cadre de notre recherche existe en ce qu'elle nous rappelle les trois règles principales de départ dans la recherche du sens d'un texte ambigu ou compliqué tel que celui qui emprunte le langage des technologies (par exemple message de données, système de l'information, etc.). Cette méthode constitue alors un point de départ pour mettre en lumière les contraintes à prendre en considération dans la recherche du sens de la norme posée tant par les anciens que les nouveaux textes régissant le formalisme du contrat électronique. Si ces derniers demeurent moins lisibles pour les juristes en général, sa légitimité et sa raison d'être nous obligent à réfléchir sur les moyens de les mettre en pratique. Techniquement, la présente méthode est un angle clé afin de souligner les éléments de contexte qui forment des contraintes pertinentes pour le juge auxquelles il se référera, avant d'en tirer un sens qui lui semble le plus raisonnable, et ce, après le calcul ou la balance de tous les intérêts en cause.

[652] Afin de tirer le meilleur profit de la réflexion de Driedger, attardons-nous aux regards critiques doctrinaux sur cette méthode moderne d'interprétation pour évaluer ses apports et ses limites par rapport à notre sujet de recherche.

⁷⁶⁶ S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 521, p. 142, par. 2. : “It is of course very pertinent that the Driedger’s citation introducing the “modern principle” comes after a sort of summary of the three uncontested ways in which common law courts have dealt with statutes. It suggests that a proper interpretation shall take into account the object of the enactment (Mischief Rule), the words with which it is expressed (Literal Rule) and the harmony among its provisions and other statutes (Golden Rule); not one of them or two of them, but all three aspects may be relevant and be taken into account.”

Paragraphe 2 – Des critiques adressés à la méthode moderne d'interprétation

[653] Due à sa popularité dans la pratique d'argumentation, tant dans le cadre de la décision judiciaire que dans la doctrine juridique de l'interprétation, cette méthode est devenue une méthode incontournable ou même « privilégiée », et pour nous riche de réflexions et de critiques. Sur ce, on peut lire l'appréciation de la part de l'honorable Juge à la Cour suprême Louis LeBel qui a récemment mentionné que :

« La méthode d'interprétation dite moderne fait désormais partie de l'outillage intellectuel dont disposent les juristes pour régler les problèmes d'interprétation que leur posent les actes juridiques soumis à leur examen. Elle fait même figure, au moins dans le discours officiel de la Cour suprême du Canada, de méthode privilégiée pour dégager le sens ou la portée des actes juridiques émanant de l'État, comme les lois et les règlements. »⁷⁶⁷ (Nos soulignements)

[654] Si ce passage semble persuasif quant au rôle de la méthode de Driedger dans le discours juridique d'autorité, rappelons-nous que cette méthode moderne n'a pas l'ambition d'être prescriptive. Il ne s'agit que d'une description de la pratique interprétative qui prévaut dans les faits au Canada depuis un certain temps⁷⁶⁸. Les professeurs Pierre-André Côté et Stéphane Beaulac ont identifié trois fonctions principales de ce principe moderne. Au-delà du fait d'être une méthode d'interprétation, il est servi en plus comme le moyen de justification ainsi que de légitimation des décisions de justice dans l'interprétation législative par le juge⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ L. LEBEL, préc., note 514, p. 104, par. 3.

⁷⁶⁸ S. BEAULAC, préc., note 756, p. 31, par. 3.

⁷⁶⁹ S. BEAULAC et P.-A. COTE, préc., note 755, p. 131 et 132.

[655] Le professeur Stéphane Beaulac accentue davantage la fonction rhétorique du principe en ce qu'il permet d'expliquer et de justifier ; ce qui permet, par conséquent, à l'interprète de se distancier par rapport au processus de détermination du sens de la norme contenue dans les textes législatifs :

« [L]a fonction prédominante de la contribution de Driedger est de nature rhétorique. Elle permet d'expliquer et de justifier de façon objective, détachée de l'interprète, le processus de détermination du sens de la règle juridique contenue dans la loi. »⁷⁷⁰

[656] Malgré sa popularité parmi les juges à la Cour suprême du Canada et ses fonctions majeures dans l'activité interprétative, le « principe moderne » ne peut pas être à l'abri des critiques que les mêmes auteurs ont apportées et qui nous semblent pertinemment fondées. Tout d'abord, selon le professeur Pierre-André Côté, cette méthode moderne est, à la différence de son appellation, « dépassée » dans la mesure où elle ne donne pas toute son importance à la jurisprudence, alors qu'« on ne peut tout simplement pas, au Canada, interpréter correctement une loi sans tenir compte de la jurisprudence »⁷⁷¹, et qu'elle ne tient pas compte du « résultat auquel une interprétation conduit »⁷⁷².

[657] Le professeur Stéphane Beaulac pense, lui, qu'à part d'attester la validité des trois règles classiques d'interprétation (soit « Mischief Rule », « Literal Rule » et « Golden Rule »), le « principe moderne » de Driedger n'apporte rien de bien nouveau quant à la méthodologie

⁷⁷⁰ S. BEAULAC, préc., note 756, p. 40, par. 1

⁷⁷¹ Pierre-André CÔTÉ, «Regard critique sur "méthode moderne d'interprétation"», (2003), *notes pour une conférence prononcée le 11 septembre 2003 devant les juges de la Cour fédérale du Canada.*, p. 5.

⁷⁷² *Id.* ; Voir aussi : S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 755, p. 166, par. 2 et s. : « The consequences of a proposed interpretation are conspicuously absent from Driedger's outline, even though case law shows adjudicators are not indifferent to the practical results that flow from the interpretation of statutes. »

d'interprétation des lois⁷⁷³. Par ailleurs, il trouve que ce principe est relativement vague quant au fait de savoir avec certitude quelle est la règle parmi les trois mentionnées que Driedger préfère. De plus, il s'avère que, après une revue détaillée de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, il existe un « manque flagrant de cohérence en ce qui concerne la méthode interprétative associée à Driedger »⁷⁷⁴.

[658] Enfin, ces auteurs, MM. Pierre-André Côté et Stéphane Beaulac s'accordent à ce que le principe de Driedger ne puisse constituer une méthode adéquate d'interprétation des lois ni offrir aux juges un cadre satisfaisant pour la justification⁷⁷⁵. En tout état de cause, le principe moderne d'interprétation de Driedger demeure un point de départ valable pour toute démarche d'interprétation, mais pas plus⁷⁷⁶.

[659] Si les lacunes de la méthode moderne s'avèrent quelque peu manifestes, tel que la professeure R. Sullivan l'estimait également⁷⁷⁷, la jurisprudence subséquente de la Cour suprême du Canada continue toujours à utiliser la fameuse formule de Driedger⁷⁷⁸ pour rendre ses décisions. Néanmoins, ces critiques mentionnées nous mettent en garde contre les faiblesses que présente la méthode moderne. Ce modèle interprétatif constitue de toute manière pour nous un point de départ important dans notre analyse et réflexion pour la quête d'une méthode d'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique.

⁷⁷³ S. BEAULAC, préc., note 756, p. 32, par. 4

⁷⁷⁴ *Id.*, p. 33, par. 1 et 2

⁷⁷⁵ S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 755, p. 132 : « As a result, Driedger's principle provides neither a valid method for interpreting statutes nor a suitable structure for the courts' justification of interpretive decisions. »

⁷⁷⁶ *Id.*, p. 171, par. 3 : « At most, Driedger's quote provides a valid starting point for statutory interpretation, but it cannot define, in and any itself, the approach to follow in all cases. »

⁷⁷⁷ Ruth SULLIVAN, «Statutory on the Interpretation in the Supreme Court of Canada», (1998-1999) 30 *Ottawa Law Review* 175., p. 218.

⁷⁷⁸ L. LEBEL, préc., note 514, p. 105, par. 3.

[660] Partant de l'hypothèse que la théorie de la création soumise à des contraintes présente un certain nombre de caractéristiques appropriées pouvant nous permettre de proposer des méthodes d'interprétation des lois régissant le contrat électronique dans l'ASEAN, la teneur du principe moderne de Driedger ainsi que les critiques qui y sont apportées constituent une source très inspirante dans l'élaboration d'une méthode plus réaliste et appropriée pour l'interprétation de ces lois.

[661] Trois remarques importantes nécessitant d'être illustrées ici concernent d'une part le caractère non exhaustif de la méthode, d'autre part son caractère non prescriptif, et enfin l'absence de préférence parmi ces trois règles.

[662] Premièrement, il s'avère que la méthode de Driedger pour nous n'est qu'une sélection des facteurs ou des contraintes dans l'interprétation des textes juridiques, sans pour autant prétendre être complète en tant que méthode interprétative incontestable. Cela nous permet de supposer qu'il pourrait y avoir d'autres facteurs potentiels qui pourraient être négligés ou oubliés⁷⁷⁹ ; surtout dans un domaine résultant du croisement de deux ou plusieurs disciplines qui nécessiteraient une synchronisation, tel que le droit des technologies de l'information en général et le droit du contrat électronique en particulier. En effet, l'interprétation des textes régissant le contrat électronique ne doit pas se limiter à cette norme interprétative « dépassée », pour reprendre l'expression du professeur P. A. Côté⁷⁸⁰. Car à l'heure actuelle, on ne peut se limiter aux trois anciennes règles d'interprétations d'origine anglaise, comme ce

⁷⁷⁹ S. BEAULAC et P.-A. CÔTÉ, préc., note 521, p. 166, par. 2 : « As for the *means* by which the goals of statutory interpretation can be reached, the “modern principle” singles out four of them: (i) the “entire context”, (ii) the “grammatical and ordinary sense” of words, (iii) the “scheme of the act” and (iv) the “object of the act”. Again, these elements are no doubt important in the interpretive process, but this list leaves out many other material aspects, some of which are fundamental. »

⁷⁸⁰ P.-A. CÔTÉ, préc., note 771, p. 5.

que mentionnent les professeurs P. A. Côté, S. Beaulac et M. Devinat, tout élément pertinent contribue à l'interprétation :

« Aujourd'hui, on peut affirmer que tout élément pertinent à l'établissement du sens de la loi peut être pris en considération. Les diverses règles qui rendaient inadmissibles certains de ces éléments ont été abandonnées. »⁷⁸¹

[663] Car autre que les trois éléments présentés par la méthode « moderne », d'autres facteurs semblent avoir un certain poids qui est susceptible d'influencer l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique dans l'ASEAN, tels que les éléments extrinsèques du corpus juridique interne⁷⁸² ; l'état de la technique et l'utilisation et le développement potentiel des nouvelles technologies de l'information.

[664] La deuxième est liée au caractère non prescriptif : on n'est pas obligé de suivre à la lettre les éléments décrits par la méthode d'interprétation. D'ailleurs, cette méthode n'est qu'une proposition parmi d'autres. Si elle présente un certain intérêt et une certaine notoriété au Canada dans l'interprétation des textes, elle ne constitue aucunement la seule et unique recette de l'interprétation, puisqu'il existe par ailleurs, entre autres, une rédaction de la part de la professeure Ruth Sullivan de l'Université d'Ottawa, qui y ajouterait certains autres éléments portant sur la recherche du caractère approprié de l'interprétation⁷⁸³. Cette appréhension nous donne l'ouverture vers une voie possible d'une méthode d'interprétation du formalisme du contrat électronique.

⁷⁸¹ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 53, par. 162.

⁷⁸² Tels que les deux Lois types de la CNUDCI (CNUDCI, préc., note 18 ; CNUDCI, préc., note 19) et la Convention de 2005 de la CNUDCI (CNUDCI, préc., note 46).

⁷⁸³ L. LEBEL, préc., note 514, p. 105, par. 2. ; Voir aussi R. SULLIVAN, préc., note 777, p. 218.

[665] Troisièmement, en ne présentant pas une préférence particulière entre les trois règles, la méthode Driedger n'est qu'une méthode « fourre-tout » qui nécessite une clarification. Cette clarification est opportune et importante pour le domaine qui est le nôtre : le droit du contrat électronique, le formalisme du contrat électronique en particulier.

[666] Une tentative de synchronisation ou de précision d'une méthode d'interprétation est due à l'insatisfaction que présente la méthode moderne de Driedger en tant que technique appropriée d'interprétation pour le domaine de droit du contrat électronique. L'absence de la prise en considération de l'influence du résultat de l'application sur l'interprétation ne semble pas pertinente dans le cadre du passage du support papier aux supports technologiques, alors que cette considération contextuelle est non négligeable. A part la considération de ces trois règles, nous croyons que d'autres éléments interprétatifs pourraient également influencer « nécessairement » l'interprétation.

[667] Par ailleurs, notons d'emblée qu'il est difficile voire impossible de synthétiser ces contraintes et de les hiérarchiser, si ce n'est qu'un essai d'une proposition, d'une sélection et d'une précision, des éléments de contraintes qui nous semblent les plus importants. Il s'agit là de la principale question qui subsiste et à laquelle nous tentons de répondre :

« La principale question qui subsiste, et qui n'admet pas de réponse générale, c'est celle de savoir quel poids, quelle autorité, quelle valeur l'interprète doit attribuer aux divers facteurs dont il peut et même dont il doit tenir compte. »⁷⁸⁴

[668] On peut à ce titre tenter d'élaborer une méthode en vue de l'économie de la lecture des textes régissant les formalismes du contrat électronique dans le contexte de l'ASEAN. Nous

⁷⁸⁴ P.-A. COTE, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 53, par. 162.

allons à cet égard proposer une méthode qui à la fois respecte les attributs de la théorie de la création soumise à des contraintes⁷⁸⁵ et ne tombe pas dans le risque de recevoir de pareilles critiques que le modèle proposé par Driedger. Pour ce faire, nous avons entamé un exercice de précision des contraintes qui nous semblent les plus pertinentes dans le cadre de l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique.

Section 2 – Un essai d'une sélection des contraintes pertinentes en droit des TI

[669] Les trois contextes de Wroblewski⁷⁸⁶ et de F. Ost⁷⁸⁷ (Linguistique, systémique et fonctionnel) que l'on a développés pour montrer la pertinence de la théorie de la création soumise à des contraintes pour le développement de notre thèse⁷⁸⁸, demeure toujours notre fondement pour la suite de l'analyse. Tout simplement, nous ne nous arrêtons pas à ces trois éléments classiques et génériques, que l'on prendrait pour acquis tout en cherchant à en approfondir ou en préciser leur contenu.

[670] Ces éléments sont d'ailleurs très proches de la méthode de Driedger que l'on vient de voir dans la mesure où cette dernière prône une considération cumulative des trois éléments

⁷⁸⁵ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, C. Théorie de la création soumise à des contraintes.

⁷⁸⁶ « L'interprète devrait favoriser le sens qui, tout à la fois, s'accorder avec le sens des termes interprétés (contexte linguistique), avec les autres règles du système juridique (contexte systémique) et avec les exigences du raisonnable dans le cas d'espèce (contexte fonctionnel) », propos de J. WROBLEWSKI, préc., note 571, p. 60, repris par P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 24, note 55, et par S. BEAULAC, préc., note 522, p. 16, par. 2.

⁷⁸⁷ F. OST, préc., note 532, p. 90, par. 2 : « À côté du contexte formé par les langages naturels et juridique (contexte sémantique), le juge prend aussi en compte (même si l'opération n'est pas toujours explicite) le contexte syntaxique formé par le système au sein duquel s'intègre la disposition interprétée, ainsi que le contexte sociétal global sur lequel vont peser les conséquences du jugement en gestation (contexte pragmatique) »

⁷⁸⁸ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, C. *Théorie de la création soumise à des contraintes*.

principaux dans l'interprétation. En premier lieu, le *contexte linguistique* et la *Literal Rule*, ils se ressemblent en ce qu'ils s'intéressent parallèlement au texte de la loi, à son langage, sa terminologie et à sa construction grammaticale. En deuxième lieu, le *contexte systémique* et la *Mischief Rule*, ils se ressemblent en ce qu'ils s'intéressent à l'objet de la loi et de l'ensemble du corpus normatif du système juridique où l'intention législative demeure un indicateur dominant dans cette systématisation. Enfin, en troisième lieu, le *contexte fonctionnel* et la *Golden Rule*, sont semblables en ce qu'ils se préoccupent des effets pratiques de l'application de la norme.

[671] Pas contre, nous partons de l'hypothèse que cette méthode de Driedger n'est pas la meilleure ou pas suffisamment claire pour le domaine de recherche que nous effectuons ; et il peut y avoir d'autres éléments qui ne figurent pas dans cette méthode mais qui méritent un peu plus d'attention par rapport à d'autres. Également, ces autres éléments ne ressortent pas nécessairement et exclusivement du cadre juridique positiviste, puisque le domaine qui est le nôtre, droit des TI (technologies de l'information), se trouve à l'intersection entre le droit et les technologies de l'information qui sont tous les deux en lien direct avec la société qu'il (droit) régit et qu'elles (technologies) imprègnent. On devrait alors sortir quelque peu du cadre positiviste pur afin de mieux nous rapprocher à la réalité factuelle et sociale.

[672] Il nous reste ici à identifier et sélectionner les contraintes pertinentes en droit des technologies de l'information. Nous arrivons à identifier trois éléments de contraintes qui, selon nous, permettront aux juges de mieux saisir le sens de la norme pour faire la justice. D'une part, il s'agit des contraintes consacrées par le droit positif que nous avons vu dans le chapitre premier du Titre précédent et que nous rappellerons ici brièvement (**Paragraphe 1**),

d'autre part les contraintes techniques issues des technologies elles-mêmes et enfin les contraintes sociales « réalité factuelle ou sociale » (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – Les contraintes consacrées par le droit positif

[673] Ces directives d'interprétation ou ces principes interprétatifs, consacrés par le droit positif, que nous avons vus dans le Titre 1 précédent⁷⁸⁹, constituent une forme de contrainte juridique dans l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique. Nous pouvons rappeler brièvement ce qui suit :

A. L'interprétation téléologique (purposive approach)

[674] Cette interprétation finaliste, nous l'avons vue⁷⁹⁰, trouve une pertinence dans l'interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique dans la mesure où elle met en garde du point de vue simpliste de la prise en considération exclusive des lettres de la loi. Car cette approche strictement littérale ne semble pas être adéquate pour l'interprétation des textes inspirés largement des expressions et termes des technologies de l'information. La prise en compte de la finalité législative est indispensable afin d'éviter l'éventuelle désuétude rapide d'un texte, mais aussi pour être indépendant d'une technologie particulière et nécessairement flexible dans le contexte du rapide changement des technologies⁷⁹¹.

⁷⁸⁹ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les principes d'interprétation s'appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique*.

⁷⁹⁰ *Id.*

⁷⁹¹ Lyria Bennett MOSES, «Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change», (2007) *UNSW Law Research Paper No. 2007-21.*, p. 72 et s.

[675] Si ces principes d'interprétation sont plutôt prônés par le droit positif de Singapour, le reste des États membres peut s'en inspirer afin de mettre à jour leur approche interprétative, surtout dans le domaine où « le transitoire est permanent, l'urgent est courant »⁷⁹², tel que le droit des technologies de l'information en général, et le droit du contrat électronique en particulier.

B. Les principes d'équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique

[676] Le principe de neutralité technologique, conçue au départ comme méthode de rédaction des lois régissant les nouvelles technologies⁷⁹³, peut désormais exercer une forme de contrainte pour le juge dans l'interprétation de texte⁷⁹⁴. Mais, Selon Éric Caprioli, le principe de neutralité technologique ne fonctionnera pas tout seul⁷⁹⁵. Il n'a de sens que lorsqu'il est combiné avec l'équivalence fonctionnelle⁷⁹⁶.

[677] Selon le professeur Vincent Gautrais, l'approche d'équivalence fonctionnelle peut être une méthode d'interprétation, alors que la neutralité technologique est trop large au point qu'elle présente peu d'intérêt encore moins en tant que méthode interprétative⁷⁹⁷. Même si on

⁷⁹² François OST, «Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information» dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 423-449, à la p. 423.

⁷⁹³ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1 – *Le contenu des deux principes : équivalence fonctionnelle et neutralité technologique* ; Voir entre autres É.A. CAPRIOLI, préc., note 196, acétate n°16.

⁷⁹⁴ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les principes d'interprétation s'appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique*.

⁷⁹⁵ É.A. CAPRIOLI, préc., note 793, acétate 20.

⁷⁹⁶ *Id.*, acétate 6.

⁷⁹⁷ V. GAUTRAIS, préc., note 60, p. 99 et s.

se prête parfois à la confusion des deux concepts⁷⁹⁸, le professeur Gautrais prône une nette distinction entre les deux⁷⁹⁹. Pour lui, l'approche de l'équivalence fonctionnelle est opérationnalisable et comparable à la méthode téléologique d'interprétation, ce qui n'est pas le cas de la neutralité technologique⁸⁰⁰. Si cette approche ne peut s'appliquer sans difficulté en raison de la pluralité des fonctions que peuvent assurer un formalisme tel que l'écrit⁸⁰¹, elle « est assurément l'outil qui semble le mieux adapté pour assurer la transition liée au changement de support »⁸⁰².

[678] Selon nous, l'équivalence fonctionnelle est effectivement une approche utile et utilisable par les juges. Toutefois, sans nous arrêter à cette approche, nous croyons que l'on devrait parfois recourir à la méthode contextuelle pour une solution plus opportune, appropriée et pratique⁸⁰³. En effet, l'équivalence fonctionnelle est certes une approche qui permettrait d'identifier les fonctions comme critères objectifs de l'exigence du formalisme, mais il

⁷⁹⁸ Chris REED, «Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement», (2010) 18 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 248., p. 249, par. 3 : “It is worth pointing out at this stage that there is real potential for confusion between the principles of equivalence and technology neutrality. Indeed, the Bonn Ministerial Conference Declaration quoted above links the two expressly.”

⁷⁹⁹ V. GAUTRAIS, préc., note 797, p. 86, par. 2 : « Nous sommes donc contre la fusion des deux concepts;»

⁸⁰⁰ *Id.*, p. 84, par. 2.

⁸⁰¹ *Id.*, p. 87, par. 2 : « Parfois, l'opération de recherche de la fonction risque de se comparer à celle de déterminer le « sexe des anges ».

⁸⁰² *Id.* 797, p. 91, par. 2 : « Si l'approche fonctionnelle est assurément l'outil qui semble le mieux adapté pour assurer la transition liée au changement de support, elle n'en demeure pas moins source de bien des approximations; encore une fois, rien de bien étonnant à cela compte tenu de la révolution en cours ainsi que de la variété des hypothèses où le formalisme de l'écrit est susceptible de s'appliquer. »

⁸⁰³ *Infra* Partie, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 – *De la méthode téléologique à la méthode contextuelle.*

demeure parfois difficile d'identifier ces fonctions exigées d'un acte dû à la pluralité de ces fonctions⁸⁰⁴.

C. Le principe de conformité aux standards approuvé au niveau régional

[679] La conformité aux règles et standards internationaux, que nous venons de voir⁸⁰⁵, est une forme de référence aux documents extrinsèques et est devenue un principe explicite dans les législations nationales régissant le contrat électronique des États membres de l'ASEAN. Elle peut être vue comme une forme de contrainte interprétative à laquelle le juge national s'oblige d'une certaine manière à se référer et à accorder un certain poids d'importance au regard du contexte d'harmonisation du droit dans le cadre de l'ASEAN.

[680] Nous sommes conscients que chacun des États se dote de différentes caractéristiques culturelles, systèmes juridiques et de différents niveaux de développements économiques, mais l'origine internationale du texte et la poursuite d'un destin commun pour ériger une communauté de droit harmonisé peuvent constituer des éléments à prendre en considération dans une interprétation d'un texte régissant le commerce électronique en général et celui régissant le formalisme du contrat électronique en particulier.

[681] Nous, juristes qui avons l'habitude d'être cloisonnés dans le positivisme, sommes quelque peu mal à l'aise de laisser s'immiscer les technologies tant dans la formulation que

⁸⁰⁴ Vincent GAUTRAIS, «Réécrire l'écrit» dans Sylvette GUILLEMARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain PRUJINER*, coll. «Centre d'études en droit économique», Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2011, à la p. 130, par. 2.1.2., sous l'intitulé « Identification difficile des fonctions de l'écrit » ; Voir aussi Marie DEMOULIN, «L'écrit électronique» dans Pierre TRUDEL (dir.), *Activité de la Chaire L. R. Wilson*, Faculté de Droit, Université de Montréal, Chaire L. R. Wilson, 2011, en ligne <<http://www.chairelrwilson.ca/fr/calendrier/48-conference-midi--l-ecrit-electronique.html>> (Consulté le 10 avril 2013).

⁸⁰⁵ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les principes d'interprétation s'appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique.*

dans l'interprétation des textes régissant les nouvelles technologies. Mais avec la réalité en face, nous n'avons peut-être pas le choix que de concilier entre l'« encre » et l' « électron » pour mieux répondre aux attentes sociétales.

Paragraphe 2 – Les contraintes techniques et le contexte social

A. Les contraintes techniques

[682] Nous ne pouvons plus nier les effets non négligeables du développement des technologies de l'information⁸⁰⁶. Selon le professeur Lawrence Lessig, l'architecture technique est l'une des quatre contraintes qui participent à la réglementation de l'Internet⁸⁰⁷. Si ces contraintes sont distinctes, elles sont, toutefois, pleinement interdépendantes⁸⁰⁸. Ceci explique entre autres que l'architecture technique exerce une influence non négligeable dans la détermination de la norme régissant le monde virtuelle de manière générale.

[683] Il est donc raisonnable d'argumenter que dans l'interprétation également, les technologies contribuent à la détermination du sens de la norme, car elles apportent leurs difficultés propres au processus interprétatif⁸⁰⁹.

[684] Il s'ensuit qu'il n'est pas exagéré de prétendre que le juge se doit d'interpréter le texte tout en tenant compte de la complexité de la technique. Ceci est encore plus clair par

⁸⁰⁶ Pierre TRUDEL, «Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?», (2000) 32 *Sociologie et sociétés.*, p. 190, dernier paragraphe : « Le développement des technologies de l'information favorise des transformations remettant en cause les catégories par lesquelles on avait l'habitude de définir les cadres juridiques de plusieurs activités. » En ce qui concerne la mutation des rationalités, voir : id. , p. 196, par. 3.

⁸⁰⁷ L. LESSIG, préc., note, p. 122-123.

⁸⁰⁸ *Id.* , p. 124, par. 1.

⁸⁰⁹ É. LABBÉ, préc., note 447, Acétate n° 15 : « La technique ajoute ses propres difficultés à l'interprétation. Pour partie, elle détermine le processus qui permet à une règle de droit d'acquiescer sa signification. »

l'illustration faite par le professeur Orin S. Kerr qui accentue le double regard sur les faits d'Internet, à savoir « *internal/functional perspective* » et « *external/technical perspective* »⁸¹⁰. En quoi consistent alors ces deux perspectives ? La perspective technique ou externe « *external/technical perspective* » regarde l'Internet dans un sens technique, tel qu'un réseau physique ; l'on applique la loi à l'Internet en appliquant la loi aux transactions électroniques qui sous-tendent le fonctionnement du réseau.⁸¹¹ Alors que le point de vue interne « *internal/functional perspective* » considère l'Internet comme « une fenêtre » sur un monde virtuel qui est à peu près analogue au monde physique de l'espace réel. C'est ainsi qu'on essaye de « cartographier » le monde physique sur le monde virtuel du cyberspace⁸¹².

[685] Ces deux perspectives sont importantes car elles peuvent générer de différentes réponses si l'on ne prend en compte que l'une des deux :

« We have an external version of the Internet, and also an internal one. One is physical, the other virtual. Why does this matter to lawyers and to the nature of Internet law? It matters because legal outcomes depend on facts, and the facts of the Internet depend on which perspective we choose. »⁸¹³

[686] Si l'auteur suggère que l'on devrait parfois choisir l'une des deux, le professeur Brett Frischmann est contre l'adoption de l'une des deux perspectives au regard des faits d'Internet⁸¹⁴. Pour lui, il faut tenir compte de ces deux aspects afin de mieux apprécier les faits et les intérêts en cause :

⁸¹⁰ Orin S. KERR, «The Problem of Perspective in Internet Law», (2003) 91 *Geo. L.J.* 357.

⁸¹¹ C.J. HUTCHISON, préc., note 814, p. 6, par. 2.

⁸¹² *Id.*, p. 6, par. 2.

⁸¹³ O.S. KERR, préc., note 810, p. 261, par. 1 et 2.

⁸¹⁴ Brett M. FRISCHMANN, «The Prospect of Reconciling Internet and Cyberspace», (2003) 35 *Loyola University Chicago Law Journal* 205., en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=515970>> (consulté le 10 avril 2013), p. 207, cité par C.J. HUTCHISON, préc., note 480, p. 7.

« First, we should recognize both perspectives provide valid and accurate renditions of the underlying facts; second, we must carefully examine the set of interests at stake in a given dispute; and third, we must engage in a principled application of relevant legal doctrines designed to address such interests. »⁸¹⁵

[687] Il en va de même pour l'interprétation juridique, le professeur Cameron J. Hutchison croit qu'il est plus judicieux de tenir compte des deux perspectives dans l'interprétation afin que tous les intérêts susceptibles d'être mis en cause soient pris en considération :

« Legal interpreters are confronted with two perspectives of the facts when they encounter the internet. While it may be tempting to adopt one or the other of an internal or external perspective, interpreters should be mindful of both to ensure that all possible interests are taken into account. »⁸¹⁶

[688] Afin d'éviter de laisser penser que l'accent doit être principalement mis sur la faveur des nouvelles technologies sans nécessairement réfléchir sur les impacts sociaux qu'elles pourraient générer, ou au contraire sur ces impacts en oubliant la complexité et la particularité contextuelles d'une technologie en interaction avec l'humain, suivons l'approche du professeur Arthur Cockfield⁸¹⁷ et M. Jason Pridmore qui avaient promu une théorie intéressante, tentant de concilier ces deux extrêmes et qu'ils nomment « *A Synthetic Theory of Law and Technology* »⁸¹⁸.

[689] Cette théorie se veut être une approche conciliatrice qui synthétise deux groupes de théories, d'une part les « théories instrumentalistes de la technologie » qui tendent à considérer

⁸¹⁵ B.M. FRISCHMANN, préc., note 814, p. 208.

⁸¹⁶ C.J. HUTCHISON, préc., note 480, p. 7, par. 1.3.; Voir aussi CAMERON J. HUTCHISON, «Interpretation & the Internet», (2010) 28 *John Marshall J. of Comp. & Info. Law* 251.

⁸¹⁷ Sa première ébauche vers cette théorie est décrit dans son article publié en 2004 : Arthur COCKFIELD, «Towards a Law and Technology Theory», (2004) 30 *Manitoba Law Journal* 383.

⁸¹⁸ Arthur COCKFIELD et JASON PRIDMORE, «A Synthetic Theory of Law and Technology», (2007) 8 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 475.

la technologie comme un outil neutre sans examiner ses impacts social, culturel et politique⁸¹⁹, et d'autre part les « théories substantives de la technologie » qui mettent un accent « trop » important sur les manières avec lesquelles les systèmes technologiques peuvent exercer un « contrôle » sur les individus, et souvent à leur insu⁸²⁰. Chacune des deux catégories de théories de la technologie présentent leur propre faiblesse. La première catégorie ne parvient pas à reconnaître les complexités contextuelles qui devraient et doivent informer toutes les analyses juridiques ; cette faiblesse est, par ailleurs, profonde lorsque cette analyse est employée dans la recherche de solutions politiques optimales dans un environnement de l'évolution technologique⁸²¹. Alors que la seconde semble trop insister sur la nécessité d'aborder l'impact social engendré par les structures technologiques tout en minimisant la pertinence de l'action humaine qui y contribue. Ce groupe de théories a aussi tendance à l'abstraction et sous-estime la nécessité d'examiner chaque cas en fonction des faits et des circonstances particulières⁸²². Ces deux groupes de théories sont riches de réflexions et d'analyses juridiques, mais chacun ne peut marcher tout seul. Seules ces deux visions ensemble permettraient de mieux équilibrer la balance des intérêts en cause. D'où cette théorie synthétique qui permettrait de mieux rendre compte de la relation et de l'interaction entre le droit et la technologie.

[690] Le contenu de cette théorie synthétique est synthétisé en un paragraphe suivant :

« In times of technological change, (when interests traditionally protected by law are threatened), legal analysis should become more contextual and

⁸¹⁹ *Id.* , p. 475, par. 1.

⁸²⁰ *Id.* , p. 475, par. 1.

⁸²¹ *Id.* , p. 476, par. 1.

⁸²² *Id.* , p. 476, par. 1.

forward-looking and less deferential to traditional doctrine. In doing so, legal analysis focusing on the future paradoxically ensures that traditionally-protected interests remain protected. »⁸²³

[691] Nous trouvons cette théorie intéressante dans la mesure où elle se penche sur la conciliation des deux extrêmes de la corde. Elle précise le poids que l'on devrait accorder à la spécificité technologique, cette dernière devant être conjuguée avec les intérêts traditionnellement protégés. Lorsque ces derniers sont mis en cause, l'approche contextuelle et la mise en perspective dans l'analyse juridique semblent être la meilleure sortie car elles permettraient de mieux rendre compte de la complexité relationnelle entre le droit et la technologie et de mieux trouver un équilibre entre des intérêts protégés.

[692] En bref sur la base de cette théorie, l'article de la loi devrait être lu et constamment conjugué avec la réalité des faits en ce qui concerne la technicité spécifique des technologies. Il vaudrait mieux parfois sortir quelque peu du cadre normatif du droit positif et apprécier les faits de la « réalité technique » telle qu'elle est – ni trop favoriser (accepter trop facilement les courriels, comme ce qui se passe au Canada et aux États-Unis) ni trop diminuer son poids d'importance (rejeter carrément les courriels, comme ce qui se passe en France).

[693] Cette évaluation doit être d'ailleurs conjuguée avec un autre élément important dans le processus interprétatif. Il s'agit des contraintes sociales : besoins et utilités pratiques d'une technologie, en l'occurrence.

⁸²³ *Id.*, p. 476, par. 2.

B. Les contraintes sociales

[694] Cette prise en considération du contexte social ou de la réalité sociale est essentielle pour l'interprétation, sachant que « les lois poursuivent infailliblement des fins. Ces fins sont toujours d'ordre social. »⁸²⁴ Il est donc tout à fait normal que l'interprète devrait retourner au problème social que le législateur cherchait à gérer ou à corriger :

« En somme, la mise en rapport du texte et du contexte, il faut se demander en premier lieu quel est le but du texte. Or, ce but est toujours de nature sociale, d'où l'importance centrale de la réalité sociale en interprétation. »⁸²⁵

[695] D'ailleurs, le juge naturellement ne peut pas être insensible à l'égard de cette implication sociale dans son interprétation. On a déjà vu dans quelques décisions que nous avons développées dans le deuxième chapitre du titre précédent, que la réalité sociale ou le contexte social en général exerce un certain poids d'influence sur la décision judiciaire. Ce biais du juge ne devrait pas être considéré comme une fausse route dans la mesure où l'objectif principal du droit est d'abord et avant tout de gérer et régler les conflits sociaux et d'équilibrer les intérêts en cause⁸²⁶. Certains auteurs prétendent même que la prise en compte de la réalité sociale, comme étant un élément du contexte, a un lien étroit avec la fameuse méthode d'interprétation téléologique en raison des buts et finalités sociales du législateur⁸²⁷.

⁸²⁴ Richard TREMBLAY, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004. p. 87, par. 2.

⁸²⁵ *Id.*, 92, par. 1.

⁸²⁶ B. FRYDMAN, préc., note 538, p. 422 et s., au Chapitre VII « Les modèles sociologique et économique : le droit dans la balance des intérêts. ». L'auteur relève notamment les propos de : JHERING, « la société est le sujet final du droit »; DEWEY, « Le droit ne peut être posé comme s'il était une entité à part, mais doit être commenté uniquement par rapport aux conditions sociales où il naît et à ce qu'il réalise concrètement dans ce domaine », à la page 434.

⁸²⁷ R. TREMBLAY, préc., note 824, p. 87, par. 3 : « Pour bien comprendre l'idée de « réalité sociale » comme élément du contexte, il faut se demander d'où vient la loi. Le législateur se sert de celle-ci pour corriger un

[696] L'importance de la réalité sociale est même vue par certains auteurs comme le centre de gravité du développement du droit, telle que mentionnée par Eugen Ehrlich, juriste et sociologue autrichien⁸²⁸, dans son ouvrage « Les fondations de la sociologie du droit (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*), 1913 » :

« Le centre de gravité du développement du droit ne réside point, même à notre époque, comme en tout temps, dans la législation ni dans la science juridique, ni dans la jurisprudence des tribunaux mais plutôt dans la société elle-même »⁸²⁹.

[697] Notre position n'est pas d'aller aussi loin que ce qui est mentionné, étant donné que la part accordée à la sociologie varie selon les auteurs⁸³⁰. Nous tenterons tout simplement de dire que la réalité sociale constitue un élément très important dans l'interprétation d'une règle juridique en vue d'une application effective et efficace de cette règle dans une société donnée. Les décisions commentées dans le deuxième chapitre du titre précédent sont la preuve de cette prise en considération et montrent la part d'importance accordée à cet élément interprétatif⁸³¹.

[698] Nous trouvons que le juge ne doit pas négliger l'effet pratique d'une décision sur la société à laquelle elle s'applique. Si parfois le droit dirige la société et sa culture⁸³², le droit

problème sociale. Il est donc normal que le législateur cherchait à corriger. Cette prise en compte des buts ou des finalités sociales s'appelle l'interprétation téléologique. »

⁸²⁸ Voir sa bibliographie sur Wikipédia, en ligne < http://fr.wikipedia.org/wiki/Eugen_Ehrlich >, (consulté le 10 avril 2013)

⁸²⁹ Propos de Eugen EHRlich repris par B. FRYDMAN, préc., note 538, p. 434, par. 208.

⁸³⁰ *Id.* p. 435 et s.

⁸³¹ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 – *Les interprétations larges et libérales de l'écrit et de la signature : interprétation contextuelle et interprétation téléologique*. Voir davantage nos arguments développés en faveur du contexte social *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1 – *De la méthode téléologique à la méthode contextuelle*.

⁸³² Ronald DWORKIN, «Who Should Shape Our Culture?», (2005) Autumn *The Law School*. : “Culture is in large part a vector of all the decisions that people make every day as individuals one by one. But culture is also shaped by law, that is, by collective decisions taken by political officials as to how we must all behave.”

doit d'abord et avant tout servir à la justice sociale, une justice acceptable et raisonnable basée sur le calcul de tous les intérêts et de toutes les valeurs posés dans la balance judiciaire pour une société donnée.

Conclusion du Chapitre 1

[699] Notre étude dans ce Chapitre 1 a débuté avec l'analyse de la méthode de Driedger qui constitue pour nous un point de départ comme étant un fondement essentiel avant d'apporter une brique à cette construction d'un temple de l'interprétation. Les contraintes pertinentes que nous arrivons à identifier sont classées en trois ordres, à savoir : juridique, technique et social. Elles interagissent dans le processus interprétatif pour mieux déterminer un sens à une norme posée. Autrement dit, ces contraintes constituent le « contexte interprétatif » permettant au juge de mieux saisir le sens de la norme qui correspond convenablement au but et système de la loi, et aux attentes de la société.

[700] Y aura-t-il de la hiérarchie entre ces trois contraintes ? On pourrait tenter de simplifier les interactions de ces contraintes en élaborant leur hiérarchie⁸³³, mais ces contraintes exercent leur influence et leur interaction en synergie sur l'activité interprétative. Si les contraintes interprétatives consacrées par le texte (le droit positif) semblent être au sommet de la pyramide de la hiérarchie des contraintes, elles ne sont pas tout le temps déterminantes, comme ce qui est vu dans les décisions commentées⁸³⁴. Car la réalité sociale et les contraintes techniques semblent parfois se doter d'un poids prédominant vers une direction qui n'avait pas été pensée par le législateur. La formulation qui suit devrait alors prendre en considération ces trois

⁸³³ Neil MACCORMICK, «Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique : *Argumentation et interprétation en droit*» dans PAUL AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles - Aix-Marseille, Bruylant - Presse Universitaire, 1995, p. 213-226, à la., p. 223, par. 5. : « (...) il est tout à fait possible de proposer des façons relativement simples d'ordonner et de classer les arguments éventuels. Il est tentant de dire que tout système renferme une tendance à commencer par les arguments linguistiques, pour continuer par les arguments systémiques, et n'avoir recours à l'argumentation téléologique/déontologique que lorsque les autres arguments sont demeurés problématiques. »

⁸³⁴ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 – *Les interprétations larges et libérales de l'écrit et de la signature : interprétation contextuelle et interprétation téléologique.*

éléments, sans prétention d'être exhaustifs, éléments qui ont un poids et une valeur certains dans la détermination du sens de la norme posée par les nouveaux textes régissant le formalisme du contrat électronique.

CHAPITRE 2 – Un essai d’élaboration d’une méthode interprétative et un conseil de rédaction des textes futurs

[701] Ce chapitre tentera de composer le contenu d’une méthode interprétative pour l’interprétation en droit du contrat électronique dans l’ASEAN (**Section 1**) et finira par un conseil pour l’élaboration future des textes régissant les nouvelles technologies (**Section 2**).

Section 1 – La méthode pour l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique

[702] Si l’approche contextuelle semble la plus pertinente dans l’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique, elle demeure pourtant la plus large. En passant par la méthode téléologique, puisqu’elle se trouve au cœur de cette méthode contextuelle (**Paragraphe 1**), nous tenterons alors d’en préciser son contenu en essayant d’élaborer une méthode d’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique dans le cadre des États membres de l’ASEAN (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 – De la méthode téléologique à la méthode contextuelle

A. De l’équivalence fonctionnelle comme méthode d’interprétation téléologique

[703] D’emblée, rappelons-nous de la définition de ces deux approches. D’une part, l’*interprétation téléologique* est une forme de raisonnement juridique selon laquelle le sens d’un texte est déterminé en fonction du but poursuivi par l’auteur du texte, de l’objet ou

encore de la finalité inscrite dans le texte⁸³⁵. Cette méthode, nous l'avons vue⁸³⁶, est consacrée par la Loi de Singapour « ETA 2010 » et nous trouvons qu'elle mérite une promotion afin de permettre à l'interprète d'aller au-delà des lettres du texte.

[704] D'autre part, l'équivalence fonctionnelle est à la fois reconnue comme méthode d'élaboration des textes régissant les technologies de l'information⁸³⁷ et considérée par certains auteurs comme un principe d'interprétation de ces textes⁸³⁸. Sous l'angle de l'interprétation, on peut dire que l'approche de l'équivalence fonctionnelle nous amène d'abord à identifier les fonctions que peut assurer un formalisme, avant de pouvoir ensuite répondre à la question novatrice qui est la satisfaction de ce formalisme par un message de données ou une communication électronique.

[705] Plusieurs auteurs spécialistes en droit des technologies de l'information tentent d'élever l'équivalence fonctionnelle au rang de la méthode d'interprétation, voire de la méthode téléologique. Me Éric Caprioli, pour lui, la « neutralité technologique » est devenue un principe d'interprétation pour les juges et arbitres⁸³⁹. Mais il nous paraît qu'il se réfère plutôt à une facette de ce principe qui est l'« équivalence fonctionnelle », puisque selon lui la neutralité technologique n'a de sens que lorsqu'elle est associée à l'équivalence fonctionnelle⁸⁴⁰. Il semble donc qu'il rejoint à l'idée du professeur Vincent Gautrais qui est,

⁸³⁵ P.-A. CÔTÉ, S. BEAULAC et M. DEVINAT, préc., note 55, p. 441, par. 1401, note n° 1.

⁸³⁶ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, **A. Les principes généraux : interprétation téléologique et référence aux documents extrinsèques.**

⁸³⁷ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, **A. L'équivalence fonctionnelle**

⁸³⁸ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, **B. Les principes spécifiques d'interprétation en droit du contrat électronique**

⁸³⁹ É.A. CAPRIOLI, préc., note 196, acétate n°7.

⁸⁴⁰ Id. , acétate n°6.

aux meilleures de nos connaissances, un des pionniers à avoir promu l'équivalence fonctionnelle au rang de méthode d'interprétation en droit des technologies comme étant « méthode téléologique »⁸⁴¹, surtout pour ce qui concerne le droit « outil »⁸⁴².

[706] Pour le professeur Vincent Gautrais, l'approche de l'équivalence fonctionnelle est synonyme de la méthode téléologique, mais différente de la méthode analogique⁸⁴³. Nous comprenons et acquiesçons cette affirmation dans la sens où, d'une part, l'équivalence fonctionnelle est *synonyme de la méthode téléologique* parce que non seulement le fait que la finalité de l'exigence d'un formalisme, tel que l'écrit et la signature, est intimement liée aux fonctions essentielles qu'assurent ces notions, ces deux approches peuvent également procurer les mêmes résultats d'interprétation. En effet, en cherchant la finalité de l'exigence juridique de l'écrit et/ou de la signature, on tenterait d'identifier les qualités fonctionnelles de ces notions. Par exemple, l'exigence d'une signature a pour finalité d'identifier son signataire et de recevoir son approbation telle qu'il est prévu dans l'article 2827 C.c.Q. ; et la signature en soi se dote principalement de cette double fonction qui est l'*identification* et l'*approbation* du signataire. Il est d'autant plus éclairant de voir la Cour d'appel du Québec assimiler l'approche fonctionnelle de la loi et l'interprétation téléologique en indiquant que « [29] L'article 2827 C.c.Q. décrit la signification **téléologique** de la signature »⁸⁴⁴.

⁸⁴¹ V. GAUTRAIS, préc., note 797, voir dans cet ouvrage : Partie 1, Chapitre 2, Section 2, paragraphe 1, A, 1) s'intitulant « Équivalence fonctionnelle comme “nouvelle” méthode d'interprétation », et B, 1), s'intitulant « Méthode interprétative synonyme de l'interprétation téléologique », p. 105.

⁸⁴² *Id.*, p. 103, par. 3.

⁸⁴³ *Id.*, p. 107.

⁸⁴⁴ *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, 2008 QCCA 192, décision cité par *id.*, note 797, p. 106, par. 1.

[707] Et d'autre part, nous sommes d'avis que l'équivalence fonctionnelle est *différente de la méthode analogique*. En effet, l'équivalence fonctionnelle génère des critères plutôt objectifs et logiques dans son résultat d'interprétation, alors que l'analogie n'est que le raisonnement plutôt « rhétorique », métaphorique mais pas nécessairement « logique », « car sa force de conviction repose non sur une structure formelle mais sur un contenu »⁸⁴⁵.

[708] Nous avons pourtant l'impression que si l'équivalence fonctionnelle et l'approche téléologique peuvent être deux méthodes d'interprétation conduisant généralement aux résultats d'interprétation similaires, elles ne constitueraient peut-être pas deux méthodes identiques ; l'une cherche à identifier les fonctions assurées par un **formalisme**, tel que l'écrit et la signature, l'autre la finalité ou l'objectif même de l'exigence. Il nous semble nécessaire de distinguer ici entre les fonctions de l'écrit ou de la signature et la fonction de l'exigence juridique de l'écrit et de la signature. Car les fonctions de l'écrit ou de la signature se réfèrent aux qualités fonctionnelles intrinsèques qui peuvent être très variées. Alors que la fonction de l'exigence juridique de l'écrit ou de la signature est plutôt liée à la finalité législative pour laquelle leurs fonctions sont servies mais qui ne sont pas forcément les mêmes et aussi exhaustives que celles liées à leurs qualités intrinsèques. La finalité législative de l'exigence des notions d'écrit et de signatures est effectivement liée aux fonctions assurées par ces dernières, mais toutes les fonctions de ces notions ne sont pas nécessairement la finalité législative. Lorsque l'on cherche la finalité d'une forme, on n'est pas nécessairement amené à chercher toutes les fonctions de cette forme, mais plutôt son utilité juridique dans un contexte précis. Ainsi dans la décision de 2005 de la Haute Cour de Singapour, l'approche finaliste

⁸⁴⁵ Propos de Chaïm Perelman repris par Benoît FRYDMAN, «Les formes de l'analogie», (1995) 4 *R.R.J.* 1053.; Pour savoir plus sur les faiblesses de l'analogie, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 – *Les tempéraments à l'approche analogique*.

(téléologique) est illustrée dans l'éloquence du juge sans que la question des fonctions de l'écrit ne soit élaborée dans ce propos :

« The aim of the Statute of Frauds was to help protect people and their property against fraud and sharp practice by legislating that certain types of contracts could not be enforced unless there was written evidence of their existence and their terms. Recognising electronic correspondence as being "writing" for the purpose of s 6(d) of the CLA, would be entirely consonant with the aim of the CLA and its predecessor, the Statute of Frauds, as long as the existence of the writing can be proved. »⁸⁴⁶ (Nos soulignements)

[709] D'où la finalité législative pourrait être détachée des fonctions qu'assure un formalisme, tel que l'écrit et la signature. On pourrait arguer également que la recherche de la finalité législative est plus restreinte, contextuelle, plus évolutive et interactive avec les faits, alors que la recherche des fonctions semble être plus large que celles voulues par la finalité du texte concerné. On a choisi l'écrit et la signature comme condition de forme d'un acte, c'est peut-être dû à leurs fonctions, mais toutes les possibles fonctions de ces premiers ne sont pas nécessairement la finalité législative. Pourtant, il nous semble que dans l'exercice de l'identification des fonctions d'un formalisme, l'approche de l'équivalence fonctionnelle est une approche difficilement séparable de la méthode téléologique. Dans la pratique interprétative, l'équivalence fonctionnelle est alors assimilable à la méthode téléologique.

[710] Si l'interprétation téléologique n'est pas une méthode dénuée de toute imperfection⁸⁴⁷, l'approche de l'équivalence fonctionnelle présenterait également certaines limites. En effet, l'équivalence fonctionnelle peut être une piste parmi tant d'autres dans la recherche de la solution de l'art d'interprétation. Mais elle n'a pas de monopole dans la recherche de la

⁸⁴⁶ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 80.

⁸⁴⁷ Voir par exemple une critique négative de cette méthode dans P. DELNOY, préc., note 529, p. 173-174.

« Vérité »⁸⁴⁸. D'une part, l'identification des fonctions de l'écrit et de la signature comme critères objectifs de ces formalismes (écrit et signature) ne permet pas toujours de résoudre le problème. Telle que l'on a vu dans la décision de la Haute Cour de Singapour, comme dans d'autres décisions étrangères portant la qualification des courriels comme « écrit »⁸⁴⁹, le juge n'a à aucun moment mentionné les critères de l'écrit mis en place dans l'ETA 1998, alors que ce dernier se voulait être une norme générale, transversale et objective pour ce qui est de l'écrit et de la signature⁸⁵⁰. D'autre part, l'équivalence fonctionnelle ne procure pas de mêmes critères fonctionnels objectifs aux concepts tels que l'« écrit » et la « signature », comme ce que l'on a vu dans les États membres de l'ASEAN⁸⁵¹, mais aussi ailleurs⁸⁵². Les fonctions que remplit l'écrit selon l'étude de la CNUDCI sont plus qu'une dizaine⁸⁵³. Les supports technologiques sont-ils obligés de remplir cette dizaine de fonctions ? Bien sûr que non. La CNUDCI a sélectionné la « Consultation ultérieure » comme dénominateur commun pour tous écrits sur support électronique⁸⁵⁴. Ce choix n'est pourtant pas partagé par tout le monde⁸⁵⁵. L'équivalence fonctionnelle peut donc être une sortie très intéressante, mais pas la solution absolue. Elle est plutôt la solution des approximations, comme ce qu'invoque le professeur Vincent Gautrais :

⁸⁴⁸ Le sens de la Vérité écrite avec « V » majuscule que mentionne Jean-Louis BAUDOUIN, *Droit et vérité*, coll. «Les conférences Albert-Mayrand», Montréal, Éditions Thémis, 2011.

⁸⁴⁹ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1 – *La qualification de l'écrit électronique : le cas de l'acceptation du courriel comme écrit*.

⁸⁵⁰ Une des finalités de l'ETA 1998 est d'éliminer les barrières pour l'écrit et signature (Voir Sect. 3 *Purposes and construction*).

⁸⁵¹ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2 – *La mise en application différenciée du principe d'équivalence fonctionnelle et de la neutralité technologique*.

⁸⁵² *Id.*

⁸⁵³ CNUDCI, préc., note 18, par. 48.

⁸⁵⁴ *Id.*, par. 50.

⁸⁵⁵ Telle que l'on a vue dans les dispositions des textes nationaux des États membres de l'ASEAN.

« Si l'approche fonctionnelle est assurément l'outil qui semble le mieux adapté pour assurer la transition liée au changement de support, elle n'en demeure pas moins source de bien des approximations; encore une fois, rien de bien étonnant à cela compte tenu de la révolution en cours ainsi que de la variété des hypothèses où le formalisme de l'écrit est susceptible de s'appliquer. »⁸⁵⁶

[711] Le propos du professeur Bert-Jaap Koops montre aussi bien cette limite. Pour lui, l'interprétation selon l'approche fonctionnelle n'est pas la bonne solution dans tous les cas lorsqu'il s'agit des lois qui ne semblent pas être neutres. C'est parce que tout simplement les nouveaux faits ne sont pas comparables, de même manière que l'on ne peut tout le temps comparer ce qui se passe en ligne avec ce qui se passe hors ligne :

« [p]ractice can deal with laws that seem technology-specific by interpreting them in a functional way. This will not be a good approach in all cases, since it may provide too little legal certainty. Moreover, this approach may not always yield satisfactory results: it is not a matter of course that laws can always be interpreted in a functional way with respect to new technologies, simply because the cases may be incomparable, in the same way as it is not always possible to apply the starting point that what holds off-line should also hold on-line »⁸⁵⁷

[712] Tout cela prouve des limites de l'approche d'équivalence fonctionnelle tant dans le cadre rédactionnel que celui d'interprétation. Les fonctions qualifiées et justifiées d'un acte ne sont que sélectives en fonction du contexte. Cela nous oblige à recourir à d'autres éléments complémentaires qui pourraient mieux rendre compte une « bonne » méthode interprétative, s'il en existe une.

⁸⁵⁶ V. GAUTRAIS, préc., note 60, p. 91, par. 2.

⁸⁵⁷ B.-J. KOOPS, préc., note 484, p. 25, par. 2.

[713] Tant l'équivalence fonctionnelle que l'approche téléologique présentent des limites dans la recherche d'une « bonne » interprétation. Elles demeurent pourtant une étape d'interprétation à ne pas franchir avant de passer au contexte interprétatif dans l'exercice de l'identification des fonctions, car, comme ce que prônent certains auteurs, la méthode téléologique se trouve au cœur de l'interprétation contextuelle :

« Au centre de l'interprétation contextuelle se trouve la méthode téléologique, qui consiste à faire apparaître le but du texte, opération qui porte l'interprète bien au-delà des bornes du texte. Comme la loi poursuit invariablement un but social, c'est dans la réalité sociale, et dans les valeurs qui y sont véhiculées, que la loi prend son sens. C'est ainsi que l'interprétation d'un texte pourra varier dans le temps en fonction de l'évolution sociale. »⁸⁵⁸

[714] Autrement dit, c'est plutôt le contexte (juridique, technique et social) entourant l'acte en question qui y complète en procédant à la sélection des fonctions essentielles à accomplir par un formalisme en cause lorsque l'on se trouve face aux multitudes de ces fonctions.

B. A la contextualisation des fonctions essentielles du formalisme du contrat électronique ou la contextualisation de l'équivalence fonctionnelle

[715] Souvent les fonctions juridiques sont tirées du contexte dans lequel l'acte en question s'engage. Par ailleurs, les fonctions ne semblent pas être au départ bien explicitement précisées dans chaque texte pour chaque formalisme non plus. Elles sont tirées du texte, de l'objet et de l'intention législative⁸⁵⁹ qui se forment selon un contexte interprétatif quelque peu limité au jour de l'adoption. D'où ces fonctions qui ne sont que sélectives, non exhaustives, et

⁸⁵⁸ R. TREMBLAY, préc., note 824, p. 95, par. 2.

⁸⁵⁹ Voir l'exemple d'une quête de différentes fonctions de l'écrit dans le cadre de l'arbitrage effectuée par V. GAUTRAIS, préc., note 804, p. 130, par. 40 et s.

précisées en fonction des circonstances⁸⁶⁰. C'est alors le contexte plus élargi, y compris non seulement les contraintes juridiques mais aussi les contraintes techniques et sociales, qui permettra à l'interprète de pouvoir sélectionner les fonctions pertinentes voire déterminer l'existence et la validité d'un formalisme, tel que l'écrit et la signature, au regard des circonstances et par conséquent d'apporter une réponse plus adaptée et appropriée en tenant compte de tous les intérêts qui sont susceptibles d'être impliqués, et ultimement de mieux appréhender une « bonne » interprétation. D'ailleurs, la difficulté d'identifier les fonctions de l'écrit et de la signature⁸⁶¹ et la variété de ces fonctions⁸⁶² justifient davantage la nécessité de recourir à la méthode contextuelle. Cette dernière permettrait d'éclairer l'équivalence fonctionnelle et de sélectionner les fonctions essentielles d'un formalisme, écrit et/ou signature. Le contexte interprétatif « précisé » comme ce que l'on vient de démontrer dans le chapitre précédent est composé de trois contraintes : *juridique, technique et sociale*⁸⁶³.

[716] Autrement dit pour pouvoir mieux saisir une bonne interprétation des textes régissant le formalisme électronique, les juges auront intérêt à se pencher sur trois éléments principaux du contexte interprétatif : contraintes juridique, technique et sociale. Ce contexte permet de

⁸⁶⁰ *Id.*, par. 62 (dernier paragraphe) : « Mais au-delà de ce principe (équivalence fonctionnelle), il n'en demeure pas moins qu'il faut faire état de la pluralité des fonctions qu'un écrit est susceptible d'avoir. Bien plus que les critères de reconnaissance de l'écrit, des définitions si chères aux juristes, il nous importa de préciser ces fonctions qui changent au regard des circonstances. »

⁸⁶¹ V. GAUTRAIS, préc., note 841, p. 87, par. 2 : « Selon nous, il est particulièrement hasardeux d'identifier les fonctions pour lesquelles un législateur exige une condition formelle tel un écrit, une signature ou un original. Parfois, l'opération de recherche de la fonction risque de se comparer à celle de déterminer le « sexe des anges » » ; Voir aussi V. GAUTRAIS, préc., note 804, par. 40 et s, sous l'intitulé « 2.1.2 –Identification difficile des fonctions de l'écrit ».

⁸⁶² V. GAUTRAIS, préc., note 804, par. 62 (dernier paragraphe); Voir aussi M. DEMOULIN et E. MONTERO, préc., note 45, p. 139 et s. sous l'intitulé « Typologie des exigences de forme »; M. DEMOULIN, préc., note 804 ; Pour la pluralité des fonctions de la signature voir par exemple V. GAUTRAIS, préc., note 841, p. 68. : « La situation est d'ailleurs globalement la même pour la signature car au-delà des deux critères généralement utilisés pour la représenter (identité et manifestation de volonté), il est possible de distinguer plusieurs autres fonctions. ».

⁸⁶³ *Supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 – *Un essai d'une sélection des contraintes pertinentes en droit des TI.*

déterminer l'existence et la validité de l'écrit et de la signature, mais aussi de s'aligner à l'objectif de l'harmonisation juridique dans ce domaine, le but ultime de l'harmonisation du droit dans l'ASEAN.

[717] **D'une part, la prise en compte de la contrainte juridique** concerne essentiellement le principe de référence aux normes internationales et de l'approche téléologique. Une référence aux normes internationales peut être considérée comme une quasi-obligation des juges dans l'interprétation des « nouveaux » textes puisqu'elle est généralement rappelée dans ces textes nationaux même⁸⁶⁴. Il s'agit selon nous d'un facteur à ne pas négliger dans l'interprétation, car il permet aux juges des États membres de mieux saisir le sens de la norme mais également de s'aligner à l'objectif de l'ASEAN dans l'harmonisation du droit du commerce électronique. C'est à la fois un moyen de rapprochement des différences législatives en ce domaine et une manière de valoriser l'harmonisation du droit du commerce électronique dans l'ASEAN. Ainsi, la Cour suprême des Philippines a eu l'occasion de faire preuve d'une telle diligence dans l'interprétation de l'ECA 2000 dans une affaire rendue en 2007. En l'occurrence, elle cherche à comprendre le texte de l'ECA au travers de textes internationaux, tel que la fameuse Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, et ce sur le fondement de la règle d'interprétation prévue par l'ECA 2000 elle-même dans sa Section 37, avant de prendre une position sur la question de savoir si une télécopie voire sa photocopie pourrait constituer un document électronique admissible au sens de l'ECA 2000⁸⁶⁵. Nous trouvons que c'est un « bon comportement » jurisprudentiel de la part des juges étatiques philippins dans leur

⁸⁶⁴ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les principes d'interprétation s'appliquant aux textes régissant le formalisme du contrat électronique.*

⁸⁶⁵ *Supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2, **A. Le cas d'une juridiction de l'ASEAN : Philippines**

mission d'interprétation des textes régissant le commerce électronique avant d'émettre une décision bien réfléchie conformément à l'objet de la présente loi et aussi à l'objectif de l'ASEAN. Cette approche est parfaitement en accord avec l'approche téléologique (*Purposive Approach*) prônée d'une manière explicite par certaine loi nationale d'un État membre de l'ASEAN (Singapour⁸⁶⁶). Cette approche téléologique, nous l'avons déjà vue⁸⁶⁷, est similaire à l'équivalence fonctionnelle⁸⁶⁸ et mérite également d'être valorisée dans le sens qu'elle permettrait au juge de ne pas être trop cantonné aux lettres des textes, mais plutôt de s'en servir en faveur de la réalisation du but ou de l'objectif de la loi.

[718] D'autre part le contexte ou la contrainte technique, telle que l'on a vue, concerne la prise en compte des deux aspects des technologies (interne/fonctionnel et externe/technique)⁸⁶⁹ nécessitant une prise en considération dans une « bonne » appréciation des faits liés aux nouvelles technologies établis devant le juge. Ce double regard permet au juge de mieux apprécier le contexte technique d'une ou plusieurs technologies mises en examen afin de pouvoir apporter une réponse adaptée et appropriée.

[719] L'intérêt de ce double regard technique s'applique aisément à la notion de signature électronique. En effet, sous l'angle de la perspective technique ou externe, on aurait du mal à justifier que la mention du nom dans l'adresse du courriel puisse constituer une signature au sens de l'exigence juridique traditionnelle, car rien ne peut expliquer l'existence d'une

⁸⁶⁶ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, **A. Les principes généraux : interprétation téléologique et référence aux documents extrinsèques**

⁸⁶⁷ *Id.*

⁸⁶⁸ Bien que ces deux approches ne soient pas identiques, elles sont pratiquement semblables. Voir *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, **A. De l'équivalence fonctionnelle comme méthode d'interprétation téléologique.**

⁸⁶⁹ *Supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les contraintes techniques et le contexte social*; Voir essentiellement O.S. KERR, préc., note 810.

signature semblable à la signature manuscrite que l'on a l'habitude de concevoir. Alors que selon la perspective fonctionnelle ou interne, on pourrait arguer que les étapes techniques fonctionnelles de base d'un courriel (authentification préalable et bouton d'« envoi ») suffisent pour que l'on puisse déduire l'identité de l'auteur et son approbation sur le contenu du message envoyé qui constituent les deux fameuses fonctions fondamentales d'une signature⁸⁷⁰. C'est dû au fait que le juge anglais dans l'affaire *Nilesh Mehta v. J Pereira Fernandes SA*⁸⁷¹ ne prend pas en compte cette dernière perspective permettant de caractériser une signature électronique, la mention du nom dans l'adresse de courriel ne peut constituer une signature fonctionnellement équivalente à la signature manuscrite. La décision de la Haute Cour de Singapour, *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*⁸⁷², prend d'ailleurs quant à elle en compte cette dernière perspective pour conclure que cette mention constitue une forme de signature permettant d'identifier/d'authentifier le destinataire du courriel et son approbation sur le contenu du message⁸⁷³.

[720] Il en va de même pour l'écrit. Cette dichotomie nous permet de mieux appréhender les deux principaux aspects du courriel. Comme illustré dans la décision de la Haute Cour de Singapour de 2005 mentionnée plus tôt⁸⁷⁴, on peut établir que selon la perspective externe le courriel n'est que des données sous forme numérique de 0 et 1 qui ne satisfait point à la notion

⁸⁷⁰ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 – *La redéfinition de la signature* et *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 – *La qualification de la signature électronique : la mention du nom dans l'adresse de courriel comme signature*.

⁸⁷¹ *Nilesh Mehta v. J Pereira Fernandes SA*, préc., note 701.

⁸⁷² *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

⁸⁷³ *Supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2 – *La qualification de la signature électronique : la mention du nom dans l'adresse de courriel comme signature*.

⁸⁷⁴ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

d'écrit. Alors que sous l'aspect interne ou fonctionnel⁸⁷⁵, la forme visible et affichable sur l'écran du message de données permet au juge de déduire l'équivalence entre le courriel et l'écrit papier (même si le critère de la forme visible semble être davantage critiquable⁸⁷⁶).

[721] C'est alors sur la base de la prise en compte de ces deux perspectives (technique/externe et fonctionnelle/interne)⁸⁷⁷ de la technologie que le juge arrive à conclure que le courriel peut constituer un écrit signé au sens de l'exigence juridique d'un tel formalisme. Autrement dit, une conciliation est rendue possible entre l'« encre » et l'« électron » grâce à cette double considération, tout en tenant compte de ces deux aspects indicateurs dans la recherche d'une équivalence voire l'équilibre entre l'enjeu juridique et la réalité technique et factuelle.

[722] Pour en finir sur le double aspect de l'Internet à prendre cumulativement en considération, prenons un cas qui montre cette fois-ci le caractère irréconciliable ou l'absence de l'équivalence possible entre l'« encre » et l'« électron ». Rappelons-nous l'affaire Dell de 2007 quant à la question relative à l'accessibilité raisonnable. La réalité sociale ou le contexte factuel d'un lien hypertexte doit être pris en considération afin d'apprécier un consentement sur le contenu référé par un lien hypertexte. En effet, selon le professeur Vincent Gautrais, le lien hypertexte ne semble pas remplir le critère de l'« accessibilité raisonnable » :

« Enfin, sur le plan du droit positif, le critère de l'accessibilité raisonnable ne m'apparaît pas forcément très adaptable au fait électronique. Précisément, il

⁸⁷⁵ O.S. KERR, préc., note 810, p. 357. Voir aussi *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les contraintes techniques et le contexte social*.

⁸⁷⁶ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2, A. *Définition de l'écrit en droit singapourien et malaisien*.

⁸⁷⁷ O.S. KERR, préc., note 810, p. 357. Voir aussi *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2 – *Les contraintes techniques et le contexte social*.

nous semble que son interprétation très large n'est pas sans poser des difficultés. »⁸⁷⁸ (Notre soulignement)

[723] Trop large au point où l'on néglige la particularité d'une telle technologie. Pour ainsi dire, le professeur Gautrais se réfère au travail scientifique de Jakob Nielsen intitulé « Writing for the Web »⁸⁷⁹ qui établit la différence entre l'écran par rapport au papier quant à l'accessibilité et la lisibilité pour le lecteur. Sur ce, le professeur Gautrais critique la décision de la Cour suprême qui lui semble « promarchande » et passe outre la caractéristique spécifique du lien hypertexte⁸⁸⁰.

[724] Les contraintes techniques exercent alors une influence non négligeable dans l'interprétation des textes régissant les nouvelles technologies. Les deux perspectives des faits d'internet sont porteuses d'intérêt, d'analyse et de réflexion juridiques quant au poids accordé à une conciliation possible entre l'« encre » et l'« électron » de manière générale.

[725] **Quant à la contrainte sociale**, si elle semble parfois évidente ou même sous entendue sans qu'elle soit mentionnée dans une décision de justice, car elle est plus sociologique que juridique, il serait plus prudent voire réfléchi de la mettre en relief par la mise à « nu » d'une telle décision⁸⁸¹ pour pouvoir mieux comprendre le complexe phénomène d'interprétation.

⁸⁷⁸ Vincent GAUTRAIS, «Dell a gagné», 17 juillet 2007., en ligne : <<http://www.gautrais.com/Dell-a-gagne>> (consulté le 22 avril 2013) ; Voir aussi Vincent GAUTRAIS, «Vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage !», (2008) 37 *Revue générale de droit.*, en ligne <<http://gautrais.com/IMG/pdf/200702GautraisEpreuve1.pdf>> (consulté le 22 avril 2013).

⁸⁷⁹ *Id.* ; Voir aussi Jakob NIELSEN, «Writing for the Web», (2001)., en ligne <<http://www.useit.com/papers/webwriting/>> (consulté le 22 avril 2013).

⁸⁸⁰ V. GAUTRAIS, préc., note 878.

⁸⁸¹ Pierre-André CÔTÉ, «L'empereur est nu... et le juge?» dans BENYEKHFLEF Karim (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 169-185, à la.

[726] Pour ainsi dire, revenons alors brièvement sur certaines décisions déjà étudiées. D'abord, dans la fameuse affaire *Bolduc c. Montréal (ville)*⁸⁸², lors de l'appel interjeté devant la Cour supérieure du Québec, le juge ne pouvait pas être insensible à l'égard de la conséquence d'une non-reconnaissance de la signature sur un constat d'infraction pour l'excès de vitesse. Car cela pourrait amener à un recours collectif de la part des citoyens concernés⁸⁸³ en vue de remettre en cause des constats d'infraction du genre, ainsi que ceux de stationnement, pour faute de signature manuscrite; ce qui génèrerait des pertes de millions de dollars au détriment de la Ville de Montréal. Et surtout, lorsqu'en acceptant cette forme de signature ne nuit en rien quant au droit des justiciables.

[727] Il en va de même pour la décision états-unienne, *Naldi v. Grunberg*⁸⁸⁴, le juge argue que même en l'absence de la loi applicable, le contexte social en soi permettrait au juge de déduire la reconnaissance juridique du courriel :

« Even in the absence of E-SIGN and the 2002 statement of legislative intent, given the vast growth in the last decade and a half in the number of people and entities regularly using e-mail, we would conclude that the terms "writing" and "subscribed" in GOL § 5-703 should now be construed to include, respectively, records of electronic communications and electronic signatures, notwithstanding the limited scope of the 1994 amendment of the general statute of frauds. »⁸⁸⁵ (*Nos soulignements*)

⁸⁸² *Bolduc c. Montréal (Ville de)*, 2010, préc., note 741.

⁸⁸³ Vincent GAUTRAIS, «Constat d'infraction et signature», 28 septembre 2009., en ligne <http://www.gautrais.com/Constat-d-infraction-et-signature?var_recherche=insensible> (consulté le 22 avril 2013) : « 2) je crois que la Cour supérieure qui va entendre cette affaire en appel ne sera pas insensible aux conséquences qu'aurai une non reconnaissance de la signature dans ce cas, notamment la possibilité d'un recours collectif. Et je sais que ce n'est pas du droit ; et je sais que les juges sont des hommes et des femmes qui, sans l'avouer, ne sont pas indifférents à de telles considérations.»

⁸⁸⁴ *Naldi v. Grunberg*, préc., note 388.

⁸⁸⁵ *Id.*,

[728] Encore plus instructive au regard de la réalité factuelle est la décision de la Cour suprême du Canada, *R. c. McIvor*⁸⁸⁶, qui prône une interprétation contextuelle, et plus flexible pour permettre de recourir aux nouvelles technologies de l'information, face à l'avènement de l'ère numérique et à son utilité pratique, incontestable sous certains aspects :

« [30] Étant donné ma conclusion au sujet des exigences établies par le par. 742.6(4), il n'est pas nécessaire de décider si le nom dactylographié du policier constitue une signature au sens de cette disposition. Je soulignerais tout simplement que, lorsque cette question se pose, il convient d'y répondre, d'une part, en tenant compte du contexte, et notamment de l'importance de l'attestation personnelle, et, d'autre part, en faisant preuve de la souplesse nécessaire pour permettre le recours à la technologie en constante évolution. »⁸⁸⁷

[729] Prenons également l'exemple du testament olographe en droit québécois, où même le choix législatif a été assez clair, mais le contexte permet au juge de la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Gendreau c. Laferrière* rendue le 30 octobre 2012⁸⁸⁸, de conclure que l'écrit tapé à l'ordinateur et signé à la main par le testateur peut constituer un testament olographe valide, et ce en raison du contexte circonstanciel ou factuel. En effet, il est bien clair que l'article 726 C.c.Q. dispose que :

« Le testament olographe doit être entièrement écrit par le testateur et signé par lui, autrement que par un moyen technique.

Il n'est assujéti à aucune autre forme. »

[730] Sur le fondement de cette nette intention législative (« Il n'est assujéti à aucune autre forme ») il est évident qu'une conclusion qui en découle devra invalider le testament

⁸⁸⁶ *R. c. McIvor*, préc., note 474.

⁸⁸⁷ *Id.*, par. 30.

⁸⁸⁸ *Gendreau c. Laferrière*, 2012 QCCS 5525 (CanLII), en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qccs/doc/2012/2012qccs5525/2012qccs5525.html>> (consulté le 22 avril 2013).

olographe tapé à l'ordinateur ; c'est ce qu'a d'ailleurs fait cette même Cour dans un jugement antérieur relatif à l'affaire *Bellemore (Succession de)* rendu en septembre dernier⁸⁸⁹. Alors que dans la présente décision *Gendreau c. Laferrière*, le juge de la Cour supérieure du Québec se base principalement, d'une part, sur l'exception à l'article 726 C.c.Q. prévue par l'article 714 du même code qui dispose que :

« Le testament olographe ou devant témoins qui ne satisfait pas pleinement aux conditions requises par sa forme vaut néanmoins s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. »⁸⁹⁰

[731] Cet article permet de s'ouvrir vers une sortie exceptionnelle en cas de l'invalidité pour vice de forme d'un testament olographe. Ainsi, on peut lire le commentaire ministériel de cet article relevé par la Cour dans la présente décision :

« Il permet ainsi au tribunal de reconnaître la validité d'un testament autrement nul pour inobservation de formalités obligatoires, lorsqu'il est convaincu, après avoir entendu les intéressés, que l'écrit contient, de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés du défunt.

Cet article vise à respecter la liberté et la volonté du testateur et à faire prévaloir celles-ci sur les exigences formelles, lorsqu'il n'existe pas de doute sur la portée de l'écrit. »⁸⁹¹ (Nos soulignements)

[732] Cette interprétation est alors faite en faveur du respect de la liberté et de la volonté du testateur et au détriment des exigences formelles. De cette disposition également trois conditions, d'origine jurisprudentielle, découlent : « 1) Le testament satisfait aux conditions requises mais pas pleinement; 2) Le testament, même avec l'imperfection, satisfait aux

⁸⁸⁹ *Bellemore (Succession de)*, 2012 QCCS 4283, en ligne : <<http://www.jugements.qc.ca/php/decision.php?liste=63153349&doc=9823FC1CAB7DC05E1E2FC0B266C3535D359A37F3513A9965EFBC9D7544BE5C90&page=1>> (consulté le 22 avril 2013).

⁸⁹⁰ *Gendreau c. Laferrière*, préc., note 888, par. 26 à 32.

⁸⁹¹ *Id.*, par. 27.

conditions essentielles; et 3) Il est établi que le testament contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. »⁸⁹².

[733] Et d'autre part par l'application du présent article, la Cour se fonde sur la preuve quant au contexte factuel lié à l'affaire pour conclure que le testament est rédigé, même à l'aide de l'ordinateur, par lui-même et signé de sa main propre. En effet, il est clairement prouvé que M. Louis Laferrière était un homme « débrouillard, articulé, curieux intellectuellement »⁸⁹³ *et il* « s'est mis à se débrouiller sur l'ordinateur »⁸⁹⁴. Ce dernier, selon le témoignage de sa fille, Manon Laferrière, a l'habitude d'échanger avec sa fille par courriel⁸⁹⁵ et sur le témoignage de Christiane Lemaire, il communiquait avec cette dernière en utilisant les moyens techniques⁸⁹⁶. Il s'ensuit que « M. Louis Laferrière utilisait de façon régulière un moyen technique pour écrire et communiquer »⁸⁹⁷.

[734] Ainsi, la Cour a conclut :

« [75] Le Tribunal conclut que le document que l'on demande de reconnaître comme testament olographe contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés de Louis Laferrière qui, en 2010, avait confirmé à sa fille Manon sa volonté de vivre dans ce pays en renonçant aux démarches d'immigration.

[76] En conséquence, même si dans les faits le texte écrit avec un moyen technique et signé de la main de Louis Laferrière aurait dû être écrit en entier de la main de ce dernier, le Tribunal ne considère pas qu'il y a défaut de forme à une condition essentielle. »

⁸⁹² *Id.*, par. 32. Conditions tirées de la décision de la Cour d'appel du Québec *Paradis c. Roberge*, 1999 CanLII 13339 (QC CA)

⁸⁹³ *Id.*, par. 33.

⁸⁹⁴ *Id.*, par. 55.

⁸⁹⁵ *Id.*, par. 55.

⁸⁹⁶ *Id.*, par. 59.

⁸⁹⁷ *Id.*, par. 60.

[735] C'est donc le contexte en soi qui permet au juge de dire que le testament écrit à la main (essence même de l'olographe) ne doit pas être nécessairement écrit à la main (condition non essentielle selon la Cour), mais il peut être fait à l'aide de moyen technique (ordinateur) dès que le testateur maîtrise bien ce moyen et qu'il lui est devenu son moyen usuel d'écrire et de communiquer⁸⁹⁸.

[736] Dans une décision d'un État membre et modèle de l'ASEAN, Singapour, dans l'affaire *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*⁸⁹⁹, la Haute Cour s'est basée sur la « Justice and Common Sense », notion intimement liée à la réalité sociale ou au contexte factuel⁹⁰⁰, pour dire que le courriel mérite d'être reconnu comme écrit, valide au sens de *Statute of Frauds*, et ce au regard de l'utilisation accrue et généralisée de ce « nouveau » moyen de communication :

« I therefore find that the e-mail correspondence which constituted the memorandum of the contract (as specified in [73] above) was "in writing" for the purpose of s 6(d) of the CLA. I am pleased to be able to come to this conclusion which I think is dictated by both justice and common sense since so much business is now negotiated by electronic means rather than by letters written on paper and, in the future, the proportion of business done electronically will only increase. »⁹⁰¹

⁸⁹⁸ Voir deux commentaires intéressants de cette décision : Pascal MARCHI, «La Cour supérieure ouvre la porte au testament olographe imprimé», 19 novembre 2012., en ligne : <<http://lccjti.ca/2012/11/19/la-cour-superieure-ouvre-la-porte-au-testament-olographe-imprime/#section-comments>> (consulté le 10 avril 2013) ; et Karim RENNO, «Jurisprudence contradictoire en matière de testament olographe écrit via un moyen technologique», 16 novembre 2012., en ligne : <<http://www.abondroit.com/2012/11/jurisprudence-contradictoire-en-matiere.html>> (consulté le 10 avril 2013).

⁸⁹⁹ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374.

⁹⁰⁰ Voir la définition de « Sens commun », en ligne <http://fr.wikipedia.org/wiki/Sens_commun> (consulté le 10 avril 2013) : « La notion de sens commun se rapporte à une forme de connaissance regroupant les savoirs socialement transmis et largement diffusés dans une culture donnée : normes, valeurs, et symboliques. »

⁹⁰¹ *SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd*, préc., note 374, par. 85.

[737] De même pour les signatures électroniques. La qualification ou la détermination de la validité d'une signature dépend beaucoup du « contexte factuel » :

« De même que dans le cas des signatures manuscrites, il n'est pas possible de définir la validité juridique d'une signature précise *sans contexte factuel*. La loi propose une série de dispositions législatives, de principes et de jurisprudence qui nous permet de déterminer si une signature peut être considérée valide, mais cela nécessite un contexte factuel. Dans ce cadre, les signatures manuscrites et électroniques sont semblables. »⁹⁰²

[738] Par contre on a vu aussi qu'une décision qui semble avoir accordé moindre d'importance à la réalité sociale, est celle de la Cour de cassation française, Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2010⁹⁰³, qui est quelque peu rigide et insensible au regard de l'utilisation de courriel dans la vie courante des français et la preuve par courriels montrée à la Cour. Il y manque également une contextualisation des faits, d'où la critique doctrinale des universitaires et praticiens⁹⁰⁴.

[739] Il s'ensuit qu'au travers de ces illustrations, le contexte interprétatif (non seulement juridique mais aussi technique et social) et les circonstances sont les facteurs d'interprétation déterminants pour évaluer l'existence et la validité d'un écrit et/ou d'une signature.

[740] Rappelons-nous enfin, ces contraintes interprétatives s'appliquent en synergie sans que l'une prime sur l'autre. En effet, les exigences de l'écrit ou/et de la signature dans divers actes ne sont pas nécessairement les mêmes quant à leurs fonctions essentielles à accomplir, ces dernières changent au regard des circonstances⁹⁰⁵, soit d'un acte à l'autre. Inversement ces

⁹⁰² Patrick CORMIER, *Analyse des signatures numériques et électroniques dans le secteur canadien de la justice*, Toronto, Centre canadien de technologie judiciaire, 2012., p. 23, par. 1.

⁹⁰³ Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2010, n° 09-68.555, préc., note 672.

⁹⁰⁴ Voir notamment L. GRYNBAUM, préc., note 673; P.-D. CERVETTI, préc., note 674.

⁹⁰⁵ V. GAUTRAIS, préc., note 804, p. 141, par. 62 : « Bien plus que les critères de reconnaissance de l'écrit, des définitions si chères aux juristes, il nous importa de préciser ces fonctions qui changent au regard des circonstances. »

circonstances ou le contexte interprétatif contribuent à la détermination de ces fonctions pour chaque acte.

Paragraphe 2 – La formulation d’une méthode d’interprétation

[741] La construction de notre formule d’interprétation des textes régissant le formalisme du contrat électronique rentrera dans le cadre de la méthode contextuelle dont nous aurons à préciser des éléments constitutifs. Cette formulation est essentiellement composée de la méthode téléologique que sous-tend l’équivalence fonctionnelle et qui se trouve au cœur de l’approche contextuelle que nous prônons. La contextualisation de cette interprétation devrait en effet prendre en considération les trois principales contraintes mentionnées dans le Chapitre précédent⁹⁰⁶ : juridique, technique et sociale.

[742] **D’une part, la contrainte juridique** résulte de l’interprétation téléologique et de la référence aux standards internationaux. Pour en dire plus sur cette contrainte juridique, l’interprétation des notions d’écrit et de signature doit être en accord avec l’esprit de la loi régissant le formalisme du contrat électronique. Et partant de cet objectif législatif (essentiellement, *favoriser le commerce électronique et éliminer les barrières pour l’écrit et la signature électroniques*), la méthode interprétative à suivre est de l’interpréter en tenant compte de l’harmonisation du droit souhaitée par les États membres ; il s’agira de confronter des dispositions nationales mises en examen aux standards internationaux en la matière, tels que les Lois type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996) et les signatures électroniques (2001) et la Convention de la CNUDCI (2005) sur l’utilisation de

⁹⁰⁶ *Supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2 – *Un essai d’une sélection des contraintes pertinentes en droit des TI*

communications électroniques dans les contrats internationaux. Et en faveur de cette harmonisation du droit, il est préférable d'adopter *une solution internationalement acceptable*. S'il y en a plusieurs, en choisir une qui promeut l'harmonisation juridique dans le cadre de l'ASEAN est assurément le meilleur choix au regard de l'objectif poursuivi.

[743] **D'autre part, la contrainte technique** est un accent mis sur le double aspect des technologies où la perspective interne/fonctionnelle de ces dernières doit être mis au service de l'équivalence fonctionnelle. Il s'agit de la mise en application de l'équivalence fonctionnelle par la recherche des possibilités techniques qui peuvent concrètement remplacer l'écrit et/ou la signature exigés par les textes juridiques. Un point crucial méritant d'être également mis en relief dans ce cadre concerne l'interaction et l'équilibre entre la sécurité juridique et la sécurité technique. Nous croyons qu'il faille abandonner la recherche de la fiabilité absolue d'une technologie (utopie inexistante) pour une « fiabilité raisonnable ». Ainsi, on ne devrait pas s'attendre à ce que l'écrit et/ou la signature soient juridiquement présumés fiables⁹⁰⁷ pour qu'ils soient utilisables et admissibles en preuve. En effet, la véracité d'un acte doit dépendre de l'appréciation et de la conviction du juge au regard des faits et des preuves présentés, et non de la *fiabilité absolue* d'une technologie utilisée pour réaliser un acte, ni de la *validité formelle* au regard des textes juridiques. Établir des critères juridiques pour déterminer la fiabilité technique encadrant le rôle du juge dans son pouvoir d'appréciation finira par étouffer ce dernier. Une marge de flexibilité laissant place à l'interprétation mérite d'être davantage accordée dans un tel contexte de développement

⁹⁰⁷ CIGREF, *Gouvernance juridique de l'Entreprise Numérique*, Paris, Cigref Réseau de Grandes Entreprises, octobre 2012., en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/Gouvernance-juridique-entreprise-numerique-CIGREF.pdf>> (consulté le 24 avril 2013), p. 18, par. 3 : « L'une des principales erreurs véhiculées depuis plus de dix ans dans le domaine de la dématérialisation consiste à attendre l'arrivée de la signature électronique sécurisée bénéficiant de la présomption de fiabilité ».

incessant des technologies de l'information et de la communication. Car l'interprétation juridique ne consisterait pas simplement à découvrir la pensée historique de l'auteur du texte, mais tiendrait également compte de l'évolution dynamique du droit en fonction du contexte. L'interprétation poursuivrait alors d'autres objectifs, tels que la prise en compte des conséquences de l'application de la loi, et laisserait une place importante à la subjectivité de l'interprète dans la découverte du sens de la loi en vue d'un équilibre entre une fiabilité technique raisonnable au regard d'une sécurité juridique voulue.

[744] **Enfin, la contrainte sociale** résulte de l'état de la réception et de l'utilisation d'une technologie utilisée à la place du papier. Sur ce, nous devons nous intéresser au niveau d'acceptation et d'utilisation d'une technologie particulière mise en examen, « commodité », car après tout le but de la loi est de répondre au souci/problème social au regard du contexte même d'une société donnée. Il nous semble que parfois il faudrait préférer l'approche contextuelle sur le fondement de réalité sociale dans un tel domaine où les enjeux pratiques semblent avoir leur « juste » solution par et pour le milieu social lui-même et non pas forcément des discussions « trop » théoriques qui dépassent parfois l'utilité pratique et de la réalité factuelle ; ce qui génère parfois inutilement des coûts en terme de temps et de dépenses. La prise en considération de la réalité sociale procurera une solution socialement acceptable dans la mesure où il s'agira d'une approche pragmatique et sensible aux effets de l'application de la norme⁹⁰⁸.

⁹⁰⁸ Telle est le cas de l'approche choisie par la Haute Cour de Singapour. Sur ce, voir la conclusion de Ter Kah LENG, «Have you signed your electronic contract?», (2011) 27 *Computer Law & Security Review*. p. 82.

[745] Cette formulation est servie pour l'interprétation des textes régissant le commerce électronique, mais peut être utilisée aussi pour l'interprétation de tous les textes qui ont vocation à s'appliquer au formalisme du contrat électronique, tant au niveau national, qu'au niveau international. Sur ce, nous nous référons au tableau récapitulatif faisant état de cette méthode contextuelle proposée dans l'Annexe IV TABLEAU N°4 : Méthode contextuelle proposée.

Section 2 – La rédaction future des textes régissant le formalisme du contrat électronique

[746] Avant de pouvoir tenter de formuler un conseil quant à l'élaboration future des textes régissant le formalisme du contrat électronique (**Paragraphe 2**), attardons-nous à l'analyse critique adressée aux dispositions des présents nouveaux textes relatifs aux notions d'écrit et de signature électroniques (**Paragraphe 1**).

Paragraphe 1 – L'analyse critique relative aux notions d'écrit et signature électroniques implantées par les nouveaux textes

[747] On a déjà vu, dans notre Titre 1 de la première Partie, les dispositions relatives aux notions d'écrit et de signature et nous avons présenté leurs différences parmi les législations nationales des États membres de l'ASEAN afin d'illustrer une situation problématique au regard de l'objectif de l'harmonisation du droit en ce domaine. Si la présence de nouveaux textes justifie toutes leurs raisons d'être, nous aimerions soutenir ici certaines critiques substantielles liées aux critères et méthodes choisis par les États membres pour définir l'écrit

et encadrer les signatures électroniques, afin de mettre en exergue des points à améliorer dans la réglementation en la matière.

[748] Pour ce faire, d'abord, en ce qui concerne l'écrit, attardons-nous aux différents critères adoptés par les États membres. Sur ce, intéressons-nous aux trois principales questions : premièrement, *l'accessibilité et la consultation ultérieure peuvent-elles être condensées en un seul critère de « consultation ultérieure » ?*

[749] L'expression « accessible pour être consultée ultérieurement » est normalement comprise comme deux conditions distinctes, d'une part l'« accessibilité » et d'autre part « être consultée ultérieurement »⁹⁰⁹, alors que le professeur Vincent Gautrais les voit comme un seul critère : « consultation ultérieure »⁹¹⁰. Et nous sommes d'accord avec ce point de vue dans la mesure où un raisonnement possible suivrait une logique selon laquelle le mot « consulter » est naturellement liée à l'accessibilité, car pour pouvoir consulter une information sous forme de message de données, il faut nécessairement qu'elle soit accessible. L'accessibilité est donc une condition nécessaire pour qu'une consultation soit possible. Qui peut le plus, peut le moins. D'où une possible condensation de l'expression « *accessible pour être consultée ultérieurement* » en une expression simplifiée « consultation ultérieure ».

[750] Dans le cadre des lois nationales des États membres de l'ASEAN, la consultation ultérieure constitue le dénominateur commun des critères de l'écrit et seul Singapour, le Vietnam et le Cambodge qui l'adoptent comme la condition unique à remplir par l'écrit

⁹⁰⁹ CNUDCI, préc., note 18, p. 38, par. 50.

⁹¹⁰ Voir notamment V. GAUTRAIS, préc., note 194, p. 21, par. 1.

électronique, alors que ce n'est pas le cas pour d'autres États membres, à savoir les Philippines, la Thaïlande et la Malaisie.

[751] Deuxièmement, *l'intelligibilité ajoute-t-elle une autre condition de plus à la consultation ultérieure pour l'écrit électronique ?*

[752] Parmi les lois nationales des États membres de l'ASEAN, seule la Malaisie a adopté le critère d'intelligibilité ajouté au dénominateur commun « la consultation ultérieure ». Comment cette notion d'intelligibilité peut-elle être interprétée ? Ajoute-t-elle une autre condition à la « consultation ultérieure ?

[753] Selon les professeurs Abu Bakar Munir et Siti Hajar Mohd Yasin le critère d'intelligibilité est redondant et non-nécessaire. En effet, le critère de l'accessibilité, en se basant sur le commentaire de la Loi type, a une signification englobant l'intelligibilité, selon laquelle l'information est accessible dès lors qu'elle peut être consultée, récupérée et lue et aussi être capable d'être interprétée⁹¹¹. Alors que selon un auteur belge, Hervé Jacquemin⁹¹², si les critères d'intelligibilité et d'accessibilité garantissent tous deux la fonction de lisibilité de l'information, leurs exigences cumulatives ne sont pas redondantes. En effet, d'une part « le caractère intelligible des signes désigne la possibilité de *comprendre* le langage qu'ils expriment » alors que d'autre part « l'accessibilité correspond plutôt à la possibilité de *prendre connaissance* desdits signes »⁹¹³. Selon lui, on peut très bien imaginer qu'une information sous formes des signes inscrits sur papier peut être accessible, c'est-à-dire on peut les voir et en

⁹¹¹ A.B. MUNIR et S.H.M. YASIN, préc., note 283, p. viii, par. 3 : “Accessible or readily accessible means that the information must be able to be accessed, retrieved and read and also be capable of being interpreted. It is our argument; therefore, that the term intelligible in the ECB is redundant and unnecessary.”

⁹¹² H. JACQUEMIN, préc., note 196, p. 363 et s.

⁹¹³ *Id.*, p. 363 et s.

prendre connaissance sans forcément les comprendre, donc inintelligible⁹¹⁴. En tous les cas, « l'accessibilité est une condition de l'intelligibilité »⁹¹⁵.

[754] Comme les professeurs Abu Bakar Munir et Siti Hajar Mohd Yasin l'ont mentionné, ce critère a été enlevé par les auteurs de la Loi type, et ce en raison de la subjectivité que représente ce critère⁹¹⁶. Quant à nous, en tout état de cause, si le critère d'intelligibilité ajoute une condition de plus à l'écrit par rapport à aux critères d'« accessibilité et de consultation ultérieure », elle n'augmente en rien le sens à apporter. En effet le terme « accessibilité d'une information » est déjà assez large pour englober le sens d'« intelligibilité », car l'information accessible implique la possibilité de saisir le contenu de l'information.

[755] Troisièmement, *le critère d'intégrité et le critère de consultation ultérieure se chevauchent-ils ou sont-ils distincts ?*

[756] On peut trouver ce critère d'intégrité dans la définition de l'écrit par la loi philippine et celle de la Thaïlande. La Loi philippine de 2000 tente de définir le sens général de l'intégrité dans sa Section 7 et d'énumérer quelques exemples de modes de preuve d'intégrité dans la Section 11. Cette définition n'est pas loin de la signification générale dans le dictionnaire juridique selon laquelle l'intégrité est « l'état d'une chose qui est intacte, à laquelle rien ne manque »⁹¹⁷; ni de celle qui est proposée sous la plume des professeurs de droit des technologies d'information, Daniel Poulin et Pierre Trudel, qui définissent l'intégrité comme l'« état d'une chose qui est demeurée intacte. Employé à l'égard d'un document, on dira qu'un

⁹¹⁴ *Id.*

⁹¹⁵ *Id.*, p. 364, par. 1

⁹¹⁶ CNUDCI, préc., note 18, p. 38, par. 50.

⁹¹⁷ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004., p. 314 : « Intégrité. 1. *État d'une chose qui est intacte, à laquelle rien ne manque.* Ex. L'intégrité du territoire canadien. »

document est intègre si l'information qu'il contient n'a pas été altérée »⁹¹⁸. Il s'ensuit qu'un document est intègre dès lors que l'information qu'il contient n'a pas été altérée, mais elle n'est pas inaltérable. L'altération reste possible. Un document papier n'est pas non plus inaltérable. L'exemple le plus pertinent est l'écrit au crayon à papier (mine) qui est reconnu comme écrit selon certaines définitions juridiques⁹¹⁹. La signification générale de l'intégrité est alors l'absence de l'altération et non l'inaltérabilité.

[757] Cela nous amène ensuite à la question : *l'intégrité de quoi ?* Force est de noter que la définition de l'intégrité pose moins de problème, c'est plutôt l'objet dont on doit garantir l'intégrité qui est à déterminer⁹²⁰. Si le critère de consultation ultérieure ne s'intéresse qu'au contenu informationnel, l'intégrité peut s'appliquer aussi au support ; ce qui est susceptible de générer une confusion inévitable quant à l'objet à garantir l'intégrité⁹²¹. Pourtant, le critère de

⁹¹⁸ D. POULIN et P. TRUDEL, préc., note 203.

⁹¹⁹ CNUDCI, préc., note 18, p. 38, par. 49.

⁹²⁰ Françoise BANAT-BERGER et Anne CANTEAUT, «Intégrité, signature et processus d'archivage» dans Stéphanie LACOUR (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 213-235, à la p. 213-235, « [C]'est bien le document numérique sous forme d'une suite de 0 et 1 qui caractérise cet écrit, puisqu'il s'agit de la seule représentation tangible dont on dispose. C'est donc de cette suite binaire, et d'elle seule, dont nous pouvons techniquement garantir l'intégrité et c'est également à elle qu'on applique la signature ».

⁹²¹ Tel est le cas du droit québécois. Le critère d'intégrité en droit québécois s'applique à la fois à l'*écrit sur support papier* qu'à l'*écrit sur support technologique* (Art. 5 par. 2 LCCJTI). Ce critère porte sur les deux composants du document, d'une part le *contenu informationnel* et d'autre part le *support* (Art. 6 LCCJTI). D'où la confusion inévitable quant à l'essence de l'intégrité. Car d'une part, ce n'est pas l'intégrité du support à quoi on doit s'intéresser *a priori* lorsque l'on parle de la preuve d'intégrité de l'écrit électronique, puisqu'elle est présumée et qu'il faut la prépondérance de la preuve pour renverser cette présomption (Art. 7 LCCJTI). D'autre part, lorsqu'on parle de l'intégrité d'un écrit, elle doit intéresser à la fois l'écrit tant sur le support papier que sur le support technologique, alors que l'intégrité dans le monde papier et l'intégrité dans le monde numérique s'accomplissent différemment. Si l'intégrité de l'écrit papier est assurée par le support papier, l'intégrité de l'écrit sur support technologique n'est pas assurée par le support lui-même. Dans l'environnement électronique la garantie d'intégrité est transférée au mécanisme technique (surtout à la signature numérique) qui immobilise, non pas physiquement, mais logiquement le contenu informationnel de l'écrit électronique (Voir notamment Etienne MONTERO et Didier GOBERT, «Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne» dans Etienne MONTERO et Didier GOBERT (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Bruylant éd., vol. n° 19, Bruxelles, Cahiers du CRID, 2001, p. 199-244, à la p. 206, par. 388). D'où la confusion. C'est pourquoi les juges se perdent dans la qualification de l'intégrité dans le numérique (Voir notamment la décision *Stefanovic c. ING Assurances*, 2007, préc., note 411, et le commentaire du professeur V. GAUTRAIS, préc., note 405).

l'intégrité dans le droit thaïlandais et le droit philippin se réfère plutôt au contenu informationnel, ce qui enlève cette possible confusion. En effet, en droit thaïlandais, l'intégrité s'exprime sous l'expression « *without its meaning being altered* » qui ne s'intéresse apparemment qu'à l'information. Tandis qu'en droit philippin, si l'article 7 concernant l'écrit utilise le concept « *electronic document* », ce dernier n'est composé que le contenu informationnel sans aucune référence au support⁹²² et il est interchangeable avec le concept « *electronic data message* »⁹²³.

[758] Pour répondre à la question de savoir si la consultation ultérieure et l'intégrité se chevauchent ou sont distincts, on se situe en effet au cœur de la controverse doctrinale. Certains auteurs pensent qu'il s'agit deux critères distincts qui se matérialisent différemment, alors que d'autres, qui sont partisans du critère de la consultation ultérieure, croient que le sens de l'intégrité de l'information existe dans la notion de la consultation ultérieure.

[759] D'une part, le professeur Vincent Gautrais pense que ces deux critères, « consultation ultérieure » et « intégrité », se matérialisent différemment. Reprenons son exemple pertinent :

« 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

⁹²² Section 5 (f) de la Loi philippine ECA 2000, préc., note 22 : « *Electronic document* - refers to information or the representation of information, data, figures, symbols or other modes of written expression, described or however represented, by which a right is established or an obligation extinguished, or by which a fact may be proved and affirmed, which is received, recorded, transmitted, stored, processed, retrieved or produced electronically. » Et « *electronic document* » est interchangeable avec « *electronic data message* »,

⁹²³ Section 6 (h) IRR: « *Electronic document* » refers to information or the representation of information, data, figures, symbols or other modes of written expression, described or however represented, by which a right is established or an obligation extinguished, or by which a fact may be proved and affirmed, which is received, recorded, transmitted, stored, processed, retrieved or produced electronically. Throughout these Rules, the term « *electronic document* » shall be equivalent to and be used interchangeably with « *electronic data message*. »

forcément, sauf ajout de cette fonctionnalité, de respecter à lui seul celui de la « consultation ultérieure ». »⁹²⁴

[760] Selon lui, les deux critères sont alors interprétés et compris de manière distincte. Et c'est dû entre autres à cette différence que le professeur Gautrais pense que la réconciliation entre le droit québécois, qui adopte le critère d'« intégrité », et la Convention 2005, qui reste fidèle à la « consultation ultérieure », est impossible⁹²⁵.

[761] D'autre part, M. John Gregory croit quant à lui que l'information est *accessible pour être consultée ultérieurement* veut dire que l'information soit accessible et que cette information doit être la même information et sans être altéré⁹²⁶. Il croit que le critère de la consultation ultérieure présume l'intégrité⁹²⁷, autrement dit il accepte le fait que le critère d'intégrité de l'information est compris dans le critère de consultation ultérieure.

[762] Le propos de Monsieur Hervé Jacquemin vient confirmer ce point de vue dans le cadre de son commentaire sur la disposition relative à l'écrit en droit belge. Selon lui, même si la fonction consistant à préserver l'intégrité de l'information n'est pas expressément incluse dans la définition fonctionnelle de l'écrit de l'article 16 paragraphe 2, 1^{er} tiret de la loi belge (LSSI 2003), dès lors que « l'information doit être accessible pour être consulté ultérieurement, cela

⁹²⁴ V. GAUTRAIS, préc., note 306, para. 24.

⁹²⁵ *Id.*, p. 18.

⁹²⁶ John GREGORY, «Ratifying the Electronic Communications Convention», 23 Avril 2009., en ligne : <<http://www.slaw.ca/2009/04/23/ratifying-the-electronic-communications-convention/>> (consulté le 10 avril 2013) : “I must say I am not persuaded by Professor Gautrais’s objection about ‘integrity’. In my view, saying that ‘the information’ must be accessible so as to be usable for subsequent reference means that all the information must be accessible, and it must be the same information, not altered information.”

⁹²⁷ Commentaire de John GREGORY du 19 Août 2008 dans V. GAUTRAIS, préc., note 149.

suppose nécessairement qu'avec une efficacité minimale, l'intégrité de l'information ait été préservée. »⁹²⁸

[763] Cette controverse nous invite naturellement à prendre une position. Il nous semble que la consultation ultérieure répond plus à la préoccupation de la satisfaction de l'exigence caractéristique de l'écrit dans l'environnement numérique : lisibilité et stabilité. L'intégrité quant à elle, répond effectivement à l'aspect de la sécurité documentaire quant à sa teneur, mais n'assure ni l'accessibilité et ni la lisibilité du message de données. L'essence minimale de l'écrit est alors négligée. Et la préoccupation principale liée au document électronique est la désuétude de la technologie utilisée à l'issue d'un certain temps, ce qui rend le document inaccessible. Cela est dû effectivement au fait que le document sous forme électronique n'est pas discernable à l'œil nu, sans l'intermédiaire de « hardware » et « software ».

[764] Il paraît d'ailleurs possible de prétendre que l'intégrité du contenu informationnel et la consultation ultérieure sont cumulables⁹²⁹ dans la mesure où la consultation ultérieure présuppose une possibilité de retrouver l'information témoin d'un acte ou d'un fait, et cette information doit être complète et la même que celle au moment de sa création, puisque c'est la raison d'être de l'exigence d'une consultation ultérieure. Le sens général de l'intégrité est « l'état d'une chose qui est intacte, à laquelle rien ne manque »⁹³⁰. L'intégrité oblige donc à l'écrit électronique de garder sa complétude et l'absence d'altération. Le cumul de ces deux critères, l'intégrité et la consultation ultérieure, permettrait alors d'assurer la complétude du contenu informationnel de l'écrit électronique et l'absence de l'altération pour une

⁹²⁸ H. JACQUEMIN, préc., note 196, p. 364 et 365.

⁹²⁹ M. DEMOULIN, préc., note 804, période de question, question posée par le professeur Vincent GAUTRAIS.

⁹³⁰ H. REID, préc., note 917, p. 314.

consultation subséquente au besoin. L'exemple d'une disposition qui a choisi ce cumul des deux critères peut être trouvé, à part la définition de l'écrit en droit thaïlandais, dans le droit canadien en matière de valeurs mobilières où l'article 4.2 prévoit que :

« 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 consignation 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. »⁹³¹

[765] Le cumul des critères devrait selon nous se limiter à ces deux critères, car l'on ne devrait pas aller trop loin comme en droit philippin qui émet un encadrement très strict pour l'écrit électronique en le conditionnant, pour pouvoir être équivalent à l'écrit papier, aux quatre conditions à savoir : la consultation ultérieure, l'intégrité, l'authentification et la fiabilité⁹³². Selon nous, le critère de l'intégrité et de la fiabilité est plus attaché à l'original que l'écrit, et tandis que l'authentification est davantage attachée à la signature⁹³³. L'exigence d'un écrit intègre, fiable et authentifié génère un certain coût pour sa réalisation qui pourrait être inapproprié au regard de l'efficacité minimum que peut procurer une technologie usuelle, tel que le courriel, et du besoin minimal d'une preuve écrite pour un acte de faible montant. En tout état de cause, cette multiplication de conditions rendrait difficile l'accomplissement de l'exigence de l'écrit par un document électronique, ce qui fait du droit un système imperméable aux nouvelles technologies.

⁹³¹ Québec, *Avis 11-201 relatif à la transmission de documents par voie électronique*, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilières/11-201/2002-08-09/2002aout09-11-201-avis-cons-fr.pdf>> (consulté le 28 mars 2013).

⁹³² Philippines, *Electronic Commerce Act*, préc., note 22, Section 7.

⁹³³ Voir ceux qui critiquent la définition de l'écrit en droit français ou qui sont plus favorables à la distinction de l'intégrité par rapport à l'authenticité : V. GAUTRAIS, préc., note 208, p. 3 et s. ; D. MOUGENOT, préc., note 165.

[766] En ce qui concerne les signatures électroniques, plusieurs constats ont été déduits de l'analyse des législations nationales. Le premier constat est lié aux différentes approches législatives parmi les États membres de l'ASEAN dans l'encadrement des signatures électroniques. S'il y a en général consensus quant à l'idée que les signatures électroniques devraient être reconnues en droit et que toutes les législations nationales des États membres de l'ASEAN partagent le même objectif de promouvoir le commerce électronique, il y a différentes manières de s'approcher de cet objectif. Comme ce qui est montré plus haut⁹³⁴, quand Singapour, la Thaïlande, le Vietnam et le Cambodge ont choisi l'approche semi-spécifique, les Philippines ont opté pour l'approche de neutralité technologique et la Malaisie avait suivi hâtivement l'approche spécifique avec sa loi *Digital Signature Act* de 1997 (sauf son ECA 2006).

[767] Ensuite, même pour les textes qui adoptent la même approche législative, tels que l'ETA 2010 de Singapour, l'ETA 2001 de la Thaïlande, la LET 2005 du Vietnam qui ont tous choisi l'approche semi-spécifique, les différences peuvent être révélées dans les dispositions substantielles concernant la nature et les conditions de fiabilité des signatures électroniques, le régime juridique des fournisseurs de services de certification, la reconnaissance des fournisseurs de services de certification étrangers, etc. Concernant la nature des signatures électroniques, alors que l'ETA 2001 de la Thaïlande et la LET 2005 du Vietnam se contentent de définir la signature électronique d'une manière large en énumérant des formes possibles que peut représenter la signature électronique tout en incluant le « son » comme une de ces

⁹³⁴ *Supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 2, **B.** (b) – *Les différentes méthodes de rédaction de la signature.*

formes, l'ETA 2010 de Singapour se limite à une définition générique quelque peu ambiguë de la signature au travers des termes « *method (electronic or otherwise)* », et le projet de loi 2009 du Cambodge se livre à une définition floue de la signature électronique avec l'expression « *data in electronic form* ». Notons également que les conditions de fiabilité des signatures électroniques adoptées par chacune de ces législations ne sont pas uniformes : si la LET 2005 du Vietnam, l'ECA 2006 de la Malaisie, l'ETA 2001 de la Thaïlande et le projet de Loi Cambodgienne imposent des conditions quasiment similaires (1. *Les données lient uniquement le signataire* ; 2. *Elles sont sous l'unique contrôle du signataire* ; 3. *L'altération ultérieure portée sur la signature électronique est détectable* ; 4. *L'altération ultérieure portée sur l'information est détectable*), la disposition de l'ETA 2010 de Singapour conditionne l'intégrité de la signature électronique non pas à une simple détectabilité de son altération, mais à la validité en soi de cette signature. Tandis que l'ECA 2000 des Philippines a créé une recette unique quant aux conditions de fiabilité de la signature électronique, dont nous ne sommes pas sûr de pouvoir bien comprendre la teneur, et que l'on ne peut trouver nulle part ailleurs. Quant au régime juridique des fournisseurs de services de certification, alors que l'ETA 2010 de Singapour, l'ETA 2001 de la Thaïlande et la LET 2005 du Vietnam adhèrent à l'« approche volontariste » en laissant la liberté aux usagers de choisir les fournisseurs de services de certification et ces derniers ne sont pas obligés d'avoir une autorisation préalable pour l'exercice de leur profession, la DSA 1997 de la Malaisie et le projet de loi Cambodgien ont opté pour l'« approche obligatoire » en imposant à ces fournisseurs une obligation de faire une demande d'autorisation ou de licence préalablement à leur exercice.

[768] En ce qui concerne enfin les conditions de la reconnaissance des fournisseurs de services de certification étrangers, elles sont plus ou moins strictes et élaborées dépendamment de la

législation « volontariste ou obligatoire », et elles varient d'un État à l'autre comme ce que l'on vient de voir.

[769] Remarquons pour conclure que ces textes sont assez compliqués pour que les juristes traditionnels ne les comprennent aisément. Il est à noter par ailleurs que la mise en application de ce genre de textes a fait l'objet d'un débat assez intense entre les spécialistes du domaine. Ce débat portait sur la complexité du système implantée par ces textes inspirés de la Loi type de la CNUDCI de 2001 et au coût de son implémentation. Il s'agit de la discussion entre la professeure Jane Winn de l'Université de Washington et maître Eric A. Caprioli de Nice, lors de la conférence portant sur « Le droit du commerce électronique est-il différent ? » qui s'est passée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal des 02 et 03 octobre 2008⁹³⁵. Cette discussion nous apporte beaucoup de nuance quant à l'opportunité et aux avantages pour les États membres d'adopter les dispositions relatives aux signatures électroniques prônées par la CNUDCI. En effet, la professeure Jane Winn a critiqué de plein fouet la Loi type de 2001 sur les signatures électroniques. Elle veut que cette loi type ne soit pas suivie, car elle est inadaptée à la situation des pays en voie de développement. Comme ce qui est rapporté sous la plume de John Gregory :

« Elle souhaite la disparition de la Loi type sur la signature électronique parce que sa mise en œuvre dans les pays en voie de développement (ceux qui n'ont pas les moyens de chercher de meilleurs conseils et qui font confiance à la CNUDCI) mène à des efforts de créer une infrastructure à clé

⁹³⁵ Jane WINN, *Laws and certification: a fiasco?*, Cinquième conférence : le droit du commerce électronique est-il différent ? (03 octobre 2008), Faculté de droit - Université de Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électronique., en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/wmv/3b_question.wmv> (consulté le 23 avril 2013).

publique (=PKI) qui est forcément inadaptée au développement du commerce électronique.»⁹³⁶

[770] La professeure Winn a terminé son propos avec une position ferme sur cette question :

« My position is that electronic signatures laws don't work; authentication is a huge problem; market approach hasn't worked yet, but it might work, and in the meantime developing countries should not be passing these laws»⁹³⁷

[771] Par contre, maître Eric Caprioli n'était pas du tout d'accord avec la professeure Winn en mentionnant comme suit :

« Je ne partage pas du tout la vision du professeur Winn par rapport à ce qui est dit sur l'Europe (...) La PKI n'est pas forcément bien comme on m'a présenté, mais aujourd'hui est une réalité en Europe qui prend la consistance et dans tout les pays européens (...) Il ne faut pas tuer la PKI, ce n'est pas un fiasco (...). Il ne faut pas tuer le bébé qui est entrain de commencer à marcher, ça deviendra un homme, et n'oubliez pas qu'en pratique c'est entrain de se répandre (*la PKI il voulait dire*) »⁹³⁸

[772] Il a en plus, en tant que praticien qui a bien étudié sur le terrain, invoqué que la PKI, ou l'infrastructure à clé publique, a très bien marché en Europe : en France, en Espagne, en Italie, en Belgique, etc., dans le domaine de la Banque, de l'assurance, etc. D'où la question de savoir s'il est avantageux pour les États membres de l'ASEAN d'adopter la Loi type de la CNUDCI de 2001 sur les signatures électroniques.

⁹³⁶ Voir le commentaire de John GREGORY sur le billet du 30 Octobre 2008 par Adriane PORCIN-RAUX, «Panel 3B - L'encadrement juridique de la sécurité en ligne», 3 octobre 2008., en ligne : <<http://www.gautrais.com/Panel-3B-L-encadrement-juridique#co>> (consulté le 10 avril 2013).

⁹³⁷ Voir et/ou écouter l'intervention de J. WINN, préc., note 935.

⁹³⁸ *Id.*, regarder la *Période de question*, en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/wmv/3b_question.wmv> (consulté le 23 avril 2013).

[773] Il est difficile de répondre à la question de manière tranchée sans nous nous rappeler que l'on pourrait être d'accord avec Me Eric Caprioli, dans le sens que la PKI est en cours de développement et marche bien en Europe, ce qui pourrait être aussi le cas en Asie, voire en ASEAN. D'ailleurs, à l'heure actuelle en Asie en général et en ASEAN en particulier, on est entrain de faire des efforts pour rechercher l'interopérabilité des technologies par la mise en place des mécanismes de collaboration et d'harmonisation dans l'utilisation de PKI : en Asie en général on a « Asia PKI Consortium »⁹³⁹, en ASEAN on aurait « e-ASEAN PKI Forum »⁹⁴⁰. Dans le rapport en 2003 de « Legal Infrastructure Working Group » (LIWG) de l'« Asia PKI Forum », le LIWG a affirmé que « les Lois types de la CNUDCI reconnaissent les signatures numériques comme l'élément indispensable d'une infrastructure à clé publique et constituaient un des objectifs clés « Asia PKI Forum » : élargir l'utilisation de PKI pour le commerce électronique en Asie »⁹⁴¹.

[774] Alors qu'il semble difficile de dire que ces efforts atteindraient leur objectif aussi tôt, vu que la mise en place de l'infrastructure de PKI est, comme ce qu'a relevé professeure Winn,

⁹³⁹ ASIA PKI Consortium, site web : <http://www.ebts2009.org/APKIC/intro/super_pages.php?ID=introl> (consulté le 10 avril 2013) ; Le « Asia PKI Consortium » est une organisation internationale à but non-lucratif établie le juin de 2001. Il se compose jusqu'à l'heure de dix états membres, dont la Thaïlande, le Vietnam et Singapour (trois états membre de l'ASEAN). Cette organisation a pour but de renforcer la sécurité et la fiabilité du commerce électronique et d'assurer l'interopérabilité des PKI parmi ses états membres en mettant en place le programme de travail collectif dans la région asiatique.

⁹⁴⁰ Pichet DURONGKAVEROJ, «Current Status and Future View of PKI in Asia», 2002., en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN012311.pdf>> (consulté le 21 novembre 2012), p. 31. A part cet article, nous n'avons pas encore pu trouver pour l'instant les informations relatives à ce forum dans le cadre d'ASEAN.

⁹⁴¹ LIWG, *Legal Issues on New Security Technologies and CA's Risk Management*, 2006., en ligne : <http://www.jipdec.or.jp/archives/PKI-J/shiryoku/APKI-F/LIWG_20060828revised_macao_add.pdf> (consulté le 21 novembre 2012), p. 2 : «The UNCITRAL laws recognize digital signatures as an indispensable element of PKI and push forward one of the key objectives of the Asia PKI Forum: to expand PKI use for e-commerce in Asia.».

une démarche très complexe et coûteuse pour les pays en voie de développement⁹⁴², et d'autant plus vrai pour les pays les moins avancés, comme le Cambodge, le Laos et le Myanmar, où le besoin du marché de l'infrastructure à clé publique est encore incertain voire lointain. D'ailleurs de manière générale, les législations encadrant les signatures électroniques sont vues par certains auteurs comme prématurées⁹⁴³.

[775] Nous croyons donc que c'est plutôt une question de temps lié aux développements économiques nationaux et de besoin réel de chacun des États membres de cette infrastructure, qu'un fiasco de l'infrastructure à clé publique en tant que telle. Cependant, l'encadrement en ce domaine doit rester dans la généralité sans pour autant entrer dans le détail de la technique comme qu'ont fait les lois sur les signatures numériques, dont, notamment, la DSA 1997 de la Malaisie et l'ETA 2001 de la Thaïlande largement inspiré de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électronique de 2001.

Paragraphe 2 – L'élaboration future des textes régissant le formalisme du contrat électronique

[776] Face à des critiques quant à la mise en place des critères trop stricts pour les écrits électroniques et des dispositions trop spécifiques pour les signatures électroniques, il nous appartient de trouver une solution méthodologique rédactionnelle qui remplirait à la fois le

⁹⁴² En 2010, le professeur Chris REED a aussi avancé la même opinion sur les signatures électroniques avancées dans le cadre de l'Union Européenne, voir Chris REED, «How to Make Bad Law: Lessons from Cyberspace», (2010) 73 *The Modern Law Review.*, p. 924 : “Even in the case of e-signatures, which might well be used to validate some economically significant transaction, economic considerations influence the decision whether to enter into the transaction at all rather than the decision as to which form of signature (if any) should be used. We have seen that the main economic calculation made about e-signatures seems to be that the most strongly legally-validated form of advanced e-signature is too expensive.”

⁹⁴³ Jean-François BLANCHETTE, «The Digital Signature Dilemma», (2006) 61(7-8) *Annals of Telecommunications* 903., p. 918. : “While legislation can provide a rich framework to support this engagement, efforts to dictate its precise rules are still premature at best.”

souci de la sécurité juridique et l'efficacité de l'encadrement juridique. Dans les lignes qui suivent, nous tenterons, en prenant en compte ces critiques, de résoudre le dilemme dans la réglementation des deux concepts clés du commerce électronique ; dont l'une s'adhère à l'idée d'une réglementation précisée/stricte qui rendrait l'application difficile voire impossible, et l'autre à l'idée d'une réglementation générique qui conduirait à l'absence de réglementation. C'est entre ces deux extrêmes que nous devrions nous trouver.

[777] Une solution générale méritant d'être rappelée serait de rester dans la généralité tout en cherchant un équilibre entre la sécurité juridique et la sécurité technique. La simplicité et la généralité de la loi ne sont pas des idées nouvelles. Elle datait du début du 19^{ème} siècle sous la plume de Portalis lors de la rédaction du Code civil français :

« L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître dans chaque matière. (...) Ce serait une erreur de penser que qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen »⁹⁴⁴.

[778] Dans cette optique, il ne faut pas perdre de vue que la complexité du texte de la loi est la difficulté inhérente de la loi en général. Il faudrait alors distinguer entre le langage technique et langage compliqué. Naturellement, la simplicité de la loi est due à sa généralité dans ses effets. Son application à tous exige une compréhension accessible et générale, car toute communication doit être bien adaptée et livrée à son destinataire. Mais la loi a une difficulté inhérente, non pas forcément originaire du langage mais plutôt des situations complexes, des réalités nouvelles qu'elle doit régir ainsi que l'appareil conceptuel qui se révèle parfois

⁹⁴⁴ Passage repris par V. GAUTRAIS, préc., note 797, p. 193.

inadapté à ces nouveaux faits. D'ailleurs, l'obsolescence rapide des lois spécifiques justifie davantage le besoin de simplicité et généralité de la loi.

[779] Notons également que si le langage technique est différent du langage compliqué, il faudrait quand même éviter l'abus du langage technique, et de toute manière le langage du droit est une nécessité pratique, mais « on utilise le langage technique chaque fois que c'est nécessaire, et le langage commun chaque fois que c'est possible »⁹⁴⁵.

[780] Par ailleurs on devrait également relativiser le principe « Nul n'est censé ignorer la loi », car il n'est qu'une fiction pour éviter l'excuse trop facile de l'ignorance. En réalité, ce ne sont pas tous les citoyens qui lisent la loi, ce n'est pas en raison du langage technique ni des complications de style, mais « parce que le droit est une spécialité, par nature peu accessible au profane »⁹⁴⁶. Il est encore plus vrai pour les textes régissant les nouvelles technologies de l'information. Pour ne pas être trop cantonné dans l'exemple en droit des technologies de l'information, peut-on peut-être mentionner comme domaines où la technicité est moins accessible aux juristes en droit civil général, tel que le droit bancaire, le droit comptable, le droit fiscal, etc. En tout cas, rassurons-nous que le législateur n'est pas tenu à l'intelligibilité immédiate pour le citoyen, mais une intelligibilité optimale pour les juristes.

⁹⁴⁵ J. LAGACÉ, préc., note p. 425. Idée inspirée de Gérard CORNU, *Le linguistique juridique*, coll. « Domat Droit Prive », Paris, Montchrestien, 2005., p. 18 et 19 : « 1° Toutes les fois qu'un terme technique est seul capable de rendre avec précision l'idée du législateur, il doit prévaloir. Le défaut d'équivalence se résout en sa faveur. Ce choix s'impose au premier chef dans les matières qui exigent un haut degré de précision : théorie des obligations, droit du crédit, droit cambiaire, procédure, etc. Il garde sa valeur en toute matière. Dans le divorce, il est ridicule d'avoir chassé les termes demandeur, défendeur, demande reconventionnelle pour les remplacer par de maladroitesses périphrases. La démagogie est mauvaise conseillère. Les définitions légales sont là, quand il le faut, pour livrer le sens technique. 2° Chaque fois au contraire que la pensée du législateur peut être rendue de façon équivalente par une formulation technique ou par une expression courante, celle-ci doit prévaloir. L'équivalence se résout en sa faveur. Elle est en général plus simple et plus claire. C'est un cas très fréquent et c'est la tradition française, au moins dans l'écriture du Code civil. Elle est, en ceci, exemplaire. »

⁹⁴⁶ J. LAGACÉ, préc., note 945, p. 425.

[781] Face aux deux extrêmes « Trop de précision *versus* Généralité extrême », nous devrions nous trouver entre ces deux positions afin de militer pour un compromis. C'est une voie médiane qui nous permettra d'éviter d'une part l'excès de précision technique rendant l'obscurité et la complication des textes voire l'abus du langage technique qui redonnerait au texte un caractère inintelligible; et d'autre part la généralité extrême du texte qui l'amènerait au flou juridique total.

[782] Le législateur devrait, pour ce domaine aussi mouvant, abandonner la recherche de la *fiabilité absolue* d'une technologie (utopie inexistante) en vue de satisfaire à la sécurité juridique voulue. Il faudrait privilégier une *fiabilité technique raisonnable*, pour une véracité de l'acte (validité effective) plutôt que la validité formelle.

[783] La véracité factuelle d'une technologie assurée par une sécurité limitée de l'état de la technique est toujours en quête d'équilibre avec la sécurité juridique. Cette véracité doit alors dépendre de la conviction du juge qui se sert des notions définies au regard/à la lumière des faits et des preuves, et non de la fiabilité absolue d'une technologie utilisée pour concrétiser un acte, ni la validité formelle au regard des textes juridiques. Tel que l'on a vu dans une décision exemplaire de la Cour supérieure du Québec relative au testament olographe en droit québécois⁹⁴⁷ où nous pouvons tirer comme leçon que : *l'exigence d'un écrit à la main n'est pas une condition essentielle d'un testament olographe; ce qui compte c'est que le testateur lui-même qui le fait sans équivoque, et ce quel que soit le moyen technique qu'il utilise. On*

⁹⁴⁷ *Gendreau c. Laferrrière*, préc., note 888, voir une brève analyse de cette décision *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 1, **B**. *A la contextualisation des fonctions essentielles du formalisme du contrat électronique*.

prévaut la volonté réelle et effective sur l'exigence purement formaliste, même à titre de protection.

[784] Pour dire que même si le choix législatif est nettement formulé, rien n'empêche qu'avec le temps l'on peut le contredire dès lors qu'un contexte interprétatif plus convaincant le justifie. D'où la recherche d'une façon d'encadrer l'écrit et la signature qui permettrait d'embrasser de nombreuses formes d'écrits électroniques qui sont disponibles dans l'état de la technique et « utilement » utilisées par les usagers.

[785] Nous croyons que l'on devrait faire un compromis entre une formulation d'un texte spécifique et celle générique ; l'on doit donc rester dans la généralité de la formulation utilisée en prenant la « neutralité technologique » comme point de départ et l'équivalence fonctionnelle comme méthode à suivre. Ainsi, les enjeux juridiques de la sécurité informatique doivent être résolus par l'art du compromis et non la recherche d'une sécurité absolue. Ici, la neutralité technologique trouve sa raison d'être dans la mesure où elle est comprise dans le sens d'un point de départ que prône le professeur Koops qui avance que :

« The starting point that regulation should be technology-neutral can be seen as reflecting this trade-off. Legislation should abstract away from concrete technologies to the extent that it is sufficiently sustainable and at the same provides sufficient legal certainty. »⁹⁴⁸

[786] Alors dans ce sens, l'approche technologiquement neutre procure à la fois la certitude juridique et la distance par rapport aux technologies spécifiques. Il s'agira alors de formuler

⁹⁴⁸ B.-J. KOOPS, préc., note 484, p. 27.

des textes qui se trouvent dans le juste milieu entre l'abstrait et le concret tout en laissant place à l'interprétation basée sur les tris-contextes que nous venons de développer⁹⁴⁹.

[787] En ce qui concerne l'écrit dans le cadre de l'ASEAN, la multiplication de conditions d'écrit dans certaines lois nationales, tel qu'en droit philippin et thaïlandais, se font en oubliant quelque peu les imperfections liées au support papier et se laissant aller aux angoisses de la dématérialisation, alors qu'il faut se rappeler que « l'impossibilité de garantir une sécurité absolue contre les fraudes et les erreurs de transmission n'est pas propre à l'univers du commerce électronique mais se rencontre également dans le monde des documents-papier »⁹⁵⁰. Cette manière de faire ralentirait, contrairement à l'objectif législatif poursuivi, le commerce électronique. C'est ce qui se passe à l'heure actuelle en droit français où peu d'écrits électroniques dans la vie courante peuvent remplir les conditions de l'écrit exigé par la loi⁹⁵¹ et où cette complexité du système est un facteur dissuasif du recours à l'écrit électronique⁹⁵² ; ce qui produit inévitablement un effet contreproductif vis-à-vis du commerce électronique⁹⁵³.

⁹⁴⁹ *Supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, Paragraphe 2 – *La formulation d'une méthode d'interprétation*

⁹⁵⁰ E.A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, préc., note 199, p. 384, par. 1.

⁹⁵¹ Rhislène SERAÏCHE, « L'E-mail n'échappe pas aux exigences du code civil pour bénéficier de la présomption de fiabilité reconnue aux écrits électroniques », (2011) *Les Petites Affiches*. : « Or compte tenu de la complexité des procédés d'identification, qui nécessitent une certification des logiciels de création d'écrit et l'accréditation d'organismes de contrôle, peu d'écrits électroniques, au moins en proportion, bénéficient aujourd'hui de la présomption de fiabilité édictée par l'article 1316-4 du Code civil. »

⁹⁵² L. GRYNBAUM, préc., note 673, p. 34 : « Ce rappel des exigences légales introduites naguère dans notre droit par la loi du 13 mars 2000, afin de reconnaître à l'écrit électronique la même valeur que le papier, permet de comprendre que très peu d'écrits électroniques utilisés quotidiennement peuvent correspondre à ces définitions. Ces textes sont rarement visés car les professionnels du commerce électronique n'ont pas souhaité avoir recours à des prestations de tiers certificateurs pour offrir à leur client la possibilité de conclure complètement en ligne leurs contrats au moyen d'écrits électroniques conformes aux exigences légales. »

⁹⁵³ A. PENNEAU, préc., note 510, p. 265, par. 5 et 6 : « En réalité, l'enseignement le plus clair livré par l'état de la jurisprudence est que la rareté des décisions confirme l'idée que le développement du commerce électronique se réalise, pour l'instant, en dehors de la mise en œuvre des contraintes comportées par la réforme issue de la Loi du 13 mars 2000. (...) la complexité du système découlant de la transposition de la Directive 1999/93 semble, en France, mais aussi dans l'Union européenne, être un facteur dissuasif du recours à l'écrit électronique. Face à ce qui paraît être un effet contreproductif de la réforme du droit de la preuve des actes sous seing privé, la doctrine a

[788] Les critères de l'écrit devraient alors résulter d'un compromis⁹⁵⁴ entre le besoin de sécurité juridique et la faisabilité technique. Autrement dit, si définir l'écrit est en vue de satisfaire à la sécurité juridique pour faire face aux diverses formes d'écrit électronique, il faudrait que ces critères à définir puissent procurer une fiabilité raisonnable par rapport à la faisabilité technique, à la commodité et à la sécurité juridique voulue. En l'occurrence, si la consultation ultérieure pourrait satisfaire à la condition d'accessibilité de l'information, elle n'assure pas nécessairement la complétude ou l'intégrité de l'information, malgré que certains auteurs prétendent le contraire⁹⁵⁵. D'où la meilleure solution serait de marier ces deux conditions, « consultation ultérieure » et « intégrité de l'information », pour évaluer l'existence et la validité d'un écrit dans le contexte numérique pour mieux répondre au souci de la sécurité juridique correspondant à la fiabilité raisonnable des technologies.

[789] En ce qui concerne les signatures électroniques, les États membres de l'ASEAN auraient dû rester dans la généralité de sa réglementation sans pour autant hâtivement s'investir dans la réglementation des signatures numériques (digital signatures). En effet, plusieurs raisons justifient le rejet d'une telle réglementation pour encadrer une technologie particulière. Sur ce, prenons l'expertise du professeur Chris Reed, qui a clairement avancé que les lois trop précises sont des « bad laws » :

« The adoption of a precision lawmaking technique often results, in cyberspace at least, in law-systems which fail to achieve the lawmaker's normative aims and are thus bad law. »⁹⁵⁶

même proposé, pour libéraliser le système et produire le succès général de l'écrit électronique, que la jurisprudence s'évade des conditions légales. »

⁹⁵⁴ Isabelle RENARD, «Enjeux juridiques de la sécurité informatique : l'art du compromis», (2007) *Droit et Informatique.*, en ligne : <<http://www.afai.fr/public/doc/338.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

⁹⁵⁵ H. JACQUEMIN, préc., note 196, p. 364 et 365 ; J. GREGORY, préc., note 926.

⁹⁵⁶ C. REED, préc., note 942, p. 905, par. 3.

« There is a clear trend for law and regulation, particularly in cyberspace, to become increasingly precisely specified. The perceived benefit of this approach, increased certainty as to compliance, may be illusory. Over-complex laws have serious disadvantages, particularly a greatly weakened normative effect, and problems of contradiction and too-frequent amendment. The combined effect of these disadvantages can be to produce a ‘bad’ law system, assessed in terms of Fuller's internal morality of law. »⁹⁵⁷

[790] Pour soutenir son propos, il a pris entre autres, l'exemple de la Directive 1999/93/EC de l'Union Européenne sur les signatures électroniques qui est démontrée comme « une sorte de certitude incertaine » quant à la réglementation particulière de la signature numérique, soit « signatures électroniques avancées » ou « digital signatures ». Sur ce, on peut lire ses propos comme suit :

« To decide if a particular e-signature technology can be accepted as producing the equivalent to a hand-written signature, the relying party needs first to consult a legal specialist to identify which parts of the 30 item checklist are important and what they mean in the context of the particular transaction. Then a technical expert needs to be consulted to produce an opinion on whether those requirements of the checklist have been met. Finally the legal expert needs to review the technical expert's opinion, to produce a further opinion as to whether a court would be convinced by the technical expert's argument. If this is certainty it is a very uncertain type of certainty, and it is not surprising that the law has failed to achieve its aim of encouraging the pan-European use of digital signatures. » (Nos soulignements)

[791] Et d'ailleurs son inquiétude quant aux dépenses pour la mise en œuvre de la Directive⁹⁵⁸ confirme ce que croyait la professeure Jane Winn qui disait que la mise en place des systèmes

⁹⁵⁷ *Id.*

⁹⁵⁸ *Id.*, p. 924, p. 1. : “Even in the case of e-signatures, which might well be used to validate some economically significant transaction, economic considerations influence the decision whether to enter into the transaction at all rather than the decision as to which form of signature (if any) should be used. We have seen that the main economic calculation made about e-signatures seems to be that the most strongly legally-validated form of advanced e-signature is too expensive.”

techniques pour se conformer aux dispositions juridiques relatives aux signatures numériques coûterait très cher⁹⁵⁹. L'étude menée par Jos Dumortier, Stefan Kelm, Hans Nilsson, Georgia Skouma et Patrick Van Eecke en 2003 le démontre pareillement⁹⁶⁰. S'il est vrai pour les pays européens, il nous semblerait l'être aussi pour les États membres de l'ASEAN.

[792] La solution qui répondrait à cette problématique serait alors de laisser à la technique scientifique de poursuivre sa recherche au lieu de les anticiper⁹⁶¹. Lorsque la complexité de la technique est sérieusement en jeu et que la turbulence des technologies nouvelles est récurrente, le relais de normativité mérite d'être une sortie, car une loi, pour reprendre le conseil de Portalis, doit rester dans la généralité. Il faudrait laisser les relais pour le détail des normes aux institutions plus habiles qui se dotent de connaissance pratique et appliquée. Dans le cas des signatures électroniques, la délégation législative pourrait donc être la meilleure solution qui sous-tend les mesures réglementaires plutôt techniques sujettes au changement fréquent.

⁹⁵⁹ Voir et écouter l'intervention J. WINN, préc., note 935.

⁹⁶⁰ Jos DUMORTIER, Stefan KELM, Hans NILSSON, Georgia SKOUMA et Patrick Van EECKE, *The legal and market aspects of electronic signatures*, coll. «Study for The European Commission - DG Information Society», Interdisciplinary Center for Law & Information Technology, 2003., en ligne : <<http://www.law.kuleuven.be/icri/itl/elsig.php>> (consulté le 24 avril 2013), p. 5: "As to the conformity assessment of secure signature-creation devices many countries seem quite reluctant to designate their own designated bodies for SSCD assessment. This may be due to the very high SSCD security requirements and the lack of active vendors in most countries. Another reason is the very large resources needed for operating an assessment body. The process of assessing a product is usually extremely expensive as well as time-consuming."

⁹⁶¹ G. Pirlo D. IMPEDOVO et R. PLAMONDON, *Handwritten Signature Verification: New Advancements and Open Issues*, International Conference on Frontiers in Handwriting Recognition (2012), IEEE Conference Publishing Services., en ligne : <<http://www.icfhr2012.uniba.it/paper059.pdf>> (consulté le 24 avril 2013).

Conclusion du Chapitre 2

[793] Pour conclure, l'équivalence fonctionnelle est importante et utile dans l'interprétation pour le passage du papier à l'électronique, mais il demeure qu'il existe certaines difficultés dans l'identification des fonctions d'un formalisme, surtout l'écrit. Parfois, on n'a pas le choix que de contextualiser l'interprétation afin de mieux cerner les fonctions essentielles d'un formalisme pour une circonstance donnée. Car le contexte interprétatif, composé de trois facteurs *juridique*, *technique* et *sociale*, permet en pratique de trier les fonctions essentielles et pertinentes d'un formalisme pour un cas particulier. Ces trois formes de contraintes s'appliquent en synergie sans que l'une prime sur l'autre. Une telle synthèse se révèle parfois difficile, mais rassurons-nous que cette difficulté est inhérente au processus de l'interprétation. Cette contextualisation dans l'interprétation est ultimement d'atteindre l'objectif d'équilibre entre la sécurité juridique et la fiabilité technique. Or la recherche de cet équilibre aurait recours *a priori* à l'art de compromis dans la réglementation qui quant à elle devrait assurer la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle tout en restant dans la généralité permettant d'embrasser plus de formes d'écrits et signatures électroniques « raisonnablement » fiables.

CONCLUSION DU TITRE 2

[794] Conscient de la faille que pourrait présenter l'approche de l'équivalence fonctionnelle, nous proposons une approche plutôt contextuelle en suivant la théorie de la création soumise à des contraintes. Cette approche contextuelle, aussi large soit-elle, est soumise aux trois formes de contraintes que nous avons pu identifier : *juridique, technique et sociale*. Ces dernières s'appliquent en synergie et forment un contexte interprétatif qui encadre l'interprétation d'une exigence de forme, l'écrit et/ou la signature, quant à sa réalisation dans le contexte numérique. Ce contexte interprétatif permettrait aux juges nationaux de mieux saisir le sens de la norme et sélectionner les fonctions essentielles de cette exigence afin de lui donner la « meilleure » interprétation possible pour un cas ou une circonstance particulière. Sans prétention d'être exhaustif, ce contexte interprétatif n'est qu'un essai d'identification des éléments pertinents qui ont un certain poids caractéristique dans la détermination du sens des textes régissant le formalisme du contrat électronique pour leur économie de lecture dans le cadre l'harmonisation de l'ASEAN en droit du commerce électronique. Si une synthèse des trois formes de contrainte se révèle parfois difficile, cette difficulté est inhérente au processus de l'interprétation.

[795] La contextualisation dans l'interprétation a pour objet ultimement d'atteindre l'objectif d'équilibre entre la sécurité juridique et la fiabilité technique. Or la recherche de cet équilibre aurait recours *a priori* à l'art du compromis dans la réglementation qui quant à elle devrait assurer la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle tout en restant dans la généralité permettant d'embrasser plus de formes d'écrits et signatures électroniques « raisonnablement » fiables et commodes.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

[796] La quête d'une méthode d'interprétation que nous avons menée se consacre d'abord aux réflexions théoriques et pratiques d'interprétation qui sont applicables et appliquées au formalisme du contrat électronique. Ces réflexions enrichissantes nous ont permis d'identifier d'abord « la théorie de la création soumise à des contraintes » comme la théorie interprétative la plus pertinente pour le cadre de notre recherche, et ensuite des principes législatifs d'interprétation comme une forme de contrainte interprétative ayant un poids important dans la détermination de l'existence et de la validité d'une forme requise, l'écrit et/ou la signature, faisant face aux nouvelles technologies de l'information.

[797] A ces principes législatifs d'interprétation s'ajoutent deux autres formes de contraintes qui peuvent fort probablement exercer une influence non négligeable dans le processus d'interprétation et de sélection du sens ; il s'agit des contraintes techniques et sociales. Ces trois formes de contraintes au total constituent pour nous un contexte interprétatif qui permettra aux juges nationaux dans l'ASEAN de mieux saisir le sens des textes régissant le formalisme du contrat électronique et de leur donner la meilleure interprétation possible afin de mieux servir l'objectif de l'harmonisation du droit du commerce électronique dans l'ASEAN.

[798] Si l'élaboration d'une telle méthode d'interprétation basée sur les trois formes de contraintes est un essai d'identification des éléments pertinents pour « une bonne interprétation » en faveur de l'objectif poursuivi pour l'harmonisation du droit, elle ne permettrait pas de contredire l'intention législative clairement choisie par des dispositions trop

précises qui auraient limité la marge d'interprétation juridique. Pour demeurer fidèle à la vertu de la sécurité juridique (surtout à ses attributs : « stabilité » et « prévisibilité » juridiques), une réglementation en droit du commerce électronique de manière générale devrait alors rester dans la généralité pour laisser place à l'interprétation tout en demeurant la plus neutre possible.

CONCLUSION GÉNÉRALE

[799] Notre recherche a commencé par l'analyse textuelle des lois nationales en commerce électronique mises en place selon le guide politique régional de l'ASEAN pour l'harmonisation du droit en la matière dès l'Accord-cadre de 1999.

[800] Le premier constat est la non-uniformité de ces législations résultant de la difficulté de définir les critères « objectifs » de l'écrit et de la signature pour les écrits et signatures électroniques afin de surmonter les obstacles juridiques générés par les nouvelles technologies de l'information. La difficulté d'interprétation et d'application de ces nouveaux textes est également révélée par l'analyse jurisprudentielle des décisions judiciaires rendues dans l'ASEAN, mais aussi celles des juridictions étrangères, telles que le Canada et les États-Unis. Cette analyse faisait état des erreurs interprétatives voire des omissions de mention de ces textes alors qu'ils étaient supposés d'être appliqués ou du moins applicables.

[801] Tout cela mettrait en avant une problématique cruciale quant à la rupture entre la loi et la jurisprudence. Pour remédier à cette faille si importante et touchant la vertu cardinale du droit qu'est la sécurité juridique, nous avons choisi de mener une quête d'un moyen technique juridique qui permettrait, à notre sens, de mieux répondre à ce problème de rupture. En effet, nous trouvons qu'une méthode interprétative peut être servie comme un moyen de rapprochement entre la loi et la jurisprudence dans la mesure où concevoir une méthode d'interprétation peut être perçu comme un moyen contribuant à maintenir la sécurité juridique, car elle permettrait aux juges d'assurer le respect de certains principes d'interprétation et d'éviter le plus possible le conflit d'interprétation.

[802] Nous avons identifié la méthode contextuelle comme la méthode la plus pertinente au regard des caractéristiques spécifiques de notre domaine d'étude qu'est le droit du contrat électronique. Cette approche contextuelle, aussi large soit-elle, est soumise aux trois formes de contraintes que nous avons pu identifier : *juridique, technique et sociale*. Ces dernières s'appliquent en synergie et forment un contexte interprétatif qui encadre l'interprétation d'une exigence de forme, l'écrit et/ou la signature, quant à sa réalisation dans le contexte numérique. Ce contexte interprétatif permettrait aux juges nationaux de mieux saisir le sens de la norme et sélectionner les fonctions essentielles de cette exigence afin de lui donner la « meilleure » interprétation possible pour un cas ou une circonstance particulière.

[803] Sans prétention d'être exhaustif, ce contexte interprétatif n'est qu'un essai d'identification des éléments pertinents qui ont un certain poids caractéristique dans la détermination du sens des textes régissant le formalisme du contrat électronique pour leur économie de lecture dans le cadre de l'harmonisation du droit du commerce électronique de l'ASEAN. Si une synthèse des trois formes de contrainte se révèle parfois difficile, cette difficulté est inhérente au processus de l'interprétation.

[804] Si notre démonstration est aboutie, elle ne constitue pas forcément le dernier mot, elle n'est peut-être qu'un commencement d'une appréhension de comment saisir l'insaisissable tel que l'immatériel, t⁹⁶²

⁹⁶² M. SERRES, préc., note 57, cité par V. GAUTRAIS, préc., note 57, acétate n°16, et par Vincent GAUTRAIS et Pierre TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Éditions Thémis, 2010., p. 9, repris par Éloïse GRATTON, *Redefining Personal Information in the Contexte of the Internet*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des Études supérieures, Université de Montréal, 2013 (à paraître).

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PARTIE 1 – La situation problématique de la définition et de l’interprétation des critères de l’écrit et de la signature électroniques.....	19
TITRE 1 – La difficulté définitionnelle des critères « objectifs » de l’écrit et de la signature pour les écrits et signatures électroniques	20
CHAPITRE 1 – La dépendance des notions d’écrit et de signature au support physique.....	22
CHAPITRE 2 – La mise en œuvre différenciée des principes d’équivalence fonctionnelle et de neutralité technologique pour la redéfinition de l’écrit et de la signature	57
TITRE 2 – L’interprétation délicate des critères de l’écrit et de la signature conçus par les nouvelles lois	130
CHAPITRE 1 – L’analyse jurisprudentielle illustrant la difficulté d’interprétation des nouvelles lois	132
CHAPITRE 2 – L’apport de l’analyse interprétative des critères de l’écrit et de la signature.....	170
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	201
PARTIE 2 – La quête d’une méthode d’interprétation du formalisme du contrat électronique	203
TITRE 1 – Les analyses théoriques et pratiques de l’interprétation du formalisme du contrat électronique	204
CHAPITRE 1 – Les exposés des théories et principes d’interprétation applicables au formalisme du contrat électronique.....	205
CHAPITRE 2 – Les méthodes d’interprétation des lois appliquées au formalisme du contrat électronique : <i>l’enseignement jurisprudentiel</i>	256
TITRE 2 – L’élaboration d’une méthode d’interprétation du formalisme du contrat électronique ...	292
CHAPITRE 1 – Une sélection des valeurs ou facteurs dans l’interprétation du formalisme du contrat électronique.....	296
CHAPITRE 2 – Un essai d’élaboration d’une méthode interprétative et un conseil de rédaction des textes futurs	324
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	372
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	374

ANNEXES

Annexe I Tableau 1 : Champ d'application des textes nationaux

TABLEAU N° 1

Tableau comparatif du champ d'application des textes régissant le formalisme du contrat électronique

Pays	Champ d'application	Sommaire et commentaire
Cambodge	<p><u>Electronic Commerce Law (Draft) 2009</u></p> <p>Article 2: <i>Sphere of Application</i></p> <p>(1) Parts 2 through 5 of this Law shall apply to all civil and commercial acts, documents and transactions, governed under the Civil Code or the Law on Commercial Enterprises, except those acts, documents and transactions exempted under subsection (2); by Prime Ministerial sub-decree issued under Article 6(1) of this Law, or expressly exempted in Government legislation.</p> <p>(2) Parts 2 through 5 of this Law do not apply to the following legal acts, documents and transactions:</p> <p>(a) The creation, performance or enforcement of a power of attorney:</p> <p>(b) The creation or execution of a will, codicil or other</p>	<p><u>Inclusion:</u></p> <p style="padding-left: 20px;">- Actes civils et commerciaux</p> <p><u>Exclusion :</u></p> <p>(a) La création, l'interprétation ou l'exécution d'une procuration:</p> <p>(b) La création ou l'exécution d'un testament, un codicille ou d'autres questions relatives à la succession;</p> <p>(c) Tout contrat de vente, cession, transfert ou toute autre aliénation des biens immobiliers, ou tout intérêt dans ces biens;</p>

	<p>matters relating to inheritance;</p> <p>(c) Any contract for the sale, conveyance, transfer or other disposition of immovable property, or any interest in such property;</p> <p>(d) Negotiable instruments, as defined in the Law on Negotiable Instruments and Payment Transactions; and</p> <p>(e) Those activities or entities regulated under the Law on Banking and Financial Institutions and the Law on Non-Government Securities.</p> <p>(3) Nothing in Parts 2 through 5 of this Law affects the application of any rule of law that may require the parties to disclose their identities, places of business or other information, or relieves a party from the legal consequences of making inaccurate or false statements in that regard.</p> <p>(4) Parts 2 through 4 of this Law shall apply to acts and transactions carried out by or with the Government in accordance with Part 5.</p>	<p>(d) les instruments négociables, tels que définis dans la « Loi sur Instruments Négociable et Transactions de paiement », et</p> <p>(e) Les activités ou entités réglementées en vertu de la Loi sur les institutions bancaires et financières et la Loi sur les titres non-gouvernementaux.</p>
<p>Malaisie</p>	<p><u>Electronic Commerce Act 2006</u></p> <p>Application</p> <p>2. (1) Subject to section 3, this Act shall apply to any commercial transaction conducted through electronic means including commercial transactions by the Federal and State Governments.</p> <p>(2) This Act shall not apply to the transactions or documents specified in the Schedule (*).</p> <p>(3) The Minister may by order amend, vary, delete from or add to the Schedule.</p> <p>(*)SCHEDULE (Section 2) This Act shall not apply to the following transactions or documents:</p>	<p><u>Inclusion :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Transactions commerciales <p><u>Exclusion:</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Power of attorney 2. The creation of wills and codicils 3. The creation of trusts 4. Negotiable instruments

	<p>1. Power of attorney 2. The creation of wills and codicils 3. The creation of trusts 4. Negotiable instruments</p> <p>Use not mandatory</p> <p>3. (1) Nothing in this Act shall make it mandatory for a person to use, provide or accept any electronic message in any commercial transaction unless the person consents to the using, providing or accepting of the electronic message.</p> <p>(2) A person’s consent to use, provide or accept any electronic message in any commercial transaction may be inferred from the person’s conduct.</p> <p>Reference to other written laws</p> <p>4. The application of this Act shall be supplemental and without prejudice to any other laws regulating commercial transactions.</p>	<p>NOTE : Cette liste d’exclusion peut être modifiée selon besoin par le Ministre compétent.</p>
<p>Philippines</p>	<p><u>Electronic Commerce Act of 2000 (Republic Act No. 8792 of Philippines)</u></p> <p>Sec. 3. Objective. - This Act aims to facilitate domestic and international dealings, transactions, arrangements, agreements, contracts and exchanges and storage of information through the utilization of electronic, optical and similar medium, mode, instrumentality and technology to recognize the authenticity and reliability of electronic documents related to such activities and to promote the universal use of electronic transaction in the government and general public.</p>	<p>NOTE : Il n’y a pas de limitation quant à l’application de la présente loi.</p>

	<p>Sec. 4. Sphere of Application. - This Act shall apply to any kind of data message and electronic document used in the context of commercial and non-commercial activities to include domestic and international dealings, transactions, arrangements, agreements, contracts and exchanges and storage of information.</p>	
<p>Singapour</p>	<p>Electronic Transaction Act (1998) (Repealed 1st July 2010)</p> <p>4. Application</p> <p>(1) Parts II and IV shall not apply to any rule of law requiring writing or signatures in any of the following matters:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. the creation or execution of a will; b. negotiable instruments; c. the creation, performance or enforcement of an indenture, declaration of trust or power of attorney with the exception of constructive and resulting trusts; d. any contract for the sale or other disposition of immovable property, or any interest in such property; e. the conveyance of immovable property or the transfer of any interest in immovable property; f. documents of title. <p>(2) The Minister may by order modify the provisions of subsection (1) by adding, deleting or amending any class of transactions or matters.</p> <p>Electronic Transaction Act (Revised) 2010</p> <p>“Excluded matters</p> <p>4.—(1) The provisions of this Act specified in the first column of the First Schedule shall not apply to any rule</p>	<p>Exclusion :</p> <ul style="list-style-type: none"> a. la création ou l'exécution d'un testament; b. instruments négociables; c. la création, l'accomplissement ou l'exécution d'un acte (indenture), une déclaration de fiducie ou de la procuration à l'exception des fiducies de constructif et qui en résultent; d. tout contrat de vente ou autre aliénation de biens immobiliers, ou tout intérêt dans ces biens; e. la cession de biens immobiliers ou le transfert de tout intérêt dans des biens immobiliers; f. les titres de propriété. <p>Exclusion : En 2010, suite à la révision de l'ETA de 1998 la section 4 est entièrement maintenue comme</p>

	<p>of law requiring writing or signatures in any of the matters specified in the second column of that Schedule.</p> <p>(2) The Minister may, by order published in the <i>Gazette</i>, amend the First Schedule.”</p> <p><u>First Schedule (First Column: <i>Provision</i>)</u></p> <p>Part II ELECTRONIC RECORDS, SIGNATURES AND CONTRACTS</p> <p><u>First Schedule (Second Column: <i>Matter</i>)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - The creation or execution of a will - Negotiable instruments, documents of title, bills of exchange, promissory notes, consignment notes, bills of lading, warehouse receipts or any transferable document or instrument that entitles the bearer or beneficiary to claim the delivery of goods or the payment of a sum of money - The creation, performance or enforcement of an indenture, declaration of trust or power of attorney, with the exception of implied, constructive and resulting trusts - Any contract for the sale or other disposition of immovable property, or any interest in such property - The conveyance of immovable property or the transfer of any interest in immovable property. - 	<p>telle. Le Ministre de l’Information a clairement rappelé que cette disposition n’a pas pour effet d’invalider d’autres transactions exclus de son champ d’application de se faire électroniquement</p>
<p>Thaïlande</p>	<p><u>Electronic Transactions Act 2002</u></p> <p>Section 3. This Act shall apply to civil and commercial transactions made by means of a data message, except the transactions prescribed by a Royal Decree as being exempted from the entire or partial applicability of this Act.</p>	<p>NOTE: Le champ d’application large s’appliquant à la fois aux actes civils et commerciaux, sauf l’exception fait par le décret royal qui n’a jamais vu le jour.</p> <p>Cette loi a été amendée en 2008 pour élargir ce champ d’application.</p>

	The provisions of paragraph one do not prejudice any law or by-law enacted for consumer protection.	
Vietnam	<p><u>E-Transactions Law No. 51-2005-QH11</u></p> <p>Article 1 Governing scope This Law stipulates e-transactions in activities of State bodies; in civil, business and commercial sectors and in other sections stipulated by law.</p> <p>The provisions of this Law shall not apply to the issuance of certificates of land use right or ownership of housing and other real estate, documents on inheritance, certificates of marriage, decisions on divorce, certificates of birth, certificates of death, bills of exchanges and other valuable papers.</p> <p>Article 2 Applicability Bodies, organizations and individuals selecting to conduct transactions by electronic means shall be subject to this Law.</p> <p>Article 3 Application of the Law on E-transactions Where there is any difference between a provision of the Law on E-transactions and a provision of another law on the same issue related to e-transactions, the provision of the Law on E-transactions shall prevail.</p> <p><u>DECREE No. 57/2006/ND-CP OF JUNE 9, 2006, ON E-COMMERCE</u></p> <p>Article 1.- Scope of regulation This Decree regulates: 1. The use of e-documents in commercial activities and</p>	<p>LOI 2005</p> <p><u>Inclusion</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tant civil que commercial <p><u>Exclusion</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Délivrance de certificats de droit d'utilisation des terrains (<i>issuance of certificates of land</i>) - Délivrance de certificats de propriété du logement (<i>Ownership of housing</i>) - Délivrance de certificats d'autres biens immobiliers (<i>other real estate</i>) - Documents sur les successions (<i>documents on inheritance</i>) - Certificats de mariage (<i>certificates of marriage</i>) - Décisions en matière de divorce (<i>decisions on divorce</i>) - Certificats de naissance (<i>certificates of birth</i>) - Certificat de décès (<i>certificates of death</i>) - Lettres de changes (<i>bills of exchanges</i>) - Et d'autres papiers de valeurs (<i>other valuable papers</i>) <p>DÉCRET 2006</p> <p><u>Inclusion</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Documents électronique dans les activités commerciales - Activités commerciales le territoire du Vietnam - Les parties ont choisie cette

	<p>trade-related activities within the territory of the Socialist Republic of Vietnam.</p> <p>2. The use of e-documents in commercial activities and trade-related activities conducted outside the territory of the Socialist Republic of Vietnam in cases where parties agree to apply the Commercial Law and this Decree.</p> <p>3. This Decree’s provisions shall not apply to the use of e-documents being bills of exchange, promissory notes, bills of lading, goods consignment invoices, warehousing or ex-warehousing bills or any negotiable documents which entitle their holders or beneficiaries to receive goods, services or certain sums of money.</p> <p>Article 2.- Subjects of application</p> <p>This Decree applies to:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Traders that use e-documents in commercial activities and trade-related activities. 2. Other organizations and individuals that use e-documents in trade-related activities. 	<p>loi</p> <p><u>Exclusion</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Lettre de changes (<i>bills of exchange</i>) - Billets à ordre (<i>Promissory notes</i>) - Connaissements (<i>Bills of lading</i>) - Factures des marchandises en consignation (<i>Goods consignment invoices</i>) - Factures d’entreposage ou d’ex-entrepôt (<i>Warehousing or ex-warehousing bills</i>) - Documents négociables (<i>Negotiable documents</i>)
--	---	---

Annexe II Tableau 2 : Tableau comparatif de la notion d'écrit « writing »

TABLEAU N°2

Tableau comparatif de la notion d'écrit « writing »

<i>Pays et leurs législations</i>	<i>Disposition légale</i>	<i>Critères</i>
<p>CNUDCI</p> <p>Loi type de 1996 sur le commerce électronique</p>	<p>Art. 6 – Écrit</p> <p>(1) Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, <u>un message de données</u> satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est <u>accessible pour être consultée ultérieurement</u></p> <p>(2) Le paragraphe 1 est applicable que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas sous forme écrite.</p> <p>(3) Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].</p>	<p>Accessible</p> <p>+</p> <p>Peut être consulté ultérieurement</p> <p>=</p> <p>Consultation ultérieure</p>
<p>Convention de la CNUDCI de 2005</p>	<p>Art. 9 (2) – Condition de forme</p> <p>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.</p>	
<p>CAMBODGE</p>	<p>Art. 6 Writing requirements</p>	

<p><u>(Draft) E-Commerce Law (2007)</u></p> <p><u>E-Commerce Law (Draft) 2009</u></p>	<p>(1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.</p> <p>(...)</p> <p><i>Art. 4 Interpretation</i></p> <p>'Data message' means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means;</p> <p>Article 8: Writing requirements</p> <p>(1) Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.</p> <p>(2) Subsection (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being in writing.</p>	<p>Accessible + Subsequent reference</p> <p>=</p> <p>Consultation ultérieure</p>
<p>MALAISIE</p> <p><u>Electronic Commerce Bill (2006)</u></p>	<p><i>Writing</i></p> <p>8. Where any law requires information to be in writing, the requirement of the law is fulfilled if the information is contained in an electronic message that is accessible and intelligible so as to be usable for subsequent reference.</p>	<p>Accessible + Subsequent reference + Intelligible</p>
<p>PHILIPPINES</p> <p><u>Electronic Commerce Act (2000)</u></p>	<p><i>Sec.7. Legal Recognition of Electronic Documents</i> -</p> <p>Electronic documents shall have the legal effect, validity or enforceability as any other document or legal writing, and –</p> <p>(a) Where the law requires a document to be in writing, that requirement is met by an electronic document if the said electronic document maintains its integrity and reliability and</p>	<p>Integrity + Reliability + Authentication + Subsequent</p>

<p><u>Implementing Rules and Regulations of the Electronic Commerce Act, (2001)</u></p>	<p>can be authenticated so as to be usable for subsequent reference, in that -</p> <p>i) The electronic document has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any authorized change, or any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and</p> <p>ii) The electronic document is reliable in the light of the purpose for which it was generated and in the light of all the relevant circumstances.</p> <p>(b) Paragraph (a) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the document not being presented or retained in its original form.</p> <p>(...)</p> <p>Section 10. Writing. - Where the law requires a document to be in writing, or obliges the parties to conform to a writing, or provides consequences in the event information is not presented or retained in its original form, an electronic document or electronic data message will be sufficient if the latter:</p> <p>(a) maintains its integrity and reliability; and</p> <p>(b) can be authenticated so as to be usable for subsequent reference, in that:</p> <p>(i) It has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any authorized change, or any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and</p> <p>(ii) It is reliable in the light of the purpose for which it was generated and in the light of all relevant circumstances.</p>	<p>reference</p>
<p>SINGAPOUR</p>		<p>Accessible +</p>

<p><u>Electronic Transaction Act (1998)</u></p>	<p>Requirement for writing</p> <p>7. Where a rule of law requires information to be written, in writing, to be presented in writing or provides for certain consequences if it is not, an electronic record satisfies that rule of law if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.</p>	<p>Subsequent reference</p> <p>=</p> <p>Consultation ultérieure</p>
<p><u>Electronic Transaction Act (Revised) 2010</u></p>	<p>Requirement for writing</p> <p>7. Where a rule of law requires information to be written, in writing, to be presented in writing or provides for certain consequences if it is not, an electronic record satisfies that rule of law if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.</p>	
<p>THAILANDE</p> <p><u>Electronic Transaction Act (2002)</u></p>	<p>Section 8. Subject to the provision of Section 9, in the case where the law requires any transaction to be made in writing, to be evidenced in writing or supported by a document which must be produced, if the information is generated in the form of a data message which is accessible and usable for subsequent reference without its meaning being altered, it shall be deemed that such information is made in writing, is evidenced in writing or is supported by a document.</p>	<p>Accessible</p> <p>+</p> <p>Subsequent reference</p> <p>+</p> <p>Non alteration of meaning</p>
<p>VIETNAM</p> <p><u>E-Transactions Law No. 51-2005-QH11</u></p>	<p>Art. 12 Data messages being valid as documents</p> <p>Where the law requires information to be in writing, a data message shall be deemed to have met this requirement if the information contained in such data message is accessible and usable for reference when necessary.</p> <p>Art. 4 Interpretation :</p> <p><i>Data message</i> means information created, sent, received and stored by electronic means.</p>	<p>Accessible</p> <p>+</p> <p>Subsequent reference</p> <p>=</p> <p>Consultation ultérieure</p>

<p><u>Decree on e-commerce (2006)</u></p>	<p>Art. 8.- E-documents being as valid as written documents</p> <p>E-documents shall be as legally valid as written documents if information contained in such e-documents is accessible for use when necessary.</p> <p>Art. 3 Interpretation</p> <ol style="list-style-type: none">1. “Document” means a contract, offer, notice, statement, invoice or another document made by parties, which is related to the entry into or performance of a contract.2. “E-document” means a document in the form of a data message.3. “Data message” means information which is generated, sent, received or stored by electronic means.	
---	---	--

Annexe III Tableau 3 : Tableau de comparaison de la notion de signature

TABLEAU N°3

Tableau comparatif de la notion de signature

<i>Pays et leurs législations</i>	<i>Disposition légale</i>	<i>Critère et commentaire</i>
<p>CNUDCI</p> <p>Loi type de 1996 sur le commerce électronique</p>	<p>Article 7. — Signature</p> <p>1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données : a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière » ; 2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...] »</p>	<p>Définition : deux critères</p> <ul style="list-style-type: none"> -Identification -Approbation <p>Exigences :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Fiabilité « suffisante » en fonction de l'objet et des circonstances.
<p>Loi type de 2001 sur</p>	<p>Article 2, a) : Le terme “signature électronique”</p>	<p>Définition : deux critères</p>

<p>les signatures électroniques</p>	<p>désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour <u>identifier le signataire</u> dans le cadre du message de données et indiquer <u>qu'il approuve l'information</u> qui y est contenue;</p> <p>Article 6 – Satisfaction de l'exigence de signature</p> <p>1) Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.</p> <p>2) (...);</p> <p>3) Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si: a. Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées <u>exclusivement au signataire</u> ; b. Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, <u>sous le contrôle exclusif du signataire</u>; c. Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est <u>décelable</u>; et d. Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, <u>toute modification apportée à cette information</u> après le moment de la signature est <u>décelable</u>. »</p>	<p>-Identification -Approbation</p> <p>Présomption de fiabilité sous quatre conditions</p> <p>-Lien unique du signataire -Contrôle exclusif du signataire -Déteçtabilité de l'altération ultérieure sur la signature électronique -Déteçtabilité de l'altération ultérieure sur l'information.</p> <p>Satisfaction d'une signature par une communication</p>
<p>Convention de la</p>	<p>Article 9 para. 3 : Lorsque la loi exige qu'une</p>	

<p>CNUDCI de 2005</p>	<p>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:</p> <p>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.</p>	<p>électronique</p> <ul style="list-style-type: none"> -Identification -Volonté au regard de l'information (approbation) -Fiabilité de la méthode en fonction de l'objectif et de toutes circonstances <p>Ou bien</p> <ul style="list-style-type: none"> -Preuve de : Identification + Volonté (approbation).
<p>CAMBODGE</p> <p><u>(Draft) E-Commerce Law (2009)</u></p>	<p>Definition :</p> <p>Article 4 : <i>Definition</i></p> <p><i>'Electronic signature'</i> means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory's approval of the information contained in the data message;</p> <p>Requirements of signature :</p> <p>Article 7: <i>Signature requirements</i></p> <p>(1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if an electronic signature is used that is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement.</p>	<p>Définition : deux critères</p> <ul style="list-style-type: none"> -Identification -Approbation <p>Exigences :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Fiabilité « appropriée » en fonction de l'objectif et des circonstances.

	<p>(2) Paragraph 1 applies whether the requirement referred to therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the absence of a signature.</p> <p>(3) An electronic signature is presumed to be reliable for the purpose of satisfying the requirement referred to in paragraph 1 if:</p> <p>(a) it is uniquely linked to the signatory;</p> <p>(b) it is capable of identifying the signatory;</p> <p>(c) it is created using means that the signatory can maintain under his sole control; and</p> <p>(d) it is linked to the data to which it relates in such a manner that any subsequent change of the data is detectable.</p> <p>(4) Paragraph 3 does not limit the ability of any person:</p> <p>(a) To establish in any other way, for the purpose of satisfying the requirement referred to in paragraph 1, the reliability of an electronic signature; or</p> <p>(b) To adduce evidence of the non-reliability of an electronic signature.</p> <p>(5) The provisions of this article do not apply to the following requirements for a signature:</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	<p>Présomption de fiabilité :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Unique lien avec le signataire -Identification du signataire -Unique contrôle du signataire -Détectabilité en cas de changement
<p>MALAISIE</p> <p><u>Digital Signature Act 1997</u></p>	<p>Signature</p> <p>Cette loi continue à s'appliquer malgré la présence de l'ECA 2006.</p> <p>Section 62 :</p> <p>Satisfaction of signature requirements</p> <p>62. (1) Where a rule of law requires a signature or</p>	<p>NOTE : Similaire à la disposition thaïlandaise.</p>

	<p>9. Signature (Fulfilment of legal requirements)</p> <p>(1) Where any law requires a signature of a person on a document, the requirement of the law is fulfilled, if the document is in the form of an electronic message, by an electronic signature which—</p> <p>(a) is attached to or is logically associated with the electronic message;</p> <p>(b) adequately identifies the person and adequately indicates the person’s approval of the information to which the signature relates; and</p> <p>(c) is as reliable as is appropriate given the purpose for which, and the circumstances in which, the signature is required.</p> <p>(2) For the purposes of paragraph (1)(c), an electronic signature is as reliable as is appropriate if—</p> <p>(a) the means of creating the electronic signature is linked to and under the control of that person only;</p> <p>(b) any alteration made to the electronic signature after the time of signing is detectable; and</p> <p>(c) any alteration made to that document after the time of signing is detectable.</p> <p>(3) The Digital Signature Act 1997 [Act 562] shall continue to apply to any digital signature used as an electronic signature in any commercial transaction.</p> <p>10. Seal</p> <p>(1) Where any law requires a seal to be affixed to a document, the requirement of the law is fulfilled, if the document is in the form of an electronic message, by a digital signature as provided under the Digital Signature Act 1997.</p> <p>(2) Notwithstanding subsection (1), the Minister</p>	<p>Exigences :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Lien logique avec message de données -Identification du signataire -Approbation -Fiabilité appropriée en fonction de l’objectif et de toutes circonstances. <p>Présomption de fiabilité (comme droit vietnamien):</p> <ul style="list-style-type: none"> -Lien unique du signataire -Contrôle unique du signataire -Déteçtabilité de l’altération ultérieure sur la signature électronique -Déteçtabilité de l’altération ultérieure sur le document signé.
--	---	--

	<p>may, by order in the <i>Gazette</i>, prescribe any other electronic signature that fulfills the requirement of affixing a seal in an electronic message.</p>	
<p>PHILIPPINES <u>Electronic Commerce Act (2000)</u></p>	<p>Sec. 5. Definition of terms e. “<i>Electronic Signature</i>” refers to any distinctive mark, characteristic and/or sound in electronic form, representing the identity of a person and attached to or logically associated with the electronic data message or electronic document or any methodology or procedures employed or adopted by a person and executed or adopted by such person with the intention of authenticating or approving an electronic data message or electronic document.</p> <p>Sec. 8. Legal Recognition of Electronic Signatures. - An electronic signature on the electronic document shall be equivalent to the signature of a person on a written document if that signature is proved by showing that a prescribed procedure, not alterable by the parties interested in the electronic document, existed under which –</p> <p>(a) A method is used to identify the party sought to be bound and to indicate said party’s access to the electronic document necessary for his consent or approval through the electronic signature;</p> <p>(b) Said method is reliable and appropriate for the purpose for which the electronic document was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement;</p> <p>(c) It is necessary for the party sought to be bound, in order to proceed further with the transaction, to have executed or provided the electronic signature; and</p> <p>(d) The other party is authorized and enabled to</p>	<p>Définition : -Identification -Approbation</p> <p>Présomption de fiabilité d’une signature électronique (conditions)</p> <p>NOTE : Ces conditions ne reflètent pas l’exigence habituelle de la fiabilité d’une signature numérique faisant appel à l’infrastructure à clé publique.</p>

	<p>verify the electronic signature and to make the decision to proceed with the transaction authenticated by the same.</p> <p>Sec. 9. Presumption Relating to Electronic Signatures. - In any proceedings involving an electronic signature, it shall be presumed that -</p> <p>(a) The electronic signature is the signature of the person to whom it correlates; and</p> <p>(b) The electronic signature was affixed by that person with the intention of signing or approving the electronic document unless the person relying on the electronically signed electronic document knows or has notice of defects in or unreliability of the signature or reliance on the electronic signature is not reasonable under the circumstances.</p>	<p>Présomption simple de l'authentification de la signature électronique :</p> <p>-Lien présumé avec le signataire</p> <p>-Intention présumée</p> <p>NOTE : Et ces présomptions ne sont que des présomptions simples.</p>
<p>SINGAPOUR</p> <p><u>Electronic Transaction Act (1998)</u></p>	<p>Definition</p> <p>Sec. 2 : digital signature, electronic signature</p> <p><u>"digital signature"</u> means an electronic signature consisting of a transformation of an electronic record using an asymmetric cryptosystem and a hash function such that a person having the initial untransformed electronic record and the signer"s public key can accurately determine —</p> <p>(a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer"s public key; and</p> <p>(b) whether the initial electronic record has been altered since the transformation was made;</p> <p><u>"electronic signature"</u> means any letters, characters, numbers or other symbols in digital form attached to or logically associated with an electronic record, and executed or adopted with the intention of</p>	<p>Trois définitions :</p> <p>-Signature électronique</p> <p>-Signature digitale</p> <p>-Signature électronique sécurisée</p> <p>Electronic signature :</p> <p>-Intention d'authentification</p> <p>-Approbation de document électronique</p>

	<p>authenticating or approving the electronic record;</p> <p>Requirement of signature</p> <p>Sec. 8. —(1) Where a rule of law requires a signature, or provides for certain consequences if a document is not signed, an electronic signature satisfies that rule of law.</p> <p>(2) An electronic signature may be proved in any manner, including by showing that a procedure existed by which it is necessary for a party, in order to proceed further with a transaction, to have executed a symbol or security procedure for the purpose of verifying that an electronic record is that of such party.</p> <p>Secure electronic signature</p> <p>Sec. 17. If, through the application of a prescribed security procedure or a commercially reasonable security procedure agreed to by the parties involved, it can be verified that an electronic signature was, at the time it was made —</p> <p>(a) unique to the person using it;</p> <p>(b) capable of identifying such person;</p> <p>(c) created in a manner or using a means under the sole control of the person using it; and</p> <p>(d) linked to the electronic record to which it relates in a manner such that if the record was changed the electronic signature would be invalidated, such signature shall be treated as a secure electronic signature.</p> <p>Presumptions relating to secure electronic records and signatures</p> <p>Sec. 18. —(1) In any proceedings involving a</p>	<p>NOTE : ETA 2010</p> <p>-Dans la nouvelle version il n’y a plus de définition de « Signature électronique »</p> <p>-Et la section 2 (Interprétation) tente de définir la « signature » d’une manière générique afin d’englober tant les signatures électroniques et autres, en mettant deux conditions « Identité + Approbation ».</p> <p>-En plus, l’ETA 2010 s’inspire et se conforme à la Convention CNDUCI 2005 en ce qui concerne l’exigence de la signature.</p>
--	--	---

<p style="text-align: center;"><u>Electronic Transaction Act (Revised) 2010</u></p>	<p>secure electronic record, it shall be presumed, unless evidence to the contrary is adduced, that the secure electronic record has not been altered since the specific point in time to which the secure status relates.</p> <p>(2) In any proceedings involving a secure electronic signature, it shall be presumed, unless evidence to the contrary is adduced, that —</p> <p>(a) the secure electronic signature is the signature of the person to whom it correlates; and</p> <p>(b) the secure electronic signature was affixed by that person with the intention of signing or approving the electronic record.</p> <p>(3) In the absence of a secure electronic record or a secure electronic signature, nothing in this Part shall create any presumption relating to the authenticity and integrity of the electronic record or electronic signature.</p> <p>(4) For the purposes of this section —</p> <p>"secure electronic record" means an electronic record treated as a secure electronic record by virtue of section 16 or 19;</p> <p>"secure electronic signature" means an electronic signature treated as a secure electronic signature by virtue of section 17 or 20.</p> <p>Interprétation</p> <p>Sec. 2 (1)</p> <p><i>“signed” or “signature” and its grammatical variations means a method (electronic or otherwise) used to identify a person and to indicate the intention of that person in respect of the information contained in a record”</i></p> <p>Requirement for signature</p>	<p>Définition large et générique de la signature – Deux critères :</p> <ul style="list-style-type: none"> -Identification -Approbation <p>Présomption de fiabilité d’une signature électronique</p>
---	---	---

	<p>Sec. 8. Where a rule of law requires a signature, or provides for certain consequences if a document or a record is not signed, that requirement is satisfied in relation to an electronic record if —</p> <p>(a) a method is used to <u>identify the person</u> and to indicate that <u>person’s intention</u> in respect of the information contained in the electronic record; and</p> <p>(b) the <u>method</u> used is either —</p> <p>(i) as <u>reliable as appropriate for the purpose</u> for which the electronic record was generated or communicated, in the <u>light of all the circumstances</u>, including any relevant agreement; or</p> <p>(ii) proven in fact to have <u>fulfilled the functions</u> described in paragraph (a), by <u>itself</u> or <u>together with further evidence</u>.</p>	<p>-Identification -Intention au regard de l’information -Fiabilité de la méthode en fonction de l’objectif et de toutes circonstances</p> <p><i>Ou bien</i></p> <p>-Preuve de : Indentification + Intention.</p> <p>NOTE : Il me semble que c’est une copiée-collée de l’art. 9 al. 3 de la Convention de la CNUDCI 2005.</p>
<p>THAÏLANDE</p> <p><u>Electronic Transaction Act (2002)</u></p>	<p>Section 4 “<i>electronic signature</i>” means letter, character, number, sound or any other symbol created in electronic form and affixed to a data message in order to establish the association between a person and a data message for the purpose of identifying the signatory who involves in such data message and showing that the signatory approves the information contained in such data message;</p> <p>Section 9. In the case where a person is to enter a signature in any writing, it shall be deemed that a data message bears a signature if:</p> <p>(1) a method is used which is capable of identifying the signatory and indicating that the signatory has approved the information contained in the data message as being his own; and</p> <p>(2) such method is as reliable as was appropriate for</p>	<p>-Définition large de la signature électronique</p> <p>Deux critères :</p> <p>-Identification -Approbation</p> <p>Exigences :</p>

	<p>the purpose for which the data message was generated or sent, having regard to surrounding circumstances or an agreement between the parties.</p> <p>CHAPTER 2</p> <p>ELECTRONIC SIGNATURES</p> <p>Section 26. An electronic signature is considered to be a reliable electronic signature if it meets the following requirements:</p> <p>(1) the signature creation data are, within the context in which they are used, linked to the signatory and to no other person;</p> <p>(2) the signature creation data were, at the time of signing, under the control of the signatory and of no other person;</p> <p>(3) any alteration to the electronic signature, made after the time of signing, is detectable; and</p> <p>(4) where a purpose of the legal requirement for a signature is to provide assurance as to the completeness and integrity of the information and any alteration made to that information after the time of signing is detectable.</p> <p>The provision of paragraph one does not limit that there is no other way to prove the reliability of an electronic signature or the adducing of the evidence of the non-reliability of an electronic signature.</p> <p>Section 27. Where signature creation data can be used to create a signature that has legal effect, each signatory shall:</p> <p>(1) exercise reasonable care to avoid unauthorized use of its signature creation data;</p> <p>(2) without undue delay, notify any person that may reasonably be expected by the signatory to rely on</p>	<p>-Fiabilité « appropriée » en fonction du but et des circonstances ou accord des parties</p> <p>Présomption de fiabilité (Similaire au droit vietnamien et au droit malaisien)</p> <p>-Lien unique avec le signataire -Unique contrôle du signataire -Déteçtabilité de l'altération ultérieure sur la signature électronique -Déteçtabilité de l'altération ultérieure portant sur l'information</p> <p>Obligations du signataire :</p> <p>(1) diligence raisonnable contre tout accès non autorisé (2) Obligation d'information sur l'état de la signature électronique en cas de perte, de dommage ou de révélation indue; sur le risque</p>
--	--	--

	<p>or to provide services in support of the electronic signature if:</p> <p>(a) the signatory knows or should have known that the signature creation data have been lost, damaged, compromised, unduly disclosed or known in the manner inconsistent with their purpose;</p> <p>(b) the signatory knows from the circumstances occurred that there is a substantial risk that the signature creation data may have been lost, damaged, compromised, unduly disclosed or known in the manner in consistent with their purpose;</p> <p>(3) where a certificate is issued to support the electronic signature, exercise reasonable care to ensure the accuracy and completeness of all material representations made by the signatory which are relevant to the certificate throughout its life-cycle, or as specified in the certificate.</p> <p>Section 28. Where a certification service is provided to support an electronic signature that may be used for legal effect as a signature, that certification service provider shall perform as follows:</p> <p>(1) act in accordance with representations made by it with respect to its policies and practices;</p> <p>(2) exercise reasonable care to ensure the accuracy and completeness of all material representations made by it that are relevant to the certificate throughout its life-cycle, or as specified in the certificate;</p> <p>(3) provide reasonably accessible means which</p>	<p>substantiel, au regard des circonstances, de perte, de dommage ou de révélation indue</p> <p>(3) Si un Certificat est délivré, soin raisonnable quant à la complétude et exactitude des éléments de représentation correspondant au Certificat délivré, et ce, tout au long de son cycle de vie.</p> <p>Obligations du CSP (Certification Service Provider)</p> <p>-Déontologie à respecter (politique interne de CSP)</p> <p>-Soin raisonnable assurant que l'exactitude et la complétude des éléments de représentation faits par lui-même (CSP) correspondent au Certificat tout au long de son cycle de vie.</p> <p>-Accessibilité raisonnable permettant à partie confiante de s'assurer :</p> <p>+Identité de CSP</p> <p>+Contrôle sur la signature par</p>
--	---	---

	<p>enable a relying party to ascertain in all material representations from the certificate in the following matters:</p> <p>(a) the identity of the certification service provider;</p> <p>(b) that the signatory that is identified in the certificate had control of the signature creation data at the time when the certificate was issued;</p> <p>(c) that signature creation data were valid at or before the time when the certificate was issued;</p> <p>(4) provide reasonably accessible means which enable a relying party to ascertain from the certificate or otherwise as follows:</p> <p>(a) the method used to identify the signatory;</p> <p>(b) any limitation on the purpose or value for which the signature creation data or the certificate may be used;</p> <p>(c) that the signature creation data are valid and have not been lost, damaged, compromised, unduly disclosed or known in a manner inconsistent with their purpose;</p> <p>(d) any limitation on the scope or extent of liability stipulated by the certification service provider;</p> <p>(e) the availability of the means for the signatory to give notice upon the occurrence of the events pursuant to Section 27 (2); and</p> <p>(f) a timely revocation service is offered;</p> <p>(5) where services under subparagraph (4) (e) are offered, provide a means for a signatory to give notice pursuant to Section 27 (2) and, where services under (4) (f) are offered, ensure the availability of a timely revocation service;</p>	<p>signataire identifié dans le certificat</p> <p>+Validité de la donnée de la création de la signature pendant ou avant la délivrance du certificat.</p> <p>-Accessibilité raisonnable permettant à la partie confiante de s’assurer :</p> <p>+Méthode d’identification</p> <p>+Limites précisées dans l’utilisation du Certificat</p> <p>+Validité de la donnée de la création de la signature – non endommagée, non révélé indument,</p> <p>+....</p>
--	--	--

	<p>(6) utilize trustworthy systems, procedures and human resources in performing its services.</p> <p>Section 29. In determining whether any systems, procedures and human resources under Section 28 (6) are trustworthy, regard shall be had to the following factors:</p> <p>(1) financial and human resources, including existence of assets;</p> <p>(2) quality of hardware and software systems;</p> <p>(3) procedures for processing of certificates and applications for certificates and retention of records in connection with the provision of such services;</p> <p>(4) availability of information on the signatories identified in certificates and on the potential relying parties;</p> <p>(5) regularity and extent of audit by an independent body;</p> <p>(6) the certification issuing organizations or certification service provider with respect to the practice or existence of the factors specified in subparagraphs (1) to (5);</p> <p>(7) any other factor prescribed by the Commission.</p> <p>Section 30. A relying party is required to do the following:</p> <p>(1) take reasonable steps to verify the reliability of</p>	<p>Critères de fiabilité des systèmes, des procédures et des ressources humaines</p> <p>Obligation de la partie confiante !</p>
--	---	---

	<p>an electronic signature;</p> <p>(2) where an electronic signature is supported by a certificate, take reasonable steps to:</p> <p>(a) verify the validity, suspension or revocation of the certificate; and</p> <p>(b) observe any limitation with respect to the certificate.</p> <p>Section 31. A certificate or an electronic signature shall be deemed to be legally effective without having to consider:</p> <p>(1) the geographic location where the certificate is issued or the electronic signature created or used; or</p> <p>(2) the geographic location of the place of business of the issuer of the certificate or signatory.</p> <p>A certificate issued in a foreign country shall have the same legal effect as a certificate issued in the country if the level of reliability used in issuing such certificate is not lower than as prescribed in this Act. An electronic signature created or used in a foreign country shall have the same legal effect in the country as an electronic signature created or used in the country if the level of reliability used in creating or using such electronic signature is not lower than as prescribed in this Act. In determining whether which certificate or electronic signature offers reliability pursuant to paragraph two or paragraph three, regard shall be had to recognized international standards and any other relevant factors.</p>	<p>-Attention raisonnable quant à la vérification de la fiabilité de la signature électronique</p> <p>Champs d'application des effets juridiques du Certificat ou de la signature électronique.</p> <p>-Sans limite de frontière ou du lieu</p> <p>-Reconnaissance du Certificat délivré par un pays étranger dont le critère de fiabilité n'est pas inférieur à celui de la loi nationale...</p>
--	---	--

<p>VIETNAM</p> <p><u>Law on E-Commerce 2005</u></p>	<p>Art. 21 et s.</p> <p>Article 21 <i>E-signatures</i></p> <p>1. An e-signature shall be created in the form of words, script, numerals, symbols, sounds or in other forms by electronic means, logically attached or associated with a data message and shall be capable of <u>certifying the person who has signed</u> the data message and <u>certifying the approval by such person</u> with respect to the content of the signed data message.</p> <p>2. An e-signature shall be deemed to have been secured if such e-signature satisfies the conditions specified in article 22.1 of this Law.</p> <p>3. E-signatures may be certified by an organization providing e-signature certification services.</p> <p>Article 22 <i>Conditions for ensuring security for e-signatures</i></p> <p>1. An e-signature shall be deemed to be secured if it is verified by a security verifying process agreed by the parties to the transaction and satisfies the following conditions:</p> <p>(a) The data creating the e-signature solely attaches to the signatory in the context in which such data is used;</p> <p>(b) The data creating the e-signature is only under the control of the signatory at the time of signing;</p> <p>(c) All changes in the e-signature after the time of</p>	<p>Définition : 2 Critères</p> <p>-Identification</p> <p>-Approbation</p> <p>Présomption de fiabilité (comme droit malaisien) :</p> <p>-Unique lien avec le signataire</p> <p>-Unique contrôle du signataire</p> <p>-Déteçtabilité en cas de changement ultérieure d'e-signature</p> <p>-Déteçtabilité en cas de changement ultérieure du message de données.</p>
---	---	---

<p style="text-align: center;"><u>Decree on e-commerce (2006)</u></p>	<p>signing are detectable;</p> <p>(d) All changes in the contents of the data message after the time of signing are detectable.</p> <p>2. An e-signature which has been certified by an organization providing e-signature certification services shall be deemed to have satisfied the security conditions specified in clause 1 of this article.</p> <p><i>Article 10.-</i> Legal validity of e-signatures</p> <p>An e-document shall be regarded as having a signature of a party if:</p> <p>1. A method has been applied for identifying the signatory to the e-document and indicating such signatory's approval of the information contained in the signed e-document.</p> <p>2. The above-said method is sufficiently reliable for the purpose of creating and interchanging e-documents, in the light of all relevant circumstances and agreements.</p>	<p>Définition : 2 Critères</p> <p>-Identification</p> <p>-Approbation</p> <p>Exigence de fiabilité suffisante :</p> <p>En fonction de : l'objectif, des circonstances pertinentes, et des accords</p>
---	--	---

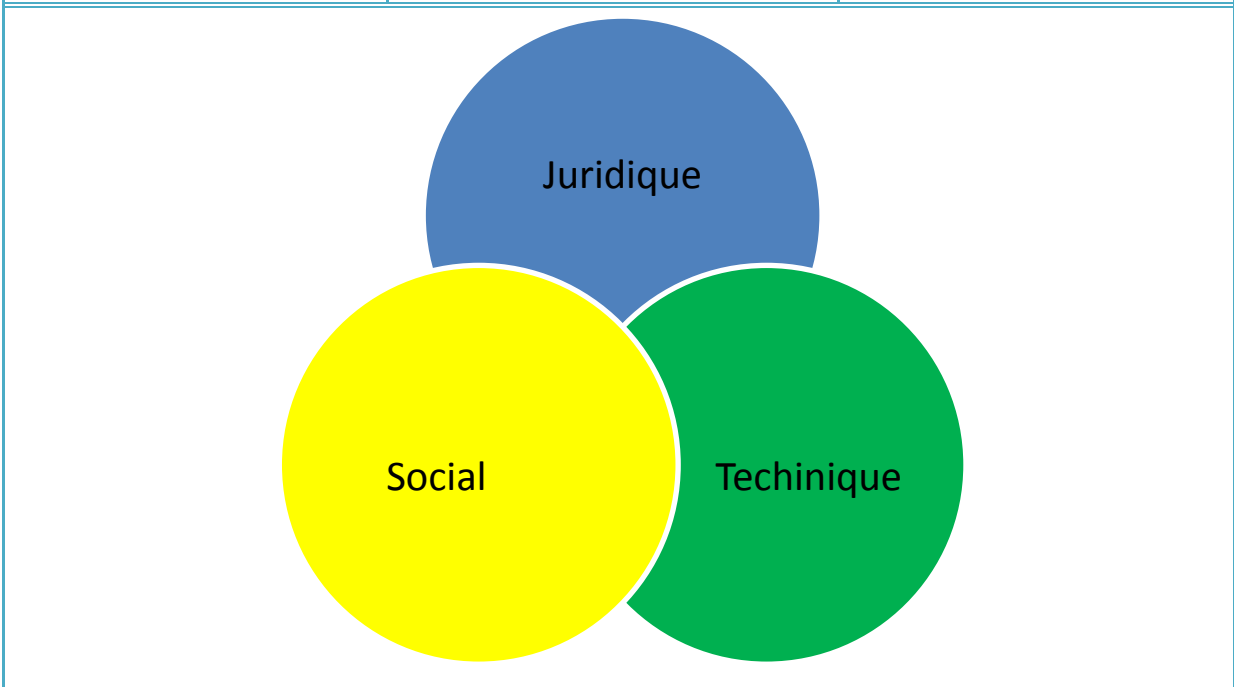
Annexe IV Tableau 4 : Méthode contextuelle proposée

TABLEAU N°4

Méthode contextuelle proposée

CONTEXTE INTERPRÉTATIF		
CONTEXTE JURIDIQUE	CONTEXTE TECHNIQUE	CONTEXTE SOCIAL
<p>Contenu : (<i>principes d'interprétation</i>)</p> <ul style="list-style-type: none"> -Méthode téléologique (<i>formaliste de protection – favoriser le commerce électronique et éliminer les barrières pour l'écrit et la signature électroniques</i>); -Neutralité technologique et Équivalence fonctionnelle; -Référence aux standards internationaux (<i>Harmonisation du droit</i>); - Solution internationalement acceptable 	<p>Contenu :</p> <ul style="list-style-type: none"> -fiabilité raisonnable ; -faisabilité technique ; -équivalence fonctionnelle ; -considération de double perspective (<i>interne et externe ou fonctionnelle et technique</i>); -commodité 	<p>Contenu :</p> <ul style="list-style-type: none"> -justice et sens commun -réalité sociale, contexte factuel; -sensibilité quant aux effets de l'application ; -acceptabilité et utilité pratique d'une technologie (commodité)
<p>Source (législative) :</p> <ul style="list-style-type: none"> -lois nationales des États membres de l'ASEAN -Convention de la CNUDCI 	<p>Source (jurisprudentielle et doctrinale) :</p> <ul style="list-style-type: none"> -jurisprudence – ex. <i>SM Integrated Transware Pte Ltd v. Shenker</i> 	<p>Source (jurisprudentielle et doctrinale) :</p> <ul style="list-style-type: none"> -jurisprudence – ex. <i>SM Integrated Transware Pte Ltd</i>

<p>de 2005 -les deux Lois types de la CNUDCI</p>	<p><i>Singapore Pte Ltd 2005 SHC ; R. c. McIvoir 2008 CSC ; Gendreau c. Laferrière, 2012 QCCS, etc.</i> -doctrinal – ex. Lawrence Lessig ; Vincent Gautrais ; Orin S. Kerr ; Cameron J. Hutchison ; Arthur Cockfield ; Jason Pridmore ; etc.</p>	<p><i>v. Shenker Singapore Pte Ltd 2005 SHC ; R. c. McIvoir 2008 CSC ; Naldi v. Grunberg 2010 NY Slip Op. 07079 ; Gendreau c. Laferrière, 2012 QCCS, etc.</i> -doctrine – ex. Luc Grynbaum ; Patrick Cormier ; Pierre-André Côté ; Stéphane Beaulac ; Mathieu Devinat ; Richard Tremblay; Benoît Frydman ; etc.</p>
--	--	---



BIBLIOGRAPHIE

<p>1. LÉGISLATIONS</p> <p>a. Dans l'ASEAN</p> <ul style="list-style-type: none">i. Cambodgeii. Malaisieiii. Philippinesiv. Singapourv. Thaïlandevi. Vietnam <p>b. Étrangers</p> <ul style="list-style-type: none">i. Angleterreii. Canada (et Québec)iii. États-Unisiv. France <p>2. JURISPRUDENCE (NATIONALE ET ÉTRANGÈRE)</p> <p>a. Dans l'ASEAN</p> <ul style="list-style-type: none">i. Malaisieii. Philippinesiii. Singapour	<p>b. Étrangers</p> <ul style="list-style-type: none">i. Angleterreii. Canada (et Québec)iii. États-Unisiv. France <p>3. DOCTRINE</p> <p>a. Monographies et ouvrages</p> <ul style="list-style-type: none">i. Dans l'ASEANii. Étrangers <p>b. Articles de revue et autres</p> <ul style="list-style-type: none">i. Dans l'ASEANii. Étrangers <p>4. DOCUMENTS RÉGIONAUX</p> <p>5. DOCUMENTS INTERNATIONAUX</p> <p>6. RAPPORTS</p> <p>7. DICTIONNAIRES ET GLOSSAIRE</p> <p>8. SITES WEB</p>
--	---

1. LÉGISLATIONS

a. Dans l'ASEAN

i. Cambodge

Code civil, 2007, NS/RKM/1207/031, en ligne :

<[http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Civilian/Civil%20Code\(KH\).pdf](http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Civilian/Civil%20Code(KH).pdf)> (consulté le 04 mai 2013), version anglaise :

<<http://cambodianlaw.wordpress.com/2012/03/12/cambodian-civil-code/>> (consulté le 04 mai 2013).

Décret-Loi N°38 portant sur le contrat et la responsabilité extracontractuelle du 28 octobre 1988, en ligne :

<[http://www.sithi.org/admin/upload/law/Decree%20law%20No%2038%20on%20Contracts%20and%20Liabilities%20\(1988\).ENG.pdf](http://www.sithi.org/admin/upload/law/Decree%20law%20No%2038%20on%20Contracts%20and%20Liabilities%20(1988).ENG.pdf)> (consulté le 04 mai 2013).

(Draft) E-Commerce Law (2009)

Loi foncière (Land Law), 2001, en ligne :

<[http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Land/Law%20on%20Land,%202001\(KH\).pdf](http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Land/Law%20on%20Land,%202001(KH).pdf)> (consulté le 04 mai 2013), version anglaise :

<[http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Land/Law%20on%20Land,%202001\(EN\).pdf](http://www.gocambodia.com/laws/data%20pdf/Law%20on%20Land/Law%20on%20Land,%202001(EN).pdf)> (consulté le 04 mai 2013).

Loi sur le travail (Labor Law), 1997, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_150856.pdf> (consulté le 04 mai 2013).

ii. Malaisie

Contract Act 1950, N°136, en ligne : <http://www.mylawyer.com.my/pdf/Contracts_Act.pdf> (consulté le 12 avril 2013).

Copyright Act, 1987, Act 332, en ligne :

<<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3113>> (consulté le 04 mai 2013),

Digital Signature Act, 1997, en ligne :

<<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%2012/Act%20562.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

Electronic Commerce Act, 2006, en ligne :

<http://www.kpk.gov.my/akta_kpk/Electronic%20Commerce.pdf> (consulté le 23 avril 2013).

Hire-Purchase Act, 1967, en ligne :

<<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%205/Act%20212.pdf>> (consulté le 04 mai 2013)

Interpretation Acts, (Act 388), 1948 and 1967, amendé en 1997, en ligne :

<<http://www.churassociates.com/download/InterpretaionActs1948.pdf>> (consulté le 12 avril 2013)

National Land Code, 1963, en ligne :

<http://www.commonlii.org/my/legis/consol_act/nlcamta19631994397/> (consulté le 04 mai 2013).

Sale of Goods Act 1957, N° 382, en ligne :

<<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%208/Act%20382.pdf>> (consulté le 12 avril 2013).

iii. Philippines

Civil Code, Republic Act No. 386, June 18, 1949, en ligne :
<<http://www.chanrobles.com/civilcodeofthephilippinesbook4.htm>> (consulté le 23 avril 2013)

Electronic Commerce Act, 2000, en ligne :
<http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=225417> (consulté le 1^{er} avril 2013).

Implementing Rules and Regulations (IRR) of R.A. 8792, 2001, en ligne :
<<http://www.chanrobles.com/ecommerceimplementingrules.htm#.UYMBuOS1ZyQ>>
(consulté le 02 mai 2013).

Rules on Electronic Evidence of the Philippines, 2001, en ligne
<<http://www.chanrobles.com/rulesonelectronicvidence.htm>> (consulté le 13 avril 2013).

iv. Singapour

Civil Law Act Chapter 43, en ligne :
<<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=CompId%3Ac0c6d073-6453-437d-a163-728ec3ccd7e3;rec=0>> (consulté le 20 avril 2013).

Copyright Act, 1987-Cap. 63, en ligne :
<<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3680>> (consulté le 04 mai 2013)

Electronic Transaction Act, 1998, en ligne :
<<http://gcis.nat.gov.tw/eclaw/english/PDF/ElectronicTransactionsAct1998.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

Electronic Transaction Act, 2010, en ligne :
<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN-DPADM/UNPAN040992.pdf>>
(consulté le 03 mai 2013) ou <<http://www.ida.gov.sg/Policies-and-Regulations/Acts-and-Regulations/Electronic-Transactions-Act-and-Regulations>> (consulté le 03 mai 2013)

Evidence Act, Chapter 97, en ligne :
<<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=CompId:e7d2a259-6ed6-4521-b23e-7e3d787a802b;rec=0>> (consulté le 12 avril 2013).

Hire-Purchase Act, 1969, en ligne :

<<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=a657563b-4850-4f7c-9fd6-258a4feea71a;page=0;query=DocId%3A8104c2dc-91f7-479c-a702-814eed66bc28%20%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0#pr3-he->> (consulté le 20 avril 2013)

Interpretation Act (Cap 1, 2002 Rev Ed), en ligne :

<<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;page=0;query=DocId%3A%22d941b6c1-05c5-44e6-bd77-dfbb48c7b95c%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0>> (consulté le 12 avril 2013).

Money-lending Act, 1959, en ligne :

<<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;page=0;query=DocId%3A%22661d66b0-3f63-4324-a4a2-9eb0b2278c04%22%20Status%3Apublished%20Depth%3A0;rec=0>> (consulté le 04 mai 2013)

v. Thaïlande

Code civil et commercial, Version 2008, en ligne : <<http://www.samuiforsale.com/other-miscellaneous/index-civil-and-commercial-code-of-thailand.html>> (consulté le 04 mai 2013).

Electronic Transaction Act, BE 2544, 2001, en ligne :

<http://thailaws.com/law/t_laws/tlaw0073.pdf> (consulté le 23 avril 2013).

Electronic Transaction Act, (No.2) BE 2551, 2008.

vi. Vietnam

Code civil, 2005, Résolution de 2005, No. 45/2005/QH11, en ligne :

<<http://lawfirm.vn/?a=doc&id=308>> (consulté le 12 avril 2013).

Code du travail, 1994, en ligne :

<<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/38229/64932/F94VNM01.htm>> (consulté le 04 mai 2013).

Commercial Law, 2005, en ligne :

<[http://www.vla.info.vn/doc/COMMERCIAL%20LAW%20\(REVISED%20-%202005\)_8.pdf](http://www.vla.info.vn/doc/COMMERCIAL%20LAW%20(REVISED%20-%202005)_8.pdf)> (consulté le 04 mai 2013).

Decree on E-Commerce, No. 57/2006/ND-CP OF JUNE 9, 2006, en ligne :

<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un-dpadm/unpan042016.pdf>> (consulté le 24 avril 2013).

Decree Providing Regulations for Implementation of Law on E-Transactions Regarding Digital Signatures and Digital Signature Certification Services, No. 26-2007-ND-CP, 2007.

Law on E-Transactions, No. 51-2005-QH11, en ligne :

<<http://chinhphu.vn/portal/page/portal/English/legaldocuments/Policies?categoryId=886&articleId=10001393>> (consulté le 24 avril 2013).

b. Étrangers

i. Angleterre

Electronic Communications Act, 2000, en ligne :

<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000007_en_1> (consulté le 04 mai 2013).

Interpretation Act 1978, en ligne : <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30>> (consulté le 24 avril 2013).

Satute of Frauds, 1677, CHAPTER 3 29 Cha 2, en ligne :

<<http://www.legislation.gov.uk/aep/Cha2/29/3>> (consulté le 03 mai 2013).

ii. Canada

Alberta, *Electronic Transaction Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/ab/laws/sta/e-5.5/20060115/whole.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Canada, *Loi Uniforme sur le Commerec Électronique* de 1999 adoptée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, en ligne :

<<http://66.51.165.111/fr/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia>> (consulté le 22 avril 2013).

Code civil du Québec, LRQ, c C-1991, en ligne : <<http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/lrq-c-c-1991/>> (consulté le 05 mai 2013).

Colombie-Britannique, *Electronic Transaction Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/bc/laws/stat/sbc-2001-c-10/latest/sbc-2001-c-10.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Île-du-Prince-Édouard, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/pe/laws/stat/rspei-1988-c-e-4.1/latest/rspei-1988-c-e-4.1.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Nouveau-Brunswick, *Loi sur les opérations électroniques*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/fr/nb/legis/lois/lrn-b-2011-c-145/derniere/lrn-b-2011-c-145.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Nouvelle-Écosse, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/ns/laws/stat/sns-2000-c-26/latest/sns-2000-c-26.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Ontario, *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/fr/on/legis/lois/lo-2000-c-17/derniere/lo-2000-c-17.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Québec, *Loi concernant le Cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q. c. C-1.1*, (Québec), (2001), disponible [En ligne] : <http://www.canlii.org/fr/qc/legis/lois/lrq-c-c-1.1/derniere/lrq-c-c-1.1.html>

Québec, *Avis 11-201 relatif à la transmission de documents par voie électronique*, en ligne : <<http://www.lautorite.qc.ca/files/pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/11-201/2002-08-09/2002aout09-11-201-avis-cons-fr.pdf>> (consulté le 28 mars 2013).

Saskatchewan, *Electronic Information and Document Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/sk/laws/stat/ss-2000-c-e-7.22/latest/ss-2000-c-e-7.22.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Terre-Neuve, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/nl/laws/stat/snl-2001-c-e-5.2/latest/snl-2001-c-e-5.2.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Yukon, *Electronic Commerce Act*, en ligne : <<http://www.ijcan.org/en/ns/laws/stat/sns-2000-c-26/latest/sns-2000-c-26.html>> (consulté le 22 avril 2013).

iii. États-Unis

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 2000, en ligne :
<http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=106_cong_public_laws&docid=f:publ229.106.pdf> (consulté le 05 mai 2013).

New York Technology Law or Electronic Signatures and Records Act (ESRA), 2002, en ligne :
<<http://www.its.ny.gov/tables/Policy/OFTenablingLeg.htm>> (consulté le 24 avril 2013).

New York, *General Obligations Law*, en ligne : <<http://law.onecle.com/new-york/general-obligations/>> (consulté le 03 mai 2013).

Uniforme Electronic Transactions Act de 1999 adopté par *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, en ligne
<<http://uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Electronic%20Transactions%20Act>>
(consulté le 22 avril 2013).

Utah, *Digital Signature Act*, 1995, en ligne :
<<http://www.jus.unitn.it/users/pascuzzi/privcomp97-98/documento/firma/utah/udsa.html>>
(consulté le 04 mai 2013).

iv. France

Code civil français, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20130505>> (consulté le 05 mai 2013).

Loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, 2000, en ligne :
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000399095&dateTexte>
(consulté le 04 mai 2013).

Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, en ligne :
<<http://www.senat.fr/dossierleg/pjl02-195.html>> (consulté le 04 mai 2013).

2. JURISPRUDENCE (NATIONALE ET ÉTRANGÈRE)

a. Dans l'ASEAN

i. Malaisie

Leong Chee Kong & Anor v. Tan Leng Kee, High Court (Kuala Lumpur), Civil Suit No S5–22–74–98, 27 September 2000, [2000] MLJU 753

ii. Philippines

Ssangyong Corp. v. MCC Industrial Sales Corp., et al. [2005] PHCA 5286, en ligne : <<http://www.asianlii.org/ph/cases/PHCA/2005/5286.pdf>> (consulté le 13 avril 2013).

MCC Industrial Sales Corp. v. Ssangyong Corporation. - G.R. No. 170633 [2007] PHSC 1218, en ligne <<http://www.asianlii.org/ph/cases/PHSC/2007/1218.html>> (consulté le 13 avril 2013).

National Power Corp. v. Hon. Ramon G. Codilla, Jr., et al. - G.R. No. 170491 [2007] PHSC 417, en ligne <<http://www.asianlii.org/ph/cases/PHSC/2007/417.html>> (consulté le 13 avril 2013).

iii. Singapour

Joseph Mathew & Ors v. Singh Chiranjeev & Anor [2009] SGCA 51 ou [2010] 1 SLR 338, en ligne : <<http://www.commonlii.org/sg/cases/SGCA/2009/51.html>> (consulté le 24 avril 2013).

Singh Chiranjeev & Anor v. Joseph Mathew & Ors [2008] SGHC 222, en ligne : <<http://www.commonlii.org/sg/cases/SGHC/2008/222.html>> (consulté le 24 avril 2013).

SM Integrated Transware Pte Ltd v. Schenker Singapore Pte Ltd [2005] SGHC 58, en ligne : <<http://www.commonlii.org/sg/cases/SGHC/2005/58.html>> (consulté le 23 avril 2013).

PP v. Low Kok Heng, [2007] 4 SLR 183.

b. Étrangers

i. Angleterre

Maddison v. Alderson (1883), 8 App. Cas. 467, at 488, [1881-85] All E.R. Rep. 742, at 754, (H.L.)

Nilesh Mehta v. J Pereira Fernandes SA, [2006] 1 WLR 1543, en ligne :
<http://www.gardinerlaw.co.uk/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=89> (consulté le 24 avril 2013).

Pepper v. Hart [1992] 3 WLR 1032.

ii. Canada

Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computer Ltd., (1987), 18 C.P.R. (3d) 129 (CAF),

Bellemore (Succession de), 2012 QCCS 4283, en ligne :
<<http://www.jugements.qc.ca/php/decision.php?liste=63153349&doc=9823FC1CAB7DC05E1E2FC0B266C3535D359A37F3513A9965EFBC9D7544BE5C90&page=1>> (consulté le 22 avril 2013).

Bolduc c. Montréal (Ville de), 2010 QCCS 1062, en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qccs/doc/2010/2010qccs1062/2010qccs1062.html>> (consulté le 03 mai 2013).

Bolduc c. Montréal (Ville de), 2011 QCCA 1827, en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2011/2011qcca1827/2011qcca1827.html>> (consulté le 03 mai 2013).

Castillo c. Castillo, [2005] 3 R.C.S. 870, en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/ca/csc/doc/2005/2005csc83/2005csc83.html>> (consulté le 03 mai 2013)

Gendreau c. Laferrrière, 2012 QCCS 5525 (CanLII), en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qccs/doc/2012/2012qccs5525/2012qccs5525.html>> (consulté le 22 avril 2013).

Kaouk (Succession de) c. Kaouk, 2008 QCCA 192, en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2008/2008qcca192/2008qcca192.html>> (consulté le 03 mai 2013)

Leoppky c. Meston, 2008 ABQB 45 (CanLII), en ligne :
<<http://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2008/2008abqb45/2008abqb45.html>> (consulté le 13 avril 2013).

McGarry v. Co-operators Life Insurance Co., 2011 BCCA 214 (CanLII), en ligne :
<<http://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/2011/2011bcca214/2011bcca214.html>> (consulté le 05 mai 2013)

Montréal (Ville) c. Bolduc, 2009 QCCM 30774, en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qccm/doc/2009/2009canlii30774/2009canlii30774.html>>
(consulté le 03 mai 2013).

R. c. McIvor, 2008 CSC 11, [2008] 1 RCS 285, en ligne :
<<http://www.canlii.ca/fr/ca/csc/doc/2008/2008csc11/2008csc11.html>> (consulté le 22 avril 2013)

Stefanovic c. ING Assurances, 2007 QCCQ 10363 (CanLII), du 30 avril 2007, en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2007/2007qccq10363/2007qccq10363.html>> (consulté le 21 avril 2013).

Vandal c. Salvas [2005] IIJCan 40771 QC. C.Q., en ligne :
<<http://www.canlii.org/fr/qc/qccq/doc/2005/2005canlii40771/2005canlii40771.html>>
(consulté le 24 avril 2013)

iii. États-Unis

Bazak Int'l Corp. v. Tarrant Apparel Group, 2007 U.S. Dist. LEXIS 42353 (S.D.N.Y., June 11, 2007).

Cloud Corporation v. Hasbro, Inc. 314F 3d 189 [2002], en ligne :
<<http://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/Cloud.pdf>> (consulté le 03 mai 2013).

International Castings Group Inc. v. Premium Standard Farms Inc., 358 F Supp 2d 863 (W D Mo 2005), en ligne : <<http://www.internLETibrary.com/pdf/International-Casings-Premium-Standard-WD-Mo.pdf>> (consulté le 22 avril 2013).

Lamle v. Mattel, Inc. 04-1151 , UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT, 394 F.3d 1355; 2005 U.S. App. LEXIS 217, en ligne :
<<http://caselaw.findlaw.com/us-federal-circuit/1050720.html>> (consulté le 24 avril 2013).

Naldi v. Grunberg, 2010 NY Slip Op. 07079 (decided on October 5, 2010), en ligne :
<http://www.nycourts.gov/reporter/3dseries/2010/2010_07079.htm> (consulté le 24 avril 2013).

Rosenfeld v Zerneck, 4 Misc. 3d 193, 776 N.Y.S.2d 458, 2004 N.Y. Misc. LEXIS 497 (2004).

Vista Developers Corp. v. VFP Realty LLC, 17 Misc. 3d 914, 847 N.Y.S.2d 416 (Sup 2007), en ligne : <<http://www.internLETlibrary.com/pdf/Vista-Developers-VFP-Realty-NY-Sup-Ct.pdf>> (consulté le 24 avril 2013).

iv. France

Cass. 1^{ère} Civ., 30 septembre 2010, n° 09-68.555, en ligne : <http://www.anil.org/fileadmin/ANIL/Textes_officiels/Jurisprudence/2010/Civ_3_30_9_11_6_8555.pdf> (consulté le 24 avril 2013).

Cass. 1^{ère} Civ., 20 mai 2010, n° 09-65.854, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022259021&fastReqId=1935594259&fastPos=1>> (consulté le 24 avril 2013).

D'autres décisions français ayant un rapport de près ou de loin avec la définition de l'écrit et de la signature, mais qui ne sont pas utilisées par la thèse : C.Cass., Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, n° de pourvoi: 08-10456 ; C.Cass., Civ. 2e, 4 décembre 2008, n° de pourvoi: 07-17622 ; C.Cass., 23 mai 2007, n° pourvoi 06-43209 ; C.Cass., Civ. 1^{ère}, du 18 mai 2005, n° de pourvoi: 04-13.745 ; C.Cass. com., 2 décembre 1997, D. 98, J., 192, note D. Martin. ; C.Cass., Com. 8 octobre 1996, D. affaires 1996, 1254. ; CA AGEN, Ch. 1, 9 Nov. 1993.

3. DOCTRINE

a. Monographies et ouvrages collectifs

i. Dans l'ASEAN

APEC-SECRETARIAT, *Assessment on Paperless Trading to Facilitate Cross Border Trade in the APEC Region*, Singapore, APEC Secretariat, June 2010.

BAVIERA, A., *Civil Law Review: A Centennial Contribution to Legal Education*, Quezon, U.P. Law Complex, 2008

BAVIERA, A., *Sales*, Quezon, U.P. Law Complex, 2005.

PHANG, A., *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 2nd Singapore and Malaysian éd., Singapore, Butterworths Asia, 1998.

TEE, K.L. et S.S.S. AHMAD, *ICT: Its Impact on Selected Areas of the Law*, Kuala Lumpur, University of Malaya Press, 2006.

ii. Étrangers (Canada, France, États-Unis...)

BEAULAC, S., *Précis d'interprétation législative*, LexisNexis éd., Montréal, 2008.

BEAULAC, S. et M. DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

BELLEFONDS, X.L., et A. HOLLANDE, *Pratique du droit de l'informatique*, 4^eéd., Delmas 1998.

BELLIA, P.L., P.S. BERMAN et D.G. POST, *Cyberlaw : problems of policy and jurisprudence in the information age*, 3rd éd., St. Paul, MN, Thomson/West, 2007.

BENNION, F., *Statutory Interpretation*, 4^e éd., Londres, Butterworths, 2002.

BLOUNT, S., *Electronic contracts : principles from the common law*, Chatswood, N.S.W., LexisNexis, 2009.

BOUDON, R., *Raison, bonnes raisons*, coll. «Philosopher en sciences sociales», P.U.F., 2003.

BRAZELL, L., *Electronic Signatures And Identities: Law & Regulation*, London, Thomson Reuters (Legal), 2008.

CHARBONNEAU, C., *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Paris, IRJS ÉDITIONS, 2011.

CHRISTENSEN, S., *Electronic Contract Administration – Legal and Security Issues, Literature Review*, Brisbane, 2005.

CIGREF, *Gouvernance juridique de l'Entreprise Numérique*, Paris, Cigref Réseau de Grandes Entreprises, octobre 2012.

CORMIER, P., *Analyse des signatures numériques et électroniques dans le secteur canadien de la justice*, Toronto, Centre canadien de technologie judiciaire, 2012.

Le linguistique juridique, coll. «Domat Droit Prive», Paris, Montchrestien, 2005.

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, Les Éditions Thémis 1^{ère} éd., Montréal, 1982.

- CÔTÉ, P.-A., S. BEAULAC et M. DEVINAT, *Interprétation des lois*, Les Éditions Thémis 4^e éd., Montréal, 2009.
- DAURIAC, I., *La signature*, Thèse, Paris, Faculté de droit, Université Paris 2, 1997.
- DELNOY, P., *Éléments de méthodologie juridique*, 2^e éd., coll. «Faculté de droit de l'Université de Liège», Bruxelles, LARCIER, 2006.
- DRIEDGER, E.A., *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983.
- DUMORTIER, J., S. KELM, H. NILSSON, G. SKOUMA et P.V. EECKE, *The legal and market aspects of electronic signatures*, coll. «Study for The European Commission - DG Information Society», Interdisciplinary Center for Law & Information Technology, 2003.
- ELLOUMI, A., *Le formalisme électronique*, Manouba, Centre de Publication Universitaire, 2011.
- FRYDMAN, B., *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant-L.G.D.J., 2007.
- GAUTRAIS, V., *Neutralité technologique : rédaction et interprétation des lois face aux changements technologiques*, Montréal, Thémis, 2012.
- GAUTRAIS, V. et P. TRUDEL, *Circulation des renseignements personnels et Web 2.0*, Montréal, Thémis, 2010.
- GÉNY, F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.
- HALLOUIN, J.-C. et H. CAUSSE (dir.), *Le contrat électronique : au coeur du commerce électronique*, Poitiers, LGDJ, 2005.
- HART, H.L., *Le concept de droit*, coll. «Traduction en français par M. V. D. KERCHOVE», Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.
- JACQUEMIN, H., *Le formalisme contractuel : mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- LESSIG, L., *Code version 2.0*, 2^e éd., New York, Basic Book, 2006.
- OST, F., *Dire le droit, faire justice*, coll. «Penser le droit», Bruxelles, Bruylant, 2007.
- OST, F. et M.V.D. KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit : les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- PHILLIPS, M., *La preuve électronique du Québec*, Montréal, LexisNexis, 2010.

PIAZZON, T., *La sécurité juridique*, vol. Tome 35, coll. «Doctorat & Notariat», Paris, Defrénois-Lextenso, 2009.

REED, C., *Digital information law: Electronic Document and Requirements of Form*, Centre for Commercial Law Studies éd., London, Centre for Commercial Law Studies, 1996.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

ROYER, J.-C., *La preuve civile*, Cowansville, Yvons Blais, 2008.

TREMBLAY, R., *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004.

ZAGREBELSKY, G., *Le droit en douceur*, Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

b. Articles de revue et autres (actes de conférences, articles dans les blogs juridiques, articles d'études collectives, etc.)

i. Dans l'ASEAN

ASCIUTTI, E., «The ASEAN Charter: An analysis», (2010) 2 *Centro Studi Sul Federalismo - Perspectives on Federalism* E-43.

ASEAN-AADCP, «Harmonisation of E-Commerce Legal Infrastructure in ASEAN», April 2008, en ligne :

<http://www.galexia.com/public/research/assets/asean_ecommerce_case_study_20080429.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2013).

ASEAN LAW ASSOCIATION, «Philippines: Chapter 1 Historical Overview» dans *Legal Systems in ASEAN*, Hanoi, Vietnam, ALA, en ligne:

<<http://www.aseanlawassociation.org/legal-phil.html>> (consulté le 23 avril 2013).

ASEAN-SECRETARIAT, « History: Founding of ASEAN », en ligne :

<<http://www.asean.org/asean/about-asean/history>> (consulté le 1^{er} avril 2013)

CHALERPAPANUPAP, T., «ASEAN-10: Meeting the Challenges», 1 juin 1999, en ligne : <http://www.asean.org/resources/item/asean-10-meeting-the-challenges-by-termsak-chalermpanupap> (consulté le 21 avril 2013).

CHONG, K.W. et J.S. CHAO, «United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – A New Global Standard», (2006) 18 *Singapore Academy of Law Journal* 116, en ligne : <<http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/Attachments/390/2006-18-SALJ-116-Chong.pdf>> (consulté le 12 avril 2013).

COLEMAN, B., «The Effect of Section 9A of the Interpretation Act on Statutory Interpretation in Singapore», (2000) *Singapore Journal of Legal Studies* 152.

CONNOLLY, C., «Using the Electronic Communications Convention to Harmonize National and International Electronic Commerce Laws: An ASEAN Case Study» dans BOSS, A.H. et W. KILIAN (dir.), *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*, Wolters Kluwer Law & Business éd., 2008, p. 315 et s.

DFDL-ADVISERS, « The Implementation of Cambodia's New Civil Code », 5 décembre 2011, en ligne : <<http://www.dfdl.com/easyblog/entry/the-implementation-of-cambodias-new-civil-code>> (consulté le 04 mai 2013).

DISINI, A.J.M. et J. C.TORAL, «Republic Act No. 8792 Implementing Rules and Regulations of the Electronic Commerce Act», (2000) *Philexport-Philippines Exporters Confederation, Inc.*, en ligne : <<http://www.disini.ph/downloads/EcomIRR%20Annotations.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

DURONGKAVEROJ, P., «Current Status and Future View of PKI in Asia», 2002, en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN012311.pdf>> (consulté le 21 novembre 2012)

ENDESHAW, A., «The Singapore E-Commerce "Code"», (1999) 8 *Information & Communications Technology Law* 189.

GENGATHAREN, R., «Malaysian E-Commerce Law: Time For Change», (2002) *LAWASIA Journal* 137.

iDA-AGC, *Joint IDA-AGC Review of Electronic Transactions Act: Section 4 - Exclusion*, Singapore, iDA-Singapore, 2004, en ligne : <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan018651.pdf>> (consulté le 23 avril 2013).

Joint IDA-AGC Review of Electronic Transactions Act: Proposed Amendments 2009, Singapore, iDA-Singapore, 2009, en ligne : <<http://www.ida.gov.sg/Policies-and-Regulations/Consultation-Papers-and-Decisions/Store/Joint-IDA-AGC-Review-of-Electronic-Transactions-Act-ETA-Remaining-Issues>> (consulté le 12 avril 2013)

JALIL, M.A., «Is the Contracts Act 1950 (Malaysia) suitable on the Internet: a critical evaluation», (2003) 7 *Jurnal Undang-Undang dan Masyarakat* 123.

JALIL, M.A. et L.D. POINTON, «Developments in electronic contract laws: A Malaysian perspective», (2004) 20 *Computer Law & Security Report* 117.

KADIR, R., «Validity issues of Electronic Signatures under the Malaysian Law», (2008) 2 *MLJA* 108.

KLEIN, N., «The Future of the Khmer Language on the Internet», 23 mars 2011, en ligne : <<http://www.cambodiamirror.org/2011/03/23/the-future-of-the-khmer-language-on-the-internet-wednesday-23-3-2011/>> (consulté le 4 avril 2013).

LENG, T.K., «New laws on E-commerce: Singapore», (1999) 15 *Computer Law & Security Report* 8, en ligne : <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736499980003X>> (consulté le 06 mai 2013).

«Concluding leases by e-mail», (2005) 21 *Computer Law & Security Report* 423.

«Have you signed your electronic contract?», (2011) 27 *Computer Law & Security Review* 75, en ligne : <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364910001743>> (consulté le 06 mai 2013).

LIWG, *Legal Issues on New Security Technologies and CA's Risk Management*, 2006, en ligne : <http://www.jipdec.or.jp/archives/PKI-J/shiryou/APKI-F/LIWG_20060828revised_macao_add.pdf> (consulté le 21 novembre 2012)

LOONG, R., «Malaysia Law Digest Reviser», (2007) *MLYS*, en ligne : <http://www.martindale.com/members/Article_Atachment.aspx?od=1013502&id=368086&filename=asr-368088.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

LUM, S., «Judges do justice, not politics: Chief Justice Chan», (2012) *Straits Times* 16 Jan. 2012, en ligne : <<http://ifonlysingaporeans.blogspot.ca/2012/02/judges-do-justice-not-politics-cj-chan.html>> (consulté le 06 mai 2013).

MUNIR, A.B. et S.H.M. YASIN, «Electronic Commerce Bill 2006: An oversight or wanting a different or ...?», (2006) 4 *The Malayan Law Journal* i.

MUNIR, A.B. et S.H.M. YASIN, «Electronic Commerce Legal Framework: Some Lessons From Malaysia» dans (dir.), *Electronic Transactions Conference*, Faculty of Sharia and Law, Emirates Centre for Strategic Studies and Research, 2009, p. 2, en ligne : <http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf17/english_prev_conf2009.asp> (consulté le 12 avril 2013).

NANAKORN, P., «Electronic Transactions Law in Thailand», (2001) 118 *Govenunent Gazette* Part 112a.

PADILLA, J.M., «The Electronic Commerce Act (R.A. 8792) - An Overview of IT Impact on The Philippine Legal System», (2006) Vol. L *UST LAW REVIEW* 191.

PHANKEASORN, A. et A. BOVANANT, «Thailand: Amendments To The Electronic Transaction Act Promote E-Commerce Transactions», Mai 2008, *Telecommunications & Media, Mayer-Brown JSM*, en ligne :

<<http://www.mayerbrown.com/publications/article.asp?id=4480&nid=6>> (consulté le 12 avril 2013).

SIMON, B., «Google Traduction : La langue khmer désormais supportée», 19 avril 2013, en ligne : <<http://www.weblife.fr/breves/google-traduction-la-langue-khmer-desormais-supportee>> (consulté le 23 avril 2013).

SREENIVASAN, R. et S. TANN, «Electronic Transactions Act - Repealed And Re-Enacted », (2010) *July Technology, Media & Telecom, Rajah Tann*, en ligne : <<http://ictlawblog.rajahtann.com/ICTBlog/file.axd?file=2010+July+Electronic+Transactions+Act+Client+Update.pdf>> (consulté le 13 avril 2013).

SUBRAMANIAM, Y., «An Assessment of The Malaysian Electronic Commerce Act 2006: Is There Now A Secure Legal Environment For Electronic Commerce That Facilitates Electronic Business For The Consumer? », (2007) 1 *Current Law Journal* xxv.

TAN, D., «Introduction to Banking Cambodia 2009», 16 février 2009, *Phnom Penh Post*, en ligne : <<http://cambodiatonight.blogspot.ca/2009/02/introduction-to-banking-cambodia-2009.html>> (consulté le 4 avril 2013).

TAN, E.K.B., «The ASEAN Charter as "Legs To Go Places": Ideational Norms And Pragmatic Legalism In Community Building In Southeast ASIA», (2008) 12 *SYBIL* 171.

TAN, H.S., «Electronic Commerce on the Internet: An Introduction», (1997) *Asia Business Law Review* 67.

TECH, J.C.W., «Legal issues in e-commerce and electronic contracting: the Singapore position», (2003) *ASEAN LAW ASSOCIATION*, en ligne : <http://www.aseanlawassociation.org/docs/w5_sing.pdf> (consulté le 13 avril 2013).

VOLKMANN, R., «Why does ASEAN need a Charter? Pushing actors and their national interests», (2008) 109 *ASIEN* 78.

WOAN, L.P., P. KOH et T.C. HO, «Chapter 8 The Law of Contract» dans LAW, S.A.O. (dir.), *Laws of Singapore*, Singapore, Updated as at 30 April 2009, en ligne : <<http://www.singaporelaw.sg/content/ContractLaw.html>> (consulté le 23 avril 2013).

YEW, L.T., «Second Reading Speech on the Electronic Transactions Bill 2010 by Mr Lui Tuck Yew, Acting Minister for Information, Communications and the Arts, 19 May 2010», (2010) *GovMonitor*, en ligne : <http://www.thegovmonitor.com/civil_society_and_democratic_renewal/singapore-passes-2010-electronic-transactions-bill.html> (consulté le 12 avril 2013).

YIHAN, G., «Statutory Interpretation in Singapore», (2009) 21 *SAcLJ* 97.

ii. Étrangers (Canada, France, États-Unis...)

AMSELEK, P., «La teneur indéçise du droit», (1991) *Revue du Droit Public* 1199.

BACHAND, F., *Judicial Internationalism and the Interpretation of the Model Law*, Conference on The Model Law after 25 years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration Law (24-26 Novembre 2011), Faculté de droit - McGill University.

BANAT-BERGER, F. et A. CANTEAUT, «Intégrité, signature et processus d'archivage» dans LACOUR, S. (dir.), *La Sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 213-235.

BASTARACHE, M., «Les difficultés relatives à la détermination de l'intention législative dans le contexte du bijuridisme et du bilinguisme législatifs au Canada» dans GÉMAR, J.-C. et N. KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : entre langues et droits*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 2005, pp. 93-117.

BAUDOIN, J.-L., *PANEL 1 – Vie privée + technologies*, Conférence : Droit civil + Technologies (18 février 2010), Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des des affaires électroniques, en ligne : <<http://gautrais.com/Videos-mp3>> (consulté le 24 avril 2013)

Droit et vérité, coll. «Les conférences Albert-Mayrand», Montréal, Éditions Thémis, 2011.

BEAULAC, S. et P.-A. CÔTÉ, «Driedger's "Modern Principle" at the Supreme Court of Canada: Interpretation, Justification, Legitimization», (2006) 40 *R.J.T.* 131.

BECKMAN, R. et A. PHANG, «Beyond Pepper v Hart-. The Legislative Reform of Statutory Interpretation in Singapore», (1994) 15 *Statute Law Review* 69.

BÉGIN, L. et Y. VACHON, «L'interprétation contextuelle : pour le meilleur et pour le pire ?» dans BELLEAU, M.-C. et F.L. CASSE (dir.), *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 721 et s.

BENNETT MOSES, L., «Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep Up With Technological Change», (2007) *UNSW Law Research Paper No. 2007-21*, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=979861> (consulté le 06 mai 2013).

BEYDOGAN, T.A., «Interoperability-Centric Problems: New Challenges and Legal Solutions », (2010) 18 *Int. Jnl. of Law and Info. Technology* 301.

BIDAUD, É., «L'adolescent et l'invention de sa signature», (2008) 4 *Adolescence* 1013, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-adolescence-2008-4-page-1013.htm>> (consulté le 12 avril 2013).

BLANCHETTE, J.-F., «The Digital Signature Dilemma», (2006) 61(7-8) *Annals of Telecommunications* 903, en ligne : <<http://lccjti.ca/doctrine/blanchette-j-f-the-digital-signature-dilemma/>> (consulté le 06 mai 2013).

BOSS, A.H., «The United States' Perspective on the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts» dans BOSS, A.H. et W. KILIAN (dir.), *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook*, Wolters Kluwer Law & Business éd., 2008, pp. 263-314.

BRASSEUR, P., «Le formalisme dans la formation des contrats : Approches de droit comparé» dans FONTAINE, M. et P. BRASSEUR (dir.), *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant-Bruxelles, LGDJ-Paris, 2002, pp. 605-688.

CAPRIOLI, E.A., «Ecrit et preuve électroniques dans la Loi n°2000-230 du 13 mars 2000», (2000) N°2 *JCP Cahier de Droit de l'Entreprise* 1.

«Le juge et la preuve électronique. Réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique», (2000) *Caprioli-avocats.com*, en ligne : <<http://www.caprioli-avocats.com/publications/1-commerce-electronique-et-internet/23-juge-et-preuve-electronique>> (consulté le 23 avril 2013).

Que veut dire neutralité technologique ? Du concept au principe général du droit, Cinquième Conférence : le droit du commerce électronique est-il différent ? (02 octobre 2008), Faculté de droit - Université de Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électronique, en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/ppt/SeminaireQuebec_Pres021008.ppt> (consulté le 23 avril 2013).

«Vérification d'écriture et courrier électronique», (2010) *Communication Commerce Électronique*.

CAPRIOLI, E.A. et R. SORIEUL, «Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», (1997) 124 *Journal du droit international (Clunet)*, pp. 323-393.

CARBONNIER, J., «Scolie sur le non droit» dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001.

«Préface à : L'écriture du droit ... face aux technologies d'information (1996)» dans VERDIER, R. (dir.), *Écrits / Jean Carbonnier*, Puf éd., Paris, Presse Universitaire de France, 2008, p. 1246 et s.

CATALA, P., «Le formalisme et les nouvelles technologies», (2000) 15-16/00 *Défrénois* 897.

CBSNEWS, «Sotomayor Hearing Underway», 13 juillet 2009, en ligne : <<http://www.cbsnews.com/video/watch/?id=5156938n>> (consulté le 24 avril 2013).

CERVETTI, P.-D., «Quelques perspectives d'avenir autour de la preuve par courrier électronique», (2011) *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique* 45.

COCKFIELD, A., «Towards a Law and Technology Theory», (2004) 30 *Manitoba Law Journal* 383.

COCKFIELD, A. et J. PRIDMORE, «A Synthetic Theory of Law and Technology», (2007) 8 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 475.

CORNU, G., «Les définitions dans la loi» dans *les Mélanges dédiés au doyen Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 et s.

CÔTÉ, P.-A., «Les règles d'interprétation des lois : des guides et des arguments», (1978) 13 *R.J.T.* 275.

«La notion d'interprétation manifestement déraisonnable - Vers une redéfinition de l'erreur d'interprétation», (1992) *Conférence des juristes d'État* 107, en ligne : <<http://www.conferecedesjuristes.gouv.qc.ca/textes-de-conferences/pdf/1992/Lanotiondinterpretationmanifestementderaisonnable.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

«Le sens en droit entre vérité et validité», (1999) 42 *R.I.E.J.* 7.

«Regard critique sur "méthode moderne d'interprétation"», (2003), *notes pour une conférence prononcée le 11 septembre 2003 devant les juges de la Cour fédérale du Canada*.

«Le souci de la sécurité juridique dans l'interprétation de la loi au Canada», (2008) 110 *R. du N.* 685.

«L'empereur est nu... et le juge?» dans KARIM, B. (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 169-185.

CURRIE, R. et C. OGUAMANAM et S. COUGHLAN, «Admissibility of Electronic Records», *IT.Can Newsletters/Bulletin*, 5 mai 2011., en ligne : <<http://www.it-can.ca/wp-content/uploads/newsletters/050511.pdf>> (consulté le 05 mai 2013).

D. IMPEDOVO, G.P. et R. PLAMONDON, *Handwritten Signature Verification: New Advancements and Open Issues*, International Conference on Frontiers in Handwriting Recognition (2012), IEEE Conference Publishing Services, en ligne : <<http://www.icfhr2012.uniba.it/paper059.pdf>> (consulté le 24 avril 2013).

DEMOULIN, M., «L'écrit électronique» dans TRUDEL, P. (dir.), *Activité de la Chaire L. R. Wilson*, Faculté de Droit, Université de Montréal, Chaire L. R. Wilson, 2011, en ligne <<http://www.chairelrwilson.ca/fr/calendrier/48-conference-midi--l-ecrit-electronique.html>> (Consulté le 10 avril 2013).

DEMOULIN, M. et E. MONTERO, «Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique», (2003) 23 *Cahiers du CRID*, en ligne : <<http://www.crid.be/pdf/public/4295.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

DWORKIN, R., «Le positivisme», traduit par Michel Troper, tiré de « The Model of Rules », dans R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (1977).

«La théorie du droit comme interprétation», (1985) 1 *Droit et Société* 99.

«Who Should Shape Our Culture?», (2005) Autumn *The Law School*, en ligne : <http://www.law.nyu.edu/idcplg?IdcService=GET_FILE&dDocName=ECM_DLX_008810&RevisionSelectionMethod=LatestReleased> (consulté le 06 mai 2013).

FABIEN, C., «La preuve par document technologique», (2004) 38 *R.J.T.* 533.

FLOUR, J., «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme» dans *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle: études offertes à Georges Ripert*, vol. T.1, Paris, LGDJ, 1950, pp. 93-114.

FODDEN, S., «Dworkin on Sotomayor», 19 août 2009, en ligne : <<http://www.slaw.ca/2009/08/19/dworkin-on-sotomayor-hearings/>> (consulté le 22 avril 2013).

FONTAINE, M., «Fertilisations croisées du droit des contrats» dans GHESTIN, J. (dir.), *Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 348-361.

FREEDMANA, C. et J. HARDY, «J Pereira Fernandes SA v. Mehta: A 21st century email meets a 17th century statute», (2007) 23 *Computer Law & Security Report* 77, en ligne : <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364906000872>> (consulté le 06 mai 2013).

FRISCHMANN, B.M., «The Prospect of Reconciling Internet and Cyberspace», (2003) 35 *Loyola University Chicago Law Journal* 205.

FRYDMAN, B., «Les formes de l'analogie», (1995) 4 *R.R.J.* 1053.

GALEXIA, «Galexia to assist ASEAN harmonise electronic commerce», March 2004, en ligne: <http://www.galexia.com/public/about/news/about_news-id019.html#Heading140> (consulté le 1^{er} avril 2013).

GAUTRAIS, V., «Art. 2840 C.c.Q. : l'incompris», 17 Décembre 2007, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Art-2840-C-c-Q-l-incompris>> (consulté le 13 avril 2013)

«Constat d'infraction et signature», 28 septembre 2009, en ligne <http://www.gautrais.com/Constat-d-infraction-et-signature?var_recherche=insensible> (consulté le 22 avril 2013)

«Convention internationale et droit québécois : l'écrit de la discorde», 16 Août 2008, en ligne : <<http://gautrais.com/Convention-internationale-et-droit>> (consulté le 23 avril 2013).

«Dell a gagné», 17 juillet 2007, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Dell-a-gagne>> (consulté le 22 avril 2013)

«Indigestion législative», 24 Juillet 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Indigestion-legislative>> (consulté le 13 avril 2013).

Évolution/Révolution ?, Cinquième conférence : le droit du commerce électronique est-il différent ? (2 octobre 2008), Faculté de droit - Université de Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques, en ligne : <<http://www.gautrais.com/powerpoint>> (consulté le 22 avril 2013)

«Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le contexte nord-américain» dans CAVANILLAS MUGICA, S., V. GAUTRAIS et AUTRES (dir.), *COMMERCE ÉLECTRONIQUE : Le temps des certitudes*, Bruylant éd., vol. 17, coll. «CAHIERS CRID», Bruxelles, 2000, pp. 107-128.

«Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies», (2003) *Lex electronica*, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/docs/articles_105.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

«Les contrats électroniques au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies d'information» dans GAUTRAIS, V. (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2005, pp. 3-56.

«Libres propos sur le droit des affaires électroniques», (2006) *Lex Electronica*, vol.10 n°3, *Hiver/Winter 2006*, en ligne : <http://www.lex-electronica.org/docs/articles_60.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

«Signature numérique, Droit et sécurité : pas si sûr !», (2007) *Revue Plan*, en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/pdf/PLAN_2007_Notarius.pdf> (consulté le 12 avril 2013)

«Vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage !», (2008) 37 *Revue générale de droit*, en ligne <<http://gautrais.com/IMG/pdf/200702GautraisEpreuve1.pdf>> (consulté le 22 avril 2013).

«"Give me five?" : Traitement jurisprudentiel du commerce électronique», (2009) 21 *Les cahiers de propriété intellectuelle* 389.

«Droit + philosophie + Internet : vision d'ailleurs» dans JÉRÔME, H. (dir.), *Les philosophies de l'Internet - Conciliation possible avec le droit ?*, Cejem - Paris 2, 2011, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/conference09062011.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

«Réécrire l'écrit» dans GUILLEMARD, S. (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Alain Prujiner*, coll. «Centre d'études en droit économique», Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais, 2011, pp. 113-141.

Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communication électronique dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois, Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, août 2008, en ligne : <http://gautrais.com/IMG/pdf/FINAL._gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf> (consulté le 9 avril 2013).

GAUTRAIS, V. et P. GINGRAS, «La preuve des documents électroniques», (2010) 22 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 267.

GAUTRAIS, V. et D. JAAR, « Mémoire des co-intervenants » sur intervention dans l'affaire Bolduc c. Ville de Montréal, 2011 QCCA 678, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/MEMOIRE06042011.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

GREGORY, J.D., «Ratifying the Electronic Communications Convention», 23 Avril 2009, en ligne : <<http://www.slaw.ca/2009/04/23/ratifying-the-electronic-communications-convention/>> (consulté le 10 avril 2013)

«Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts» dans POULIN, D. (dir.), *Actes du colloque international « Internet pour le droit »*, Montréal, 2002, en ligne : <<http://www.lexum.com/conf/conf2002/actes/gregory.pdf>> (consulté le 21 avril 2013).

«Voice Signatures», 23 août 2012, en ligne : <<http://www.slaw.ca/2012/08/23/voice-signatures/>> (consulté le 12 avril 2013).

La Loi type des Nations unies sur le commerce électronique : Quelques questions essentielles, Rencontre internationale de juristes d'expression française (2000), Montpellier, en ligne : <<http://www.euclid.ca/loitype.html>> (consulté le 03 mai 2013).

«Les lois américaines et canadiennes sur les signatures électroniques et quelques réflexions sur la Directive de l'Union Européenne» dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 413-428.

GRYNBAUM, L., «Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation)», (2011) *Revue Lamy droit de l'immatériel ex Lamy droit de l'informatique* 33

HORNING, R.A., «The Enforceability of Contracts Negotiated in Cyberspace», (1997) 5 *International Journal of Law and Information Technology* 109.

HUET, J., «Le point sur la preuve par documents informatiques ou échanges électroniques», (2011) 72 *Revue Lamy droit de l'immatériel* 30.

HUTCHISON, C.J., «Interpretation & the Internet», (2009) *SSRN eLibrary*, en ligne : <<http://ssrn.com/paper=1521282>> (consulté le 13 avril 2013).

«Interpretation & the Internet», (2010) 28 *John Marshall J. of Comp. & Info. Law* 251.

KERR, O.S., «The Problem of Perspective in Internet Law», (2003) 91 *Geo. L.J.* 357.

KOOPS, B.-J., «Should ICT Regulation be Technology-Neutral?», (2006) *SSRN eLibrary*, en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=918746> (consulté le 06 mai 2013).

LABBÉ, É., *De l'obsolescence technologique du droit à son imprévisibilité : la sécurité juridique est-elle compatible avec le développement technologique?*, Xe Congrès de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique (26 octobre 2007), Faculté de droit - Université de Sherbrooke, en ligne : <http://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/international/AIMJ_2007_Programme.pdf> (consulté le 23 avril 2013)

LAGACÉ, J., «L'accessibilité du langage des lois» dans TREMBLAY, R. (dir.), *Éléments de légistique : Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, pp. 421-426.

LAMBERTERIE, I.D., «L'écrit dans la société de l'information», (1999) dans *Mélanges Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit, Société de législation comparée*.

«Preuve et signature : les innovations du droit français», (2000) 123 *Lamy Droit de l'informatique*, pp. 9-12.

LARRIEU, J., «Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ?», (1988) H (nov) et I (déc) *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*.

LAW-COMMISSION, *Electronic commerce: Formal requirements in commercial transactions*, London, British Government, december 2001, en ligne :

<http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Electronic_Commerce_Advice_Paper.pdf>
(consulté le 06 mai 2013).

LEBEL, L., «La méthode d'interprétation moderne : le juge devant lui-même et en lui-même» dans BEAULAC, S. et M. DEVINAT (dir.), *Interpretatio non cessat : Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville, Yvon Blais, 2011, pp. 103-117.

LEMIEUX, C., «Éléments d'interprétation en droit civil», (1994) 24 *R.D.U.S.* 221.

«Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste», (1998-99) 29 *R.D.U.S.* 223.

LESSIG, L., «The Law of The Horse : What Cyberlaw Might Teach», (Fall, 1999) *Harvard Law Review*.

LEWIS, M., «Digital Signatures: Meeting the Traditional Requirements Electronically - A Canadian Perspective», (2002) 2 *Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L.* 63.

MACCORMICK, N., «Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique : *Argumentation et interprétation en droit*» dans AMSELEK, P. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles - Aix-Marseille, Bruylant - Presse Universitaire, 1995, pp. 213-226.

MAKER, W., «Of Keystrokes and Ballpoints: Real Estate and the Statute of Frauds in the Electronic Age», (2008) 80 *NYSBA Journal* 46.

MANDEL, G.N., «History Lessons for a General Theory of Law and Technology», (2007) 8 *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 551.

MARCHI, P., «La Cour supérieure ouvre la porte au testament olographe imprimé», 19 novembre 2012, en ligne : <<http://lccjti.ca/2012/11/19/la-cour-superieure-ouvre-la-porte-au-testament-olographe-imprime/#section-comments>> (consulté le 10 avril 2013)

MEKKI, M., «Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique »», (2007) 3 *Revue des Contrats* 681.

MONTERO, E. et D. GOBERT, «Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne» dans MONTERO, E. et D. GOBERT (dir.), *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Bruylant éd., vol. n° 19, Bruxelles, Cahiers du CRID, 2001, pp. 199-244.

MOUGENOT, D., «Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?», (2000) 7 *Revue Ubiquité*.

NIELSEN, J., «Writing for the Web», (2001), en ligne
<<http://www.useit.com/papers/webwriting/>> (consulté le 22 avril 2013).

OST, F., «La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique» dans KERCHOVE, M.V.D. (dir.), *L'Interprétation en droit : approche*

pluridisciplinaire, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13 et s.

«Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information» dans CLAM, J. et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 423-449.

OST, F. et M.V.D. KERCHOVE, «De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », (1988) 33 *Arch. Philo. Dr.* 177.

«Interprétation», (1990) 35 *Arch. Philo. Dr.* 165.

PARISIEN, S., P. TRUDEL et V. W.-LAROSE, *La conservation des documents électroniques*, rapport du CRDP, Université de Montréal, décembre 1998.

PAULIN, A., «Office du juge et écrit électronique», (2010) 76 *Revue Lamy droit civil* 13.

PENNEAU, A., «La preuve et l'évolution technologique», (2011) 3 *R.D.A.I.* 255.

PERIOLLO, J.M., «The Statute of Frauds in the Light of Functions and Dysfunctions of Form», (1974-1975) 43 *Fordham L. Rev.* 39.

PORCIN-RAUX, A., «Panel 3B - L'encadrement juridique de la sécurité en ligne», 3 octobre 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Panel-3B-L-encadrement-juridique#co>> (consulté le 10 avril 2013).

RAIMBAULT, P., «La sécurité juridique, nouvelle ressource argumentative», (2008) 110 *R. du N.* 517.

RAYMOND, N., «9th Circuit Rules E-Mail Is Not an 'Electronically Printed' Receipt», (2011) *Law Technology News*, en ligne : <http://www.law.com/jsp/lawtechnologynews/PubArticleLTN.jsp?id=1202495224637&9th_Circuit_Rules_Email_Is_Not_an_Electronically_Printed_Receipt&slreturn=1&hbxlogin=1> (consulté le 06 mai 2013).

REED, C., «What is a Signature?», (2000) 3 *JILT*, en ligne : <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/reed/> (consulté le 06 mai 2013)

«How to Make Bad Law: Lessons from Cyberspace», (2010) 73 *The Modern Law Review* 903, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.1111/j.1468-2230.2010.00824.x>> (consulté le 06 mai 2013).

«Online and Offline Equivalence: Aspiration and Achievement», (2010) 18 *Int'l J.L. & Info. Tech.* 248.

RENARD, I., «Enjeux juridiques de la sécurité informatique : l'art du compromis», (2007) *Droit et Informatique*, en ligne : <<http://www.afai.fr/public/doc/338.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

RENNO, K., «Jurisprudence contradictoire en matière de testament olographe écrit via un moyen technologique», 16 novembre 2012, en ligne : <<http://www.abondroit.com/2012/11/jurisprudence-contradictoire-en-matiere.html>> (consulté le 10 avril 2013).

RICO, J.-F.D. et D. JAAR, «Le cadre juridique des technologies de l'information» dans QUÉBEC, B.D. (dir.), *Développements récents en droit criminel*, Barreau du Québec, vol. 298, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

ROBBE, S., «La clarté des lois sans la sécurité juridique», (2008) 110 *R. du N.* 337.

SARIPAN, H., «Electronic Signature Legislative Models: the Reappraisal of the 'Unfortunate' Divergence », (2009) 3 *The Malayan Law Journal* xx.

SERAÏCHE, R., «L'E-mail n'échappe pas aux exigences du code civil pour bénéficiaire de la présomption de fiabilité reconnue aux écrits électroniques », (2011) *Les Petites Affiches*.

SERRES, M., «Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive», vidéo enregistrée le 11 décembre 2007, en ligne : <http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive> (consulté le 22 avril 2013).

SORIEUL, R., «La Loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques» dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpeje*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 403-411.

SPYRELLI, C., «Electronic Signatures: A Transatlantic Bridge? An EU and US Legal Approach Towards Electronic Authentication», (2002) 2 *JILT*, en ligne : <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_2/spyrelli/> (consulté le 06 mai 2013).

SULLIVAN, R., «Statutory on the Interpretation in the Supreme Court of Canada», (1998-1999) 30 *Ottawa Law Review* 175.

SWAN, A., «The requirement of writing» dans SWAN, A. (dir.), *Canadian Contract Law*, 2nd éd., Lexis Nexis, 2009, pp. 319-340.

TREBULLE, F.G., «La réforme du droit de la preuve et le formalisme», (2000) n° 79 *Petites affiches* 10.

TREMBLAY, L.B., «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels», (1995) 29 *R.J.T.* 460.

TRUDEL, P., «Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ?», (2000) 32 *Sociologie et sociétés* 192, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2000/v32/n2/001806ar.pdf>> (consulté le 06 mai 2013).

VERMEYS, N., «Pentacles et Pentiums : Cinq décisions ayant marqué le droit des technologies d'information en 2009», (2010) 22 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 421.

WINN, J., *Laws and certification: a fiasco?*, Cinquième conférence : le droit du commerce électronique est-il différent ? (03 octobre 2008), Faculté de droit - Université de Montréal, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électronique, en ligne : <http://www.gautrais.com/IMG/wmv/3b_question.wmv> (consulté le 23 avril 2013).

WROBLEWSKI, J., «L'interprétation en droit : théorie et idéologie», (1972) 17 *Archive de philosophie du droit* 51.

4. DOCUMENTS RÉGIONAUX

ASEAN-SECRETARIAT, *ASEAN Vision 2020*, Kuala Lumpur, 15 décembre 1997, en ligne : <<http://www.asean.org/news/item/asean-vision-2020>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

ASEAN Charter, 2007, en ligne : <<http://www.asean.org/archive/publications/ASEAN-Charter.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

ASEAN-SECRETARIAT, *APPENDIX I Roadmap for Integration of e-ASEAN Sector*, 29 November 2004, p. 13, en ligne : <<http://www.asean.org/images/archive/16688.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

Bangkok Declaration, 1967, en ligne : <<http://www.asean.org/news/item/the-asean-declaration-bangkok-declaration>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

Chairman's Press Statement on ASEAN 3rd Informal Summit, Manila, 28-29 novembre 1999, par. 16, en ligne : <<http://www.asean.org/asean/asean-summit/item/chairman-s-press-statement-on-asean-3rd-informal-summit-manila-philippines-28-november-1999>> (consulté le 1^{er} avril 2013)

Declaration of ASEAN Concord II, 7 octobre 2003, en ligne : <<http://www.asean.org/news/asean-statement-communiqués/item/declaration-of-asean-concord-ii-bali-concord-ii-3>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

E-Asean Reference Framework for Electronic Commerce Legal Infrastructure, 2001, en ligne : <<http://www.asean.org/images/2012/Economic/TELMIN/e-Asean%20Reference%20Framework.pdf>> (consulté le 1^{er} avril 2013)

E-ASEAN Framework Agreement, 2000, en ligne : <<http://www.asean.org/news/item/the-fourth-asean-informal-summit-22-25-november-2000-singapore-4>> (consulté le 1^{er} avril 2013).

The e-ASEAN Initiative, 1999, en ligne : <<http://www.aseansec.org/7659.htm>> (consulté le 1^{er} avril 2013)

5. DOCUMENTS INTERNATIONAUX

CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, New York, Nations Unies, 2007, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 (avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998), New York, Nations Unies, 1999, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf> (consulté le 06 mai 2013)

Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001, New York, Nations Unies, 2002, en ligne : <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html> (consulté le 06 mai 2013)

UNION EUROPEENNE, *Directive européenne sur le commerce électronique*, en ligne : <http://lexinter.net/UE/directive_du_8_juin_2000_sur_le_commerce_electronique.htm> (consulté le 06 mai 2013).

6. RAPPORTS

ASEAN-SECRETARIAT, *Roadmap for an ASEAN Community 2009-2015*, coll. «ASEAN Annual Report», Jakarta, ASEAN Secretariat, 2009, en ligne : <http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/asean/dl/ASEANblueprint.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

Implementing The Roadmap for an ASEAN Community 2009-2015, coll. «ASEAN Annual Report», Jakarta, ASEAN Secretariat, 2009, en ligne : <http://seacoop.eu/files/2010/03/ASEAN_roadmap_2008_09.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

CNUDCI, *Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques*, Genève, Nations Unies, 2009, en ligne :
<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/08-55699_Ebook.pdf> (consulté le 06 mai 2013).

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-huitième session, Juillet 2005, (A/60/17), paras 65-68, en ligne :
<<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/sessions/38th.html>> (consulté le 12 avril 2013).

UN Documents, A/CN.9/578/Add.10 et A/CN.9/578/Add.15, en ligne
<<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/38th.html>> (consulté le 12 avril 2013).

UNCTAD, *Information Economy Report 2007-2008*, New York and Geneva, United Nations, 2008, en ligne : <http://unctad.org/en/Docs/sdteecb20071ch8_en.pdf> (consulté le 1^{er} avril 2013).

Information Economy Report 2011 - ICTs as an Enabler for Private Sector Development, New York and Geneva, United Nations, March 2012, en ligne :
<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ier2011_en.pdf> (consulté le 4 avril 2013).

UNESCAP, *Harmonized development of legal and regulatory systems for e-commerce in Asia and the Pacific*, New York, United Nations, 2004, en ligne :
<<http://www.unescap.org/tid/publication/tipub2348.asp>> (consulté le 06 mai 2013).

7. DICTIONNAIRES ET GLOSSAIRE

ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2 éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, Presses universitaires de France - Association H. Capitant, 1998.

POULIN, D. et P. TRUDEL (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, texte annoté et glossaire*, CRDP, septembre 2001, en ligne :
<<http://www.tresor.gouv.qc.ca/ressources-informatiionnelles/gouvernance-et-gestion-des-ressources-informatiionnelles/loi-concernant-le-cadre-juridique-des-technologies-de-linformation/glossaire/>> (consulté le 22 avril 2013).

SAMDACH NATH CHOURN, *Dictionnaire en langue khmer*, Phnom Penh, Institut Bouddhique, 2^e Éd, 2009, (La plus ancienne édition datait en 1967).

8. SITES WEB ET BLOGS

Site web officiel de l'ASEAN : <http://www.asean.org/>

Site web de la CNUDCI/UNCITRAL : <http://www.uncitral.org/uncitral/index.html>

Blog juridique de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électronique du professeur Vincent Gautrais : <http://www.gautrais.com/>

Blog juridique de la Chaire Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique du professeur Pierre Trudel : <http://www.chairelrwilson.ca/>

Blog de la LCCJTI du Québec : <http://lccjti.ca/>

D'autres blogs juridiques en droit des technologies : <http://www.slaw.ca/> ; <http://www.it-can.ca/welcome-bienvenue/> ; <http://legalit.ca/bienvenue-a-legal-it/>

Etc.