

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information

Présenté par :
Stéphane Caïdi

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.),

Décembre 2002

© *Stéphane Caïdi* 2002

SOMMAIRE

Il est devenu commun de dire que notre société se transforme inexorablement en une société dite de « l'information ». Cette transformation se caractérise entre autres par une utilisation accrue des technologies de l'information afin de communiquer, d'échanger ou de transiger. Les supports traditionnels de communication (tel que le papier) cèdent progressivement leur place à de nouveaux supports technologiques favorisant l'efficacité et la rapidité des échanges, et par la même occasion le développement du commerce électronique. Qu'on le souhaite ou non, un constat s'impose : la montée en puissance des réseaux virtuels a eu raison du monopole du papier.

Sur le plan juridique, cette nouvelle réalité bouleverse aussi considérablement les règles de droit civil largement pensées et ancrées dans un contexte papier. L'avènement de la numérisation et du phénomène de la dématérialisation des supports ont effectivement soulevé plusieurs questions d'ordre juridique tout à fait nouvelles que nous pourrions résumer de la manière suivante : Quels sont les rapports entre l'écrit et son support autre que le papier? Quelles sont les caractéristiques de l'écrit faisant appel aux technologies de l'information? Ce type d'écrit peut-il être admis en tant que moyen de preuve? Si oui, quelle sera sa force probante? Ce type d'écrit doit-il être conservé?

Le présent mémoire vise précisément à identifier certains éléments de réponses à ces diverses questions en étudiant spécifiquement les cadres juridiques français et québécois. Ce mémoire traite d'une part des enjeux liés à l'évolution et au rôle de l'écrit face à l'avènement des technologies de l'information et d'autre part du cadre juridique de la preuve et de la conservation de l'écrit dans la société de l'information.

Mots-clés : Preuve, écrit, support, technologies de l'information, archivage

ABSTRACT

It is becoming commonplace to say that we have entered a so-called “information society”. In the process, we have witnessed a transformation characterized by an increased use of information and communication technologies that has revolutionized the way we communicate, learn and conduct business. The traditional communication formats (i.e., paper) gradually yield their place to new technological formats which affect the effectiveness and the speed of transactions, thereby enabling the rise of e-commerce. The advent of virtual networks calls into question the monopoly of paper.

From a legal perspective, the new paradigm has a huge impact on civil law rules, which were largely anchored in a paper context. The advent of the digitization and the phenomenon of the dematerialization of formats raised several new legal issues that we could summarize in the following manner: What is the relationship between writing and its various formats (e.g., other than paper)? What characterizes writing in an electronic environment? Can this type of writing act as evidence? If so, what will be its conclusive force? How can the integrity of documents be ensured?

This thesis examines these various questions within the context of two different legislations: France and Québec. Two issues are addressed: 1) the evolution of writing in an electronic, networked environment; 2) the legal framework around evidence and archiving of writing in the information society.

Keywords: Evidence, writing, communication formats, information and communication technologies, archives

LISTES DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
ASCII	American Standard Code for Information Interchange
ATICA	Agence pour les Technologies de l'Information et de la Communication dans l'Administration
C.c.B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.F.	Code civil français
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.N.R.S.	Centre National de la Recherche Scientifique
C.N.U.D.C.I.	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
C.p.c.	Code de procédure civile
C.Q.	Cour du Québec
C.R.I.D.	Centre de Recherches Informatique et Droit
C.S.	Cour supérieure
Cass. Civ.	Cour de Cassation (Chambre civile)
Cass. Com.	Cour de Cassation (Chambre commerciale)
Cass. Crim.	Cour de cassation (Chambre criminelle)
CHLC	Conférence pour l'harmonisation des lois du Canada
CRDP	Centre de recherche en droit public de l'université de Montréal
D.	Recueil Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HTML	Hypertext Markup Language
ISO	International Standards Organization

JCP E	La Semaine Juridique édition Entreprises et Affaires
J.E.	Jurisprudence Express
J.O.	Journal Officiel de la République française
J.O.C.E.	Journal Officiel de la Communauté Européenne
JPEG	Joint Photographic Experts Group (ISO)
L.G.D.J.	Librairie générale de doctrine et de jurisprudence
L.P.C.	Loi sur la protection du consommateur
L.R.Q.	Lois refondues du Québec
M.I.T.	Massachusetts Institute of Technology
O.C.D.E.	Organisation de coopération et de développement économiques
O.L.F.	Office de la langue française
R. du B.	Revue du Barreau
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême
R.D.C.	Revue de Droit Commercial
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.L.	Revue légale
RDF	Resource Description Framework
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
SGML	Standard Generalized Markup Language
U.C.L.	Université Catholique de Louvain
W3C	World Wide Web Consortium
WORM	Write Once Read Memory
XML	eXtensible Markup Language

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord remercier chaleureusement mon directeur de mémoire M. Pierre Trudel ainsi qu'Isabelle de Lamberterie pour leur disponibilité et leurs précieux conseils tout au long de la rédaction du présent mémoire.

Je profite également de l'occasion pour remercier du fond du cœur les professeurs Daniel Poulin ainsi que Vincent Gautrais pour leur générosité et leur soutien depuis le commencement de ma maîtrise jusqu'au dépôt de mon mémoire.

Je désire dédier ce mémoire à tous mes proches sans lesquels je n'aurais certainement pas réussi à aller jusqu'au bout de ce long parcours. Je remercie en particulier mon père et ma mère d'avoir toujours eu confiance en moi et de m'avoir toujours soutenu à tous les niveaux. Je tiens enfin à dire un immense merci à Virginia et Nadia pour leur omniprésence, leur complicité et leur soutien sans failles dans les moments les plus heureux comme les plus difficiles...

À vous tous mon respect, ma considération et ma reconnaissance.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	ii
ABSTRACT	iii
LISTES DES ABRÉVIATIONS ET SIGLES	iv
REMERCIEMENTS	vi
TABLES DES ILLUSTRATIONS	ix
INTRODUCTION	1
Partie I- La notion de l'écrit face à l'avènement des nouvelles technologies de l'information	8
CHAPITRE 1- L'ÉVOLUTION ET LES CARACTÉRISTIQUES DE L'ÉCRIT DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION	9
<i>Section 1- L'évolution de l'écrit : « L'avant et l'après numérique... »</i>	9
I- Évolution de l'écrit avant l'avènement du numérique	9
A- Bref survol historique	9
B- La « bataille » entre les différents supports de l'écrit	12
II- Avènement du numérique	13
A- La numérisation : Une révolution technologique	13
B- Les enjeux de la numérisation au niveau juridique	15
<i>Section 2- Caractéristiques essentielles de l'écrit : la pertinence du concept d'équivalence fonctionnelle</i>	19
I- Les fonctions de l'écrit	19
A- La lisibilité	19
B- La stabilité	20
C- L'inaltérabilité	22
II- Le principe de l'équivalence fonctionnelle	24
A- L'origine du principe de l'équivalence fonctionnelle	24
B- Application du principe de l'équivalence fonctionnelle : les exemples du droit français et du droit québécois	25
<i>Section 3- Nécessité d'une définition légale de l'écrit</i>	26
I- Contenu du concept juridique de l'écrit	28
II- Enjeux d'une définition neutre et « non restrictive » de l'écrit	31
A- La question de la neutralité technologique	31
B- La question de la transmission	32
C- La question de la durabilité	34
CHAPITRE 2- LA PLACE DE L'ÉCRIT EN DROIT POSITIF : ANALYSE DES RÉCENTES LOIS FRANÇAISE ET QUÉBÉCOISE SUR LES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION	37
<i>Section préliminaire- Présentation générale des lois française et québécoise sur les technologies de l'information</i>	37
I- La loi française n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique	37
II- La loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information	40
III- Objet du présent chapitre	42
<i>Section 1- Éléments de similitudes entre le droit français et le droit québécois quant à la notion de l'« écrit »</i>	43
I- Le choix d'une définition de l'« écrit » placée sous le signe de la neutralité technologique	43
A- Analyse des définitions française et québécoise de l'« écrit »	44
B- L'étendue de la notion de l'« écrit »	48
II- Les relations entre le contenu de l'écrit et son support	49

A- L'indépendance de l'information par rapport au support	49
B- L'interchangeabilité des supports	51
III- Le concept d'intégrité du document	53
A- Les causes susceptibles d'altérer l'intégrité du document	53
B- Le concept d'intégrité au regard des lois française et québécoise sur les technologies de l'information	55
<i>Section 2 : Particularités de la loi québécoise sur les technologies de l'information : l'émergence de nouveaux concepts</i>	62
I- Le concept du « document technologique »	62
A- Un exemple important de document technologique : le document électronique	63
B- Émergence d'un concept englobant et neutre : le document technologique	69
II- Le concept de « cycle de vie » du document	74
A- Le « cycle de vie du document » : un concept issu de la gestion documentaire	74
B- La pertinence de ce concept au niveau juridique	77
PARTIE 2 : Le cadre juridique de la preuve et de la conservation de l'écrit dans la société de l'information	81
CHAPITRE 1 : LA PREUVE ET L'ÉCRIT DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION	81
<i>Section 1 : État du droit de la preuve en France</i>	<i>82</i>
I- Régime applicable avant l'adoption de la loi n° 2000-230	82
II- Régime applicable sous la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatives à la signature électronique (Loi n° 2000-230)	89
<i>Section 2 : État du droit de la preuve au Québec</i>	<i>95</i>
I- Régime applicable sous le C.c.Q.	95
II- Régime applicable sous la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information	102
CHAPITRE 2 : L'ARCHIVAGE ET L'ÉCRIT DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION	111
<i>Section préliminaire : L'archivage des documents faisant appel aux technologies de l'information et ses objectifs</i>	<i>112</i>
I- Quelques précisions terminologiques en matière d'archivage	112
II- Objectifs de la conservation	115
<i>Section 1 : Aspects techniques de l'archivage</i>	<i>118</i>
<i>Sous-section 1 : Différentes techniques d'archivage</i>	<i>119</i>
I- Technique traditionnelle d'archivage	119
II- Technique micrographique	122
III- Technique de la numérisation et les opérations complémentaires	128
<i>Sous-section 2 : Bilan des techniques d'archivage</i>	<i>134</i>
I- Considérations quant à la sécurité de l'archivage des documents électroniques	134
II- Considérations quant aux politiques de normalisation de l'archivage des documents électroniques	135
<i>Section 2 : Enjeux juridiques de l'archivage des documents électroniques</i>	<i>137</i>
<i>Sous-section 1 : Relations entre le droit de la preuve et la conservation des documents électroniques</i>	<i>137</i>
I- La dimension probatoire de la conservation	138
II- Le respect des règles fixées par la loi	141
<i>Sous-section 2 : Régime juridique des tiers archiveurs</i>	<i>146</i>
I- La profession de tiers archiveur	147
II- Fonctions et obligations du tiers archiveur	148
III- Le régime de responsabilité du tiers archiveur	150
Conclusion	155
BIBLIOGRAPHIE	I

TABLES DES ILLUSTRATIONS

Figure 1 : Schéma de la fragmentation et de la répartition de l'information	72
Figure 2 : Cycle de vie du document : combinaison des processus de production et de gestion des documents.....	76
Figure 3 : Fonctionnement d'un système de G.E.D. : Phase d'archivage.....	133

INTRODUCTION

« Ça se niche partout, l'information : dans une montre, dans un crayon qui devient calculette ou réveil, dans un fil de verre arachnéen, dans l'objet le plus quotidien, le plus banal, le plus dépourvu de mystère, que vient transfigurer cet ersatz d'intelligence. »¹

[1] Tel que nous l'indique ce passage de l'ouvrage de Mercier, Plassard et Scardigli, la notion d'information est en soi fort imprécise, et sa définition peut souvent varier d'un extrême à l'autre. Pour certains, elle réfère d'abord à l'idée de mise en forme pour une « mise au courant »² et elle implique alors un processus visant à la fois à recueillir et à donner des renseignements. Pour d'autres, elle ne représente pas moins que le quatrième élément vital au développement de l'humain, après l'eau, l'air et le feu³.

[2] Dans les tous les cas, nous pouvons avancer que si l'information a existé de tout temps, ce qui diffère, aujourd'hui, ce sont les nouvelles technologies appelées *technologies de l'information* conçues pour traiter, stocker, reproduire et transmettre de l'information, et ce, dans tous les secteurs de l'activité humaine. L'expression « nouvelles technologies de l'information » est utilisée dans la présente étude pour désigner les nouvelles techniques de communication qui se sont développées au cours des dernières décennies. Ces techniques renvoient aussi bien à des objets matériels, des outils, des procédés qu'à des objets immatériels, des connaissances, des contenus, des symboles, nécessaires pour créer, renouveler ou transmettre l'information. L'aspect

¹ Pierre-Alain MERCIER, François PLASSARD et Victor SCARDIGLI, *Société digitale : Les nouvelles technologies au futur du quotidien*, Paris, Éd. du Seuil, 1984, p. 5.

² Fernand TERROU, *L'information*, Collection Que sais-je? Presses universitaires de France, Paris, 1962.

³ Emilia CURRAS, « Information as the Fourth Vital Element and its Influence on the Culture of Peoples », (1987) 13 *Journal of Information Science*, 149-157

novateur de ces outils ne se réduit pas ainsi aux seuls supports, mais également à leur contenu, à leur mode de distribution ou d'appropriation en général.

[3] À l'heure actuelle, il est devenu banal de dire que nous sommes passés d'une société industrielle à la société de l'information. La réalité que recouvre cette expression est protéiforme : outre les technologies de l'information elles-mêmes, elle concerne l'ingénierie, la conception et la fabrication de produits, la structure des entreprises et le rôle qu'y jouent la circulation de l'information et son exploitation, la culture, la création artistique, les rapports sociaux... Le développement d'Internet n'en est qu'une manifestation parmi d'autres⁴, et tout semble indiquer qu'il s'agit d'une lame de fond qui est en train de bouleverser durablement nos sociétés.

[4] L'émergence de la société de l'information telle que nous la percevons aujourd'hui résulte sans aucun doute de l'explosion de la quantité de données mises à la disposition d'un public de plus en plus large. Mais cette mutation correspond davantage à un changement profond de réalité qui s'impose dans presque tous les domaines et qui est perçue sous l'angle d'une « circulation généralisée de l'information », celle-ci allant même jusqu'à devenir la « nouvelle richesse » des entreprises⁵ ou encore « l'élément stimulant du changement social »⁶. Ces caractéristiques de la société de l'information ont été largement renforcées par l'utilisation croissante d'Internet. En effet, ce qui était dans les années 60 conçu par le département américain de la Défense comme un outil servant à des fins militaires, puis utilisé dans les années 80 par les universitaires en quête d'échanges scientifiques est en passe de devenir le lieu privilégié de la connaissance, de la communication et du commerce⁷. Internet constitue ainsi un outil de la société de

⁴ Mike ROBERTS, « The emerging Global Information Infrastructure », (1994) *T.D.R.*, 15

⁵ Lawrence LESSIG, *The future of ideas, the fate of the commons in a connected world*, New York, Random, 2001, p. 126.

⁶ Stuart, BIEGEL, *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, MIT Press, 2001, p. 26.

⁷ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), « The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce : Preliminary Findings and Research Agenda », disponible à http://www.onlineaustralia.net.au/publications/other/OECD/ottawa98/e_simpact.pdf (site Web consulté le 25 octobre 2002).

l'information, dans son acception d'espace fonctionnel et sémantique, où foisonne nombre de contenus d'informations, et participent à sa subsistance⁸.

[5] Sur le plan juridique, Internet et ses flux d'informations perturbent les paradigmes du droit⁹. Au sujet des mutations du droit découlant des nouveaux paramètres imposés par la société de l'information, le professeur Trudel explique que :

« La redéfinition du contexte des échanges d'information affecte les représentations sur ce qu'il paraît rationnel de régir. Elle accentue la mutation des raisons justifiant d'édicter ou non du droit ou des lois. Les modes d'intervention ainsi que les techniques d'énonciation du droit connaissent des mutations : il est devenu impossible de légiférer avec des règles qui seraient « claires » à l'égard de situations en mutations constantes »¹⁰.

[6] Ainsi, selon le professeur Trudel, les caractéristiques de la société de l'information affectent profondément la manière d'envisager le droit. En effet, les règles de droit impliquent que les situations qu'elles régissent soient relativement stables. Or, dans la société de l'information, les rationalités qui fondent le droit sont en perpétuelle mutation. De plus, l'information circule en ne respectant aucunement les frontières physiques et encore moins les classifications juridiques¹¹. Ces phénomènes résultent des spécificités de ce nouvel espace virtuel, le cyberspace, fondé sur l'immatérialité et « le caractère transfrontière »¹² de ses activités. Ainsi, comme l'explique le professeur Lessig, le cyberspace est construit sur des contraintes différentes de celles du monde réel et impliquent que les règles qui le gouvernent soient également différentes :

« In real space. It is this qualification about which we must become self-conscious. Our intuitions about property, and about how best

⁸ Jean-Pierre, BASQUIAT, *Les administrations et les autoroutes de l'information. Vers la cyberadministration : stratégies et pratiques*, Paris, Les Éditions d'organisation, 1996, p.16.

⁹ Joel R., REIDENBERG, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », (1996) 45 *Emory Law Journal* 911, 913-916.

¹⁰ Pierre, TRUDEL, « Les mutations du droit à l'âge numérique », juillet 2002, *Revue Droit & Toile*, disponible à <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>

¹¹ Pierre, TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », disponible à http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf (dernière consultation: le 20 octobre 2002); Voir également : Joel R., REIDENBERG, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », présentation au colloque « Les incertitudes du droit? », Faculté de droit, Université de Montréal, 23 mars 1998, disponible à <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/conferences/C60.pdf> (dernière consultation: 18 octobre 2002).

¹² Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHFLEF et Sophie HEIN, *Le droit du cyberspace*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997., p. 1-15.

to order society, are intuitions built in a particular physical world. We have learned a great deal about how best to order that world, given physics, as it were, of that particular world.

But the physics of cyberspace is different. The character of the constraints is different. So while there may be good reason to carry structures that define real space into cyberspace, we should not assume that those structures will automatically map. The different of cyberspace means that the rules that govern that space may be different as well »¹³.

[7] Ainsi, il semble indéniable que face à ce nouveau paradigme bon nombre de règles juridiques semblent inappropriées voire désuètes. Parmi les différentes disciplines juridiques concernées par ce phénomène de risques d' « obsolescence normative », il y a lieu de mentionner notamment le droit commercial et privé, et plus spécifiquement le droit de la preuve. En effet, nul ne peut nier que le système probatoire des actes juridiques dans les modèles juridiques civilistes se base sur la prééminence de l'écrit sur support papier et de la signature manuscrite. D'ailleurs, la plupart des codes civils (notamment les codes civils français et québécois) ont largement été pensés et façonnés dans un contexte papier¹⁴. Mais parallèlement, force est de constater que le support papier se trouve en monopole de fait dans le sens où aucune règle dans les codes civils français ou québécois n'exigent que tous les écrits soient consignés sur support papier. D'ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet à maintes reprises.

[8] Comme nous l'avons mentionné précédemment, notre société s'est transformée en une société de l'information où le support papier ou analogique ne constitue plus le support par excellence. Aujourd'hui, une nouvelle génération de documents envahit notre quotidien et ces derniers ont pour caractéristique d'être consignés sur des supports numériques ou faisant appel à d'autres technologies de l'information. Comme le souligne Isabelle de Lamberterie, avec l'avènement des nouvelles technologies de l'information, de la dématérialisation des supports ainsi que de la technologie numérique, la question du rapport à l'écrit se pose dans des termes

¹³ LESSIG, Lawrence, op. cit., note 5, pp.103-104.

¹⁴Didier GOBERT et Étienne MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », (2001) 6000 *Journal des Tribunaux*, 120^e année, 121.

totallement différents et nouveaux¹⁵. En effet, aujourd'hui, on reconnaît majoritairement que l'écrit est composé de deux éléments dissociables : de l'information et un support. Cette dissociation rend donc possible le transfert ou la migration de l'information vers d'autres supports. En raison de ce phénomène, certains ont même estimé que l'écrit faisant appel aux technologies de l'information se distinguait de l'écrit traditionnel du fait de sa fluidité. Si d'un point de vue technologique, ce phénomène constitue incontestablement une révolution, d'un point de vue juridique il a plutôt tendance à soulever un grand nombre d'interrogations que nous pourrions résumer de la manière suivante : quelle est la valeur juridique de ces nouveaux types d'écrits ou de documents faisant appel aux technologies de l'information ? Quelles sont leurs caractéristiques ? Peuvent-ils être produits comme moyen de preuve devant les tribunaux ? Est-il nécessaire de les conserver et, dans l'affirmative, de quelles manières ?

[9] L'objet du présent mémoire est d'identifier certains éléments de réponses à ces multiples interrogations en prenant à témoin les cadres juridiques français et québécois. En effet, le législateur français puis québécois ont respectivement adopté une loi le 13 mars 2000 et le 21 juin 2001 afin d'encadrer juridiquement les technologies de l'information. La loi française n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique¹⁶ s'inscrit dans la politique menée par le Gouvernement français afin d'adapter la législation nationale aux nouveaux enjeux de la société de l'information. Cette loi modifie en profondeur le droit français relatif à la preuve, en reconnaissant l'équivalence complète du support papier et du support numérique dès lors qu'un certain nombre de conditions sont respectées. La loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information¹⁷ poursuit

¹⁵ Isabelle DE LAMBERTERIE, *Mélanges Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, « L'écrit dans la société de l'information », Société de législation comparée, 1999, p. 120.

¹⁶ Loi n° 2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. du 14 mars 2000, (ci-après appelée la loi n° 2000-230).

¹⁷ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q., 2001, c. 32. Pour plus d'informations sur la loi, un site Web est mis à la disposition du public par le Ministère de la Culture et des Communications du Québec, disponible à :

http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/index.html

quant à elle plusieurs objectifs dont notamment d'assurer la sécurité juridique des communications effectuées au moyen de documents technologiques, de garantir l'équivalence fonctionnelle des documents ainsi que leur valeur juridique. Ainsi, les législateurs français et québécois ont montré la capacité du droit à prendre en compte les évolutions techniques de la société de l'information.

[10] Il est intéressant en outre de constater que ces deux législations semblent avoir opté pour une approche relativement semblable basée sur une double finalité: le cadre juridique élaboré doit d'une part éviter d'être un frein à l'utilisation des technologies de l'information, et d'autre part instaurer un climat de confiance en prévoyant des règles juridiques adaptées à la société de l'information.

[11] De même, les lois françaises et québécoises se sont toutes les deux largement inspirées du modèle de loi adopté par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (C.N.U.D.C.I.) en 1996¹⁸. Cette loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique connaît un large succès car elle a servi de modèle à la plupart des États souhaitant élaborer une loi afin de répondre aux problèmes juridiques posés par le commerce électronique en particulier aux questions relatives à la preuve, aux notions d'écrit et de signature électroniques¹⁹. La loi-type de la C.N.U.D.C.I. a notamment consacré deux principes de base afin de résoudre ces problèmes juridiques : la neutralité technologique et l'approche dite de l'équivalent fonctionnel. Ces deux principes constituent d'ailleurs les piliers fondateurs des lois française et québécoise, ce qui explique sans doute les éléments de similitudes existant entre ces deux lois notamment quant à la manière d'appréhender la notion de l'écrit dans la société de l'information.

¹⁸ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, Rés. AG 51/162, Doc. Off. AG NU, 51^e session, Doc. NU A/RES/51/162, 1996 (avec article 5bis tel qu'ajouté en 1998), disponible à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>

¹⁹ Éric CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », (2000) Juriscom.net, texte présenté au colloque de Strasbourg, « Le commerce électronique : vers un nouveau droit », 8-9 octobre 1999, disponible à <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm>

[12] Étant donné l'étendue du sujet que nous nous proposons d'étudier dans le présent mémoire, notre analyse se limite à cerner dans une première partie la notion d'écrit face à l'avènement des nouvelles technologies de l'information. Dans cette partie, il est fait état d'une part de l'évolution et des caractéristiques de l'écrit dans la société de l'information (Chapitre 1), et d'autre part de la place de l'écrit en droit positif en tentant d'analyser de manière comparative les lois française et québécoise sur les technologies de l'information (Chapitre 2). Après avoir cerné la place et le rôle de l'écrit au sein de la société de l'information, nous appréhenderons dans une deuxième partie le cadre juridique de la preuve et de l'archivage de l'écrit dans la société de l'information. Cette partie a pour objectif de montrer tout d'abord en quoi les règles traditionnelles de preuve en droit français et québécois ne permettaient pas de reconnaître une réelle valeur juridique aux documents faisant appel aux technologies de l'information. Nous analyserons ensuite les solutions apportées par les récentes lois française et québécoise sur les technologies de l'information à ces problèmes d'ordre probatoire (Chapitre 1). Enfin, dans un dernier chapitre, nous nous intéresserons aux enjeux de l'archivage électronique en expliquant en quoi celui-ci constitue un moyen de gestion des risques liés à l'utilisation de documents faisant appel aux technologies de l'information (Chapitre 2).

Partie I- La notion de l'écrit face à l'avènement des nouvelles technologies de l'information

[13] Il est surprenant de noter que la notion de l'écrit n'a fait l'objet que très récemment d'une définition dans le Code civil ou dans une loi particulière. Ainsi, durant une longue période, le législateur a semblé très réticent à l'idée d'élaborer une fois pour toute une définition claire de cette notion pourtant si essentielle en matière du droit de la preuve. Cependant, au niveau de la doctrine, plusieurs auteurs ont pris le risque de définir l'écrit, certains en optant pour une définition beaucoup trop restrictive et d'autres, par contre, en retenant une conception extensive de l'écrit. Parmi les premiers auteurs ayant prôné cette approche extensive de la notion d'écrit, mentionnons Marcel Fontaine et Jacques Larrieu qui ont respectivement défini l'écrit comme « *l'expression du langage sous la forme de signes apposés sur un support* »²⁰ ou « *l'expression de la parole ou de la pensée par des signes* »²¹. Ces deux définitions de l'écrit méritent d'être saluées puisqu'elles semblent avoir énormément inspiré les législateurs français et québécois dans leur manière de définir l'écrit ou le document dans le cadre de leur récente loi sur les technologies de l'information. Avant d'analyser de quelle manière la notion d'« écrit » a été appréhendée dans chacune de ces lois (Chapitre 2), il semble nécessaire dans un premier temps d'étudier l'évolution et les caractéristiques de l'écrit dans la société de l'information (Chapitre 1).

²⁰ Marcel FONTAINE, *La preuve*, « La preuve des actes juridiques et des techniques nouvelles », Colloque UCL, 1987.

²¹ Jacques LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents requise à des écrits sous seing privé », (1988) H *Cahiers Lamy Droit de l'informatique*.

Chapitre 1- L'évolution et les caractéristiques de l'écrit dans la société de l'information

[14] Avant d'analyser les caractéristiques essentielles de l'écrit (section 2) et la nécessité de le définir légalement (section 3) de manière à tenir compte de tous les types de supports (papier, magnétique, optique, numérique, etc), il y a lieu de rappeler auparavant comment l'écrit a évolué avant et après l'avènement du phénomène de la numérisation (section 1).

Section 1- L'évolution de l'écrit : « *L'avant et l'après numérique...* »

[15] Selon nous, l'un des événements qui marque un tournant considérable dans l'évolution de l'écrit est l'apparition de la technique de numérisation. Par conséquent, il convient de distinguer deux périodes : « l'avant (I) et l'après (II) numérique ».

I- Évolution de l'écrit avant l'avènement du numérique

A- Bref survol historique

[16] Avant l'apparition de l'écriture, l'utilisation d'une marque matérielle telle que le sceau était fortement répandue notamment en Mésopotamie²². Les différentes formes de sceau (cachet plat, cylindrique, creux...) portent à l'origine des inscriptions représentatives d'illustrations religieuses ou d'insignes liturgiques. Ces sceaux avaient pour finalité de désigner le propriétaire du bien sur lequel ils étaient apposés. Il y a lieu de remarquer que la minutie et le soin conférés à la gravure rendaient quasi-impossible sa contrefaçon et que par conséquent le degré de précision de la gravure définissait la valeur du sceau. Parmi les différentes formes de sceaux, mentionnons les fameuses

²² Gilbert BOYER, *La preuve*, « La preuve dans les anciens droits du Proche-Orient », Bruxelles, recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions, éd. de la Librairie Encyclopédique, 1965.

bagues égyptiennes également appelées « bagues-scarabées »²³ qui étaient gravées sur leur face interne. En 730 avant J.C., les romains commencèrent à utiliser les camées²⁴ en relief reproduites sur de la cire à titre de sceaux. À l'époque de la Rome Antique, la gravure du chaton et l'empreinte correspondante étaient appelées le *signum* (signe), de plus chaque citoyen disposait d'un anneau et d'un signe propre. La gravure apposée sur l'anneau était diversifiée et pouvait correspondre à toute sorte de choses notamment des devises, des personnages allégoriques, des patronymes... On distinguait habituellement entre deux types de chatons ; celui dont la gravure était incurvée permettant de donner une empreinte en relief (servant à titre de sceau) et celui qui était gravé en relief afin de pouvoir le tremper dans l'encre (servant quant à lui à titre de timbre).

[17] Avec l'avènement de l'écriture²⁵, le sceau joue un rôle relativement distinct dans la mesure où il est apposé sur les tablettes d'argile sur lesquelles sont rédigés différents actes juridiques. Le sceau a ainsi eu pour finalité dans un premier temps d'identifier la personne qui l'appose et par la suite de manifester son consentement. En effet, à partir de l'an 63 avant J.C., les jurisconsultes du sénat codifiaient différents actes juridiques (notamment les testaments), l'une des exigences afin que ces derniers soient valables étaient l'apposition de la souscription autographe (*subscriptio*) du testateur et de ses témoins. Chacun d'eux devait en effet apposer de sa propre main son nom, sa qualité et son rôle dans l'établissement de l'acte²⁶. En d'autres termes, l'élément matériel (représenté par le sceau) constitue aussi l'élément solennel du consentement à l'acte. À l'époque, la force probante de l'acte découle à la fois de la marque matérielle qui scelle l'acte et également du caractère indestructible de son support. Cependant, il y a lieu de noter qu'à cette époque il existe d'autres modes de preuve mis à part l'écrit tels que le recours à des témoins instrumentaires²⁷. Ainsi, jusqu'au XVI^e siècle, tout écrit peut être attaqué par un témoignage d'où l'adage « témoins passent lettres ».

²³ Alain BUQUET, *La signature, du sceau à la clé numérique : histoire, expertise, interprétation*, Édition Service Gutenberg XXI^e siècle, 2000, p.11.

²⁴ Les camées constituent des pierres fines (telles que l'agate, l'améthyste ou encore l'onyx) sculptée en relief pour mettre en évidence ses couches diversement colorées.

²⁵ L'apparition de l'écriture se situe environ 3000 ans avant Jésus-Christ.

²⁶ A. BUQUET, op cit., note 23.

²⁷ Charles PRÉAUX, *La preuve*, « La preuve à l'époque hellénistique », Bruxelles, recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions, éd. de la Librairie Encyclopédique, 1965.

[18] Aux 16^e et 17^e siècles, l'Europe est marquée par la consécration de la preuve littérale. Trouvant son origine dans l'Ordonnance de Moulins (1566), la primauté de la preuve littérale suppose qu'il est impossible de prouver l'existence d'un contrat en l'absence d'écrit²⁸.

[19] Par la suite, l'Ordonnance de 1667 consacre la signature des actes en toutes lettres dans la mesure où l'utilisation d'un motif, d'une croix ou encore d'un sceau ne permet pas la vérification en écriture. De plus, en vertu de cette ordonnance, les actes non signés ne pouvaient servir de preuve, même pas de commencement de preuve par écrit²⁹. A cette époque, l'adage « *témoins passent lettres* » se transforme en « *lettres passent témoins* ».

[20] Au bas Moyen Age, un autre usage s'était établi quant à la rédaction des actes privés. En effet, les actes privés concernant des conventions synallagmatiques étaient rédigés en autant d'exemplaires qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct. Cette formalité du « double écrit » ou encore de la « charte-partie »³⁰, instaurée par la jurisprudence du Châtelet, ne fut toutefois reconnue comme obligatoire qu'au 18^e siècle en France par un arrêt du Parlement de Paris de 1736. Le Code civil français de 1804 l'établit finalement dans son article 1325, bien que cette exigence fût jugée trop excessive par plusieurs rédacteurs de codes civils du 19^e siècle.

[21] Dans le système de preuves légales, l'acte privé entre les parties était assimilé à l'acte authentique à condition qu'il ne soit pas contesté ou qu'il ait triomphé de la procédure de vérification d'écriture³¹. Mais si ce n'était pas le cas, il pouvait au moins servir de « commencement de preuve par écrit », du moins à partir du 17^e siècle en France. L'expression « commencement de preuve par écrit », qui a été créée par le jurisconsulte poitevin Théveneau, signifie tout titre signé, émanant de celui contre lequel

²⁸ La primauté de la preuve littérale est prévue à l'article 4 de l'Ordonnance de Moulins.

²⁹ Michel THOMAS, *De l'origine des actes sous seing privé*, thèse de doctorat, 1920, p. 51-52.

³⁰ Alain DE BOÛART, *Manuel de Diplomatie Française et pontificale*, t. II, Paris, L'acte privé, 1948, p. 237.

³¹ Jean GILISSEN, *La Preuve*, « La preuve en Europe (XVIe-XIXe siècle) », Bruxelles, recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions, éd. De la Librairie Encyclopédique, 1965, p.819.

la demande est formée, mais qui ne peut, pour des raisons de fond ou de forme, constituer un écrit nécessaire à la preuve des actes juridiques³². La notion de « commencement de preuve par écrit » sera d'ailleurs reprise dans l'article 1347 du Code civil de 1804.

B- La « bataille » entre les différents supports de l'écrit

[22] Malgré l'évolution de la notion d'écrit depuis plusieurs siècles, la qualité du support matériel reste aujourd'hui autant importante que dans le passé. Ainsi, à titre d'exemple, rappelons la « bataille » entre le parchemin et le papier qui existait à l'époque malgré la présence de ce dernier depuis plus de deux siècles. Si le papier a mis du temps à faire l'unanimité à l'époque, l'explication se trouvait dans la qualité du parchemin. En effet, ce dernier était reconnu comme étant un support plus solide que le papier et garantissant l'intégrité de l'acte de manière plus appropriée. Peut être que cette « bataille » entre les deux supports de l'époque était prémonitoire du débat actuel concernant l'écrit papier et l'écrit électronique... Avec la disparition définitive du parchemin, le papier devient alors le support exclusif pour tout acte au point où il règne une confusion totale entre l'écrit et son support papier. D'ailleurs, un certain nombre d'auteurs déclarent que les règles de la preuve littérale ont été largement pensées et façonnées dans un contexte papier³³. De plus, le papier répond aux principales exigences de l'écrit à savoir sa stabilité, son inaltérabilité et sa lisibilité.

[23] Enfin, l'écrit tire sa force probante de sa qualité d'original. On entend par cette qualité d'original le fait qu'aucune modification du premier support n'ait pu survenir et que la signature de l'acte est bel et bien présente.

[24] Cette conception traditionnelle de l'écrit laisse très peu de place à la reconnaissance de nouveaux moyens de communication recourant à l'informatique ou à l'électronique. Toutefois, les tribunaux semblent avoir pris des positions novatrices à plusieurs reprises afin d'assouplir ces règles en reconnaissant par exemple la télécopie

³² Cette définition est inspirée du lexique *Termes juridiques*, éditions Dalloz, 1995, p. 112.

³³ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14.

comme écrit probant en 1997³⁴. Ainsi, l'émergence de l'informatique et le développement des réseaux numériques ont remis en question la notion même de support matériel.

II- Avènement du numérique

[25] Avant d'analyser les enjeux de la numérisation au niveau juridique (B), il paraît utile de mentionner brièvement en quoi consiste la technique de numérisation et en quoi elle constitue une véritable révolution technologique (A).

A- La numérisation : Une révolution technologique

1- La technique de la numérisation

a- Définition

[26] La numérisation constitue une opération préalable de conversion des informations produites originellement sous une forme analogique³⁵ vers une forme numérique. L'information ainsi numérisée pourra faire l'objet d'une multitude d'opérations telles que l'exploitation, le transfert, le classement, le tri ou encore le stockage. En effet, ce qui fait l'intérêt de la numérisation est la relative simplicité du code binaire permettant de sauvegarder et de transmettre l'information peu importe le système informatique utilisé.

[27] La numérisation améliore considérablement la vitesse de traitement de l'information, son utilisation et son accessibilité. Elle favorise également l'établissement de procédures de contrôle automatisé et permet surtout de résoudre le problème du stockage physique des documents en offrant par l'intermédiaire des systèmes de mémoires informatiques des capacités de stocker l'information comme il n'a encore

³⁴ Com., 2 décembre 1997, D. 1998.192, note Martin. Voir également : Civ., 1^{ère}, 14 février 1995, J.C.P. 1995.II.22.402, note Charlier ; Civ., 1^{ère}, 25 juin 1996, Contr. Cons. consom. 1996.183, obs. Leveneur.

³⁵ On entend par forme analogique une forme directement intelligibles ou intelligibles par le biais d'un instrument, pouvant être codées (signal, morse, fréquence radio...) ou non-codées.

jamais été possible de le faire auparavant³⁶. De plus, la technique de la numérisation associée aux procédés multimédia offre la possibilité d'effectuer une kyrielle d'applications technologiques en utilisant l'information sous sa forme analogique ce qui a pour conséquence de faciliter et d'optimiser la réalisation des tâches entreprises³⁷.

b- Les principales qualités de la numérisation

[28] Selon David G. Masse³⁸, les deux principales qualités des documents numériques sont leur « malléabilité » et leur « indépendance ». Le document numérique est en effet malléable dans la mesure où « il n'est jamais rien de plus qu'une série de bits inscrits sur un support informatique ». Par conséquent, il devient relativement aisé de « modifier le document en modifiant les bits ». En outre, le document numérique est indépendant car il peut être dissocié de son support physique c'est à dire qu'il peut être consigné sur n'importe quel support sans perdre sa qualité première. Ces deux qualités du document numérique lui permettent, certes, d'être facilement et indéfiniment transmissible, mais elles compliquent la tâche d'apprécier la source des modifications que le document numérique a pu subir tout au long de son traitement.

2- L'opération de numérisation

[29] La numérisation consiste à convertir une information donnée sous forme de grandeur continue en une information discontinue codée. La forme continue ou analogique des signaux est découpée en éléments discontinus, ces derniers étant codés par des codes arithmétiques utilisant le langage binaire³⁹. Ainsi, la forme analogique va être découpée en une succession d'éléments caractérisés par une valeur codée.

³⁶ David MASSE, « La preuve des inscriptions informatisées », (1997) *Congrès Annuel du Barreau du Québec* et disponible à <http://www.masse.org/Cic97bar.htm>

³⁷ Danièle BOURCIER, « La dématérialisation des supports du droit », (1998) Bibliothèque nationale de France, disponible à <http://www.bnf.fr/pages/pedagos/dossisup/usages/4artdb.htm>

³⁸ D. MASSE, loc. cit., note 36.

³⁹ Christian DUCHARME, « Du CD-ROM à la numérisation : développer les documents numériques en bibliothèque », (1997) *Institut de formation des bibliothécaires*.

[30] Ce code peut être notamment exprimé soit en bit c'est à dire une valeur de 1 ou de 0 équivalant au blanc ou au noir, soit en octet correspondant à 8 bit autorisant 256 valeurs afin de caractériser des niveaux de gris, soit en plusieurs octets pour le codage des documents en couleurs. Dans l'hypothèse d'un document en noir et blanc, la valeur noir ou blanc de chacun des points est déterminée en fonction d'un paramètre.

[31] En fonction de la densité du découpage du signal analogique en points⁴⁰, la conversion permettra un degré de représentation plus ou moins fidèle de la forme analogique. Une fréquence d'échantillonnage insuffisante⁴¹ peut avoir pour conséquence d'endommager l'information voire même de rendre le document inintelligible. En fonction de la nature des informations et de la nature du support, les procédés de numérisation seront susceptibles de varier. À titre d'exemple, la numérisation d'un document consigné sur support papier peut être effectuée au moyen d'un scanner. Ainsi, le scanner décompose la surface de la page en carrés microscopiques et effectue un traitement sur la totalité de cette surface à l'instar d'une mosaïque composée de points. Une fois la surface entièrement quadrillée, le numériseur réalise un balayage de celle-ci de manière linéaire. Chaque point se voit attribuer un code (blanc ou noir c'est à dire 0 ou 1) qui est enregistré par le système. Il y a lieu de noter que le nombre de points auxquels a été attribué un code⁴² est considérable. En effet, on parle en moyenne de 4 millions de points codés (ou pixels) pour une feuille de format A4 avec une fréquence d'échantillonnage relativement faible.

B- Les enjeux de la numérisation au niveau juridique

[32] La numérisation constitue bien plus qu'une simple technologie, elle représente en effet une « révolution technologique » qui a profondément bouleversée nos moyens de communication. Le « phénomène du numérique » a eu des conséquences à tous les niveaux : économique, social, politique, culturelle et bien évidemment juridique.

⁴⁰ En termes techniques, on parle habituellement de résolution ou de fréquence d'échantillonnage.

⁴¹ On entend par là une faible densité de points au millimètre carré.

⁴² On parle ici de pixels c'est à dire de l'élément le plus petit d'une surface d'affichage auquel on peut associer individuellement une couleur (ou un niveau de gris) et une intensité.

De même, en ce qui concerne l'écrit au niveau juridique, la numérisation a également eu un certain nombre de répercussions notamment quant à la manière d'envisager la notion de la reproduction fidèle du document ou encore de l'original.

1- La notion de fidélité

[33] Tel qu'étudié précédemment, la numérisation consiste à convertir une forme analogique continue en une information discontinue et codée. Par conséquent, il convient de s'interroger sur le degré de fidélité de la copie issue d'un processus de numérisation. A priori, une telle copie ne peut pas être reconnue comme une reproduction fidèle du document original. Ceci étant, il y a lieu d'apprécier si cette absence relative de fidélité de la copie numérique représente un réel obstacle à la fidélité juridique.

[34] Tout d'abord, il semble nécessaire d'indiquer que la « *fidélité ne postule pas la stricte identité des documents* »⁴³. En effet, ce qui paraît primordial n'est pas la reproduction parfaite du document mais plutôt l'identité du contenu informatif et donc la préservation de l'efficacité de l'acte dans tous ses éléments. Par exemple pour un texte, la seule condition pour reconnaître qu'une copie numérique constitue une reproduction fidèle est la présence de la totalité des caractères du document original. Les autres paramètres de forme (format des documents, police ou taille des caractères) ne semblent pas décisifs.

[35] S'agissant de la signature ou de toute autre mention manuscrite caractérisées originellement par un mouvement libre de la main, peut-elle être fidèlement reproduite par une mosaïque de points? Il a largement été admis qu'une signature manuscrite en principe non-reproductible à l'identique puisse néanmoins être valablement reproduite. Le droit semble donc admettre une certaine marge d'approximation. En réalité, ce sont les garanties offertes par le processus de reproduction qui permettront d'authentifier la copie et non, dans ce cas précis, sa fidélité intrinsèque.

⁴³ Dominique PONSOT, « Valeur juridique des documents conservés sur support photographique ou numérique », (1995) *Documentation Française* 33, rapport disponible à <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/BRP/964066700/0000.pdf>

2- La numérisation et la pertinence relative de l'original

[36] La numérisation se joue apparemment de la distinction entre original et copie. La facilité de reproduire des données numériques signifie-t-elle que la distinction entre original et copie n'a plus de raison d'être dans l'environnement numérique?

[37] La notion d'original a rarement fait l'objet d'une définition précise tant au niveau de la législation qu'au niveau de la jurisprudence ou de la doctrine. La notion d'original est essentiellement appréhendée lorsque la notion de copie (d'ailleurs beaucoup mieux circonscrite) est mise en cause. L'absence de définition positive de l'original se justifie par le fait qu'en matière probatoire l'original est habituellement confondu avec l'acte signé (acte sous seing privé ou acte authentique). Avec l'avènement du numérique, il a été nécessaire de revenir sur la notion d'original. Ainsi plusieurs textes ont fait mention de ce concept créant à certains égards plusieurs malentendus⁴⁴. Par conséquent, un certain nombre de remarques méritent d'être faites afin de mieux appréhender la portée exacte de la notion d'original. Tout d'abord, rappelons que l'unicité d'un écrit n'est pas le critère de son originalité. De même, il faut distinguer en droit de la preuve entre l'original et l'écriture sur le support originel. En effet, un écrit ne perd pas sa qualité d'original à partir du moment où il ne se trouve plus consigné sur son support premier. En outre, la qualité d'original n'est pas tributaire de la nature d'un support en particulier. Enfin, il semble également important de distinguer entre les concepts d'original et d'intégrité de l'écriture. En effet, l'existence d'une garantie relative à l'intégrité d'une écriture ne constitue pas pour autant une condition suffisante de la forme originale de celle-ci. Autrement dit, un document n'obtiendra pas la qualité d'original par le seul fait que son intégrité est préservée.

⁴⁴ Voir notamment : Loi luxembourgeoise du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Memorial J.O. du Grand-Duché du Luxembourg, A-96, 8 septembre 2000, Art. 7. Loi disponible à : <http://www.etat.lu/EC/lois/comelec.pdf> ; Loi type de la CNUDCI, précité note ?, Art. 8; Éric CAPRIOLI, « Écrit et preuve électronique dans la loi », (2000) 30 JCP Edition Entreprise, cahiers de droit de l'entreprise.

[38] Traditionnellement, seule la signature permettait de conférer la qualité d'original au document. La copie s'en distingue précisément par la circonstance qu'elle constitue une transcription non signée⁴⁵. Or, l'avènement du numérique a quelque peu remis en question cette distinction dans le sens où les procédés informatiques favorisent la reproduction d'un écrit sous forme d'une copie ou d'un original. Force est de constater que dans l'environnement papier traditionnel l'écrit original et l'écrit originaire sont synonymes et que le tracé de la signature sur le support originel constitue une condition essentielle voire primordiale quant à la reconnaissance de l'original. À l'heure du numérique, cette conception se doit d'évoluer afin d'admettre définitivement que la reproduction d'un écrit sur support électronique ne s'analyse pas forcément comme une simple copie⁴⁶. En effet, il est temps de reconnaître qu'un acte numérique, contenant une signature lui étant étroitement liée et dont l'authenticité a été solidement vérifiée, constitue un acte original au même titre que le document originaire. Dans l'hypothèse contraire (c'est à dire dans l'hypothèse où ces deux conditions cumulatives ne seraient pas remplies) l'acte ne constitue qu'une simple copie n'ayant qu'une valeur de commencement de preuve par écrit ou de simple présomption⁴⁷. Ainsi, il semble que ce ne soit plus le support originel qui permet que l'intégrité de l'acte soit maintenue mais plutôt la signature « dont le mécanisme permet de figer logiquement le contenu de l'écrit »⁴⁸.

[39] Rappelons enfin que le système probatoire traditionnel est fondé sur les notions d'intégrité et d'originalité qui elles-mêmes sont étroitement liées à la nature de leur support. Mais dans quel sens faut-il concevoir l'écrit afin de pouvoir y faire entrer le document numérique ? L'étude des caractéristiques de l'écrit permet-elle de conclure à une équivalence entre l'écrit sur support papier et l'écrit électronique ?

⁴⁵ Nicole VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Éditions Larcier, 1991, n° 201, p.201.

⁴⁶ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14, p.127.

⁴⁷ E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », (1997) 11 *R.D.C.*, 1997.

⁴⁸ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14, p.127.

Section 2- Caractéristiques essentielles de l'écrit : la pertinence du concept d'équivalence fonctionnelle

[40] En vertu de l'article 6 de la Loi-type de la CNUDCI de 1996⁴⁹, une dizaine de différentes fonctions sont offertes par l'écrit papier. Parmi ces fonctions attachées à l'écrit, mentionnons notamment la preuve, la prise de conscience des conséquences de la conclusion du contrat par chacune des parties, l'authentification des données au moyen d'une signature, mais également la lisibilité, la stabilité et l'inaltérabilité. Aux fins de la présente étude, ces trois dernières fonctions seront analysées (I) de manière à déterminer le degré de similitude entre l'écrit papier et l'écrit électronique. L'importance de déterminer si ces deux types d'écrits peuvent être reconnues comme équivalents au niveau fonctionnel nous amènera à expliquer en quoi le concept d'« équivalence fonctionnelle » constitue un principe innovateur et essentiel afin de reconnaître juridiquement l'écrit dans la société de l'information (II).

I- Les fonctions de l'écrit

[41] En vertu des travaux élaborés par la CNUDCI, plusieurs fonctions sont attachées à l'écrit dont la lisibilité (A), la stabilité (B) et l'inaltérabilité (C). Avant d'étudier plus en détails chacune de ces fonctions de l'écrit, mentionnons que plusieurs auteurs ont estimé que ces fonctions étaient « *inhérentes, non à l'écrit, mais au papier, qui était le support traditionnel de l'écrit* »⁵⁰.

A- La lisibilité

⁴⁹ précitée, note 18.

⁵⁰ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *Le Commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », Liège, Éditions du jeune barreau de Liège, 2001, p. 130.

[42] La notion de lisibilité suppose qu'il soit possible d'accéder et de lire aisément le contenu d'un écrit⁵¹. Ceci étant, comme l'a mentionné à juste titre Isabelle de Lamberterie⁵², il y a lieu de se demander quel type d'accès doit être préconisé : un accès direct ou non ? Dans l'hypothèse d'un accès direct, que faut-il précisément entendre par direct ?

[43] L'écrit doit être lisible par l'homme, certes, mais avec ou sans la possibilité d'utiliser une technologie telle qu'un programme ou un logiciel informatique.

[44] S'agissant de l'écrit papier, il ne fait aucun doute qu'il est complètement et directement lisible à condition bien évidemment qu'il soit rédigé dans la langue de son lecteur, bien qu'il soit également tout à fait possible dans ce cas de figure de recourir à un traducteur. Même basé sur le langage binaire fort complexe, le document électronique peut également répondre à l'exigence de lisibilité à partir du moment où un dispositif de lecture approprié a été conçu afin de permettre sa compréhension par l'homme. De plus, il est nécessaire que les outils ayant permis la conversion d'un langage informatique quasi-incompréhensible à un langage lisible soient relativement fiables et stables de façon à ce que le document électronique soit facilement accessible.

B- La stabilité

[45] La stabilité est souvent associée à la notion de durabilité. En effet, la stabilité implique l'idée de durée, de constance voire de permanence. À cet égard, mentionnons que le code civil français, depuis la Loi du 12 juillet 1980⁵³, définit ce qu'il faut entendre par durable. L'article 1348 alinéa 2 dispose en effet : « *Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support* ». Selon Isabelle de Lamberterie, cette définition du C.c.F. s'adresse à la « *copie d'un original sur un support autre que le papier et elle ne s'impose pas obligatoirement*

⁵¹ Selon le Grand Dictionnaire Terminologique de l'Office de la Langue Française, on entend par lisibilité « *l'aisance de lecture d'un texte, provenant de la qualité des caractères dans lesquels il est imprimé* ».

⁵² I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit., note 15, p.124.

⁵³ Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, J.O. 13 juillet 1980.

à l'écrit original, il ne faut pas oublier qu'à l'époque cette copie n'était pas considérée comme un écrit »⁵⁴.

[46] La stabilité de l'écrit, en raison de l'idée de durée et de permanence qui s'y attachent, doit également être associée à la notion de conservation à long terme. Sur ce point, l'exigence de la stabilité semble largement remplie par l'écrit sur support papier, ce dernier jouant un rôle de conservation plus que satisfaisant⁵⁵.

[47] S'agissant de l'écrit électronique, le risque que les supports informatiques deviennent obsolètes ne peut pas être nié. En effet, étant donné l'évolution rapide des technologies, il apparaît difficile d'assurer que l'on disposera des outils informatiques permettant la lecture du document électronique traité plusieurs années plus tôt⁵⁶. Traditionnellement, l'archivage de documents suppose la stabilité de l'information ainsi que la restitution du document dans un état intact. L'idée que l'informatique puisse répondre à de telles finalités n'est pas si évidente. L'enjeu est de taille dans la mesure où le document électronique doit à la fois répondre à des exigences de sécurité et également remplir les mêmes fonctions juridiques que l'écrit papier⁵⁷. D'autres auteurs estiment qu'un écrit électronique remplit l'exigence de stabilité et « qu'un document sur support magnétique est susceptible de subsister pendant un temps suffisant pour remplir le rôle qu'on en attend »⁵⁸. Ceci dit, cette stabilité du document électronique implique néanmoins que ce dernier fasse l'objet d'une maintenance technologique continue. En effet, compte tenu de la vitesse et du progrès constant des technologies de l'information, il est apparu nécessaire de mettre en œuvre un processus de migration de l'information d'un support vers un autre, voire même d'un format vers un autre, de

⁵⁴ I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit., note 15, p.125.

⁵⁵ Même si théoriquement le support papier se veut être un support durable et se dégradant très peu, il y a lieu de nuancer nos propos dans la mesure où le papier peut être détruit et que certains types de papier sont moins résistants et moins fiables. À ce sujet voir : D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14, p. 124.

⁵⁶ Valérie SÉDALLIAN, « Preuve et signature électronique », (2000) *Juriscom.net*, article présenté lors du séminaire franco-allemand organisé par l'Association Française des Avocats, Conseils d'Entreprises et le Deutscher Anwalt Verein à Nice le 14 et 15 avril 2000. Article disponible à <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm>

⁵⁷ É. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », loc.cit., note 19.

⁵⁸ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14 p. 124. Voir également : D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », (2000) 4 *Ubiquité*, 121-128.

manière régulière et systématique⁵⁹. Ce genre de procédures peut certes apparaître lourd et contraignant par rapport à la gestion des documents consignés sur support papier. Toutefois, seul le respect de telles exigences peut permettre de garantir une sécurité et une conservation des documents électroniques sans risquer de perdre de façon irréversible des données en raison d'une évolution technologique non anticipée ou d'un mauvais choix de support.

C- L'inaltérabilité

[48] La condition d'inaltérabilité suppose que l'écrit ne puisse être modifié par les parties ou par les tiers. Plusieurs auteurs⁶⁰ sont d'avis qu'il semble nécessaire de faire une distinction terminologique suivant qu'il s'agit d'une altération du contenu de l'écrit ou de son support. En effet, s'il semble préférable de parler d'« inaltérabilité » s'agissant du support de l'écrit⁶¹, le terme « immutabilité »⁶² apparaît plus approprié s'agissant de son contenu.

[49] Si des fraudes ou des altérations sur le support papier sont difficilement réalisables car rapidement décelables à l'œil nu, il en serait autrement avec le support informatique permettant de modifier indéfiniment le document sans que ce dernier ne devienne illisible. En réalité, cette affirmation mérite d'être nuancée dans la mesure où il existe différents moyens pour tracer les modifications effectuées sur le document, par exemple la date et l'heure de la réalisation du nouveau document sont systématiquement mises à jour. De plus, un document électronique ne se limite pas à retranscrire électroniquement l'information contenue dans le document papier, mais contient aussi plusieurs « informations cachées » ou métadonnées qui permettent de renseigner sur la

⁵⁹ Françoise BANAT-BERGER et Yves RABINEAU, *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective*, « L'établissement et la conservation des actes authentiques dématérialisés : problématiques », Paris, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation Française, 2002, p.264.

⁶⁰ Xavier LINANT DE BELLEFONDS et Alain HOLLANDE, *Pratique du droit de l'informatique*, 4^e éd., Paris, Delmas, 1998, p. 288.

⁶¹ Autrement dit, le support est supposé présenter un caractère immuable tels que l'or ou le bronze.

⁶² On entend par immutabilité le fait que le contenu de l'écrit a été rédigé de façon définitive et qu'il n'est donc pas susceptible d'être modifié ultérieurement.

nature de l'information contenue dans le document. Ces métadonnées informent notamment le lecteur sur l'auteur ou les auteurs du document, sur sa taille ou son volume ainsi que sur le nombre de mises à jour ou de corrections dont il a fait l'objet.

[50] En outre, l'utilisation de la signature numérique diminue de manière importante les risques de fraudes et assure donc l'intégrité du document. Le développement du numérique a eu pour effet de passer d'une réalité où le support jouait un rôle essentiel à une réalité où le rôle primordial revient au contenu. En effet, dans l'environnement papier, le contenu étant indissociable de son support, ce dernier garantit l'intangibilité du contenu. Alors qu'avec le passage au numérique, cette fonction se déplace du support vers le contenu.

[51] L'inaltérabilité de l'écrit n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes quant à sa reconnaissance en tant que tel comme fonction de l'écrit, d'ailleurs ce point a soulevé un débat au sein de la doctrine. Sans prendre position dans ce débat, mentionnons simplement que certains auteurs tels que M. Fontaine et J. Larrieu, suivi plus tard par d'autres⁶³ ont considéré l'inaltérabilité non comme une fonction propre à l'écrit, mais simplement comme une condition de son efficacité probatoire.

[52] À travers l'étude de ces trois fonctions de l'écrit, il a été démontré que l'écrit électronique pouvait remplir à certains égards les mêmes fonctions que l'écrit papier. Cette recherche d'une équivalence entre les fonctions de ces deux types d'écrit s'inscrit dans une approche dite d'« équivalence fonctionnelle ». Ce concept juridique, relativement nouveau, semble avoir été reconnu de façon quasi-universelle ; certains États n'hésitant pas d'ailleurs à consacrer ce principe dans le cadre de leurs législations nationales⁶⁴. Ce principe a notamment pour finalité de favoriser le passage de l'écrit à l'ère numérique en reconnaissant notamment une valeur juridique à l'écrit électronique.

⁶³ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14.

⁶⁴ Notamment au Québec, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information consacre explicitement ce principe en prévoyant à son article premier que l'un de ses objectifs est « *d'assurer l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique* ».

II- Le principe de l'équivalence fonctionnelle

A- L'origine du principe de l'équivalence fonctionnelle

[53] Selon Éric Caprioli et Renaud Sorieul, le concept d'équivalence fonctionnelle consiste à rechercher les fonctions qu'un instrument juridique⁶⁵ possède et de les transposer sur tout autre support susceptible de reproduire ces mêmes fonctions⁶⁶.

[54] La première véritable référence au concept d'équivalent fonctionnel est apparue lors de l'adoption de la loi-type de la CNUDCI en 1996⁶⁷. Cette loi avait pour finalité de procurer aux différents législateurs nationaux un cadre juridique universellement acceptable relativement aux problèmes juridiques liés au phénomène de la dématérialisation des transactions informationnelles⁶⁸. Il y a lieu de mentionner que la loi-type de la CNUDCI s'est basée sur la définition de l'écrit telle qu'elle avait été consacrée par la Convention de Vienne de 1980⁶⁹. En effet, selon la Convention de Vienne l'écrit ne doit en aucun cas exclure les nouveaux moyens de communication. L'approche ainsi adoptée par la CNUDCI suppose dans un premier temps une analyse précise des finalités et des fonctions de l'écrit traditionnel, puis dans un deuxième temps elle vise à déterminer dans quelles mesures ces finalités et ces objectifs pourraient être assurés par les nouveaux moyens techniques du commerce électronique. Autrement dit, l'objectif recherché par la loi-type est d'établir une reconnaissance juridique entre les documents sur support électronique et les documents sur support papier.

⁶⁵ On entend par instrument juridique notamment la signature ou encore l'écrit.

⁶⁶ Éric CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », (1997) J.D.I., 3.

⁶⁷ précitée, note 18.

⁶⁸ I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit., note 15, p.131.

⁶⁹ *Convention des Nations Unis sur les contrats de vente internationale de marchandises*, adoptée le 11 avril 1980, Secrétaire général des Nations Unis, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, Vienne, Art. 13, disponible à : <http://www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm> . En effet, la Convention de Vienne prévoit que le terme « écrit » doit s'entendre également des nouveaux moyens de communication de l'époque à savoir le « télégramme » et le « télex ».

B- Application du principe de l'équivalence fonctionnelle : les exemples du droit français et du droit québécois

[55] La CNUDCI, en posant les premières bases de ce concept d'équivalence fonctionnelle désormais reconnu comme universel, a considérablement facilité la tâche des États souhaitant adapter leurs règles juridiques nationales afin d'admettre l'écrit sur un support autre que le papier. Pour ne prendre que deux exemples, les législateurs français puis québécois n'ont pas tardé à transposer le principe d'équivalence fonctionnelle, pour élaborer leur législation en matière de nouvelles technologies de l'information. Tout d'abord, en droit français, l'article 1316-1 introduit au C.c.F. par la loi du 13 mars 2000⁷⁰ prévoit que l'écrit consigné sur support électronique est admis en tant que preuve au même titre que l'écrit papier à condition qu'il « puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir l'intégrité ». Ce passage de l'article 1316-1 de la loi française du 13 mars 2000 consacre sans aucun doute une approche fonctionnelle concernant l'admissibilité de l'écrit électronique. À ce sujet, la démarche consacrée par le législateur français afin de surmonter les multiples écueils apportés par le commerce électronique a été d'effectuer systématiquement un parallèle avec les situations juridiques connues dans le monde de l'écrit papier dans le but de les transposer voire de les reproduire dans un environnement dématérialisé. Ainsi, de manière générale, les règles adoptées par la loi du 13 mars 2000 sont fondées sur les fonctions que peuvent notamment assurer l'écrit ou encore la signature dans les relations juridiques traditionnelles⁷¹.

[56] L'article 1316-1 de la loi du 13 mars 2000 définit les deux fonctions juridiques de base afin de reconnaître une équivalence entre l'écrit sous forme électronique et l'écrit papier : identification de la personne dont l'écrit émane ou

⁷⁰ précitée, note 16.

⁷¹ É. A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, loc. cit., note 66, p.321.

l'imputabilité à l'auteur, l'établissement et la conservation de l'écrit en vue d'en garantir l'intégrité⁷².

[57] Le législateur québécois, à l'instar de son homologue français, a également introduit le principe d'équivalence fonctionnelle de manière explicite dans la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information⁷³. En effet, l'article premier de cette loi dispose que :

« La présente loi a pour objet d'assurer : [...] 3) l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent. » (nos soulignés).

[58] Ainsi, à travers cet article le législateur québécois tient à souligner que divers procédés, technologies, ou supports technologiques possèdent la capacité de remplir les mêmes fonctions que celles déjà connues dans le domaine des documents sur support papier. L'article 9 de cette même loi reconnaît aussi une valeur juridique identique aux documents servant les mêmes fonctions bien que sur des supports différents. Au regard de la loi québécoise, l'expression « documents servant aux mêmes fonctions » signifie les documents comportant la même information, respectant les règles de droit qui les régissent et dont l'intégrité est assurée⁷⁴.

[59] Après avoir analysé les fonctions essentielles de l'écrit ainsi que l'importance de reconnaître comme fonctionnellement équivalent les documents sur support électronique, il nous reste à déterminer dans quelles mesures il devenait de plus en plus urgent de définir légalement la notion d'écrit afin que celle-ci puisse pleinement trouver sa place dans la société de l'information.

Section 3- Nécessité d'une définition légale de l'écrit

⁷² Pierre CATALA et Pierre-Yves GAUTIER, « L'audace technologique de la Cour de Cassation », (1998) *J.C.P. éd. G*, 905. Pour plus de développements concernant l'application de l'équivalence fonctionnelle en droit français, voir : É. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », loc.cit., note 19.

⁷³ précitée, note 17.

⁷⁴ Texte de loi annoté par sujet, site du Gouvernement du Québec, disponible sur : http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/loi/equivalence.html

[60] Bien que l'écrit soit reconnu comme une de ces notions omniprésentes dans le monde juridique, force est de constater qu'aucune définition légale n'avait vu le jour jusqu'à très récemment⁷⁵. Cette absence de définition de l'écrit par le droit s'explique notamment par le fait que les règles juridiques relatives à l'écrit ou à la preuve par l'écrit ont largement été pensées et façonnées dans un contexte papier⁷⁶. Cette situation a d'ailleurs engendré une confusion totale entre l'écrit et son support papier. D'ailleurs, lorsque le droit impose la règle de la preuve écrite obligatoire pour un certain nombre de conventions, il ne fait alors référence qu'à la preuve écrite sur papier. Bien que certaines disciplines juridiques telles que le droit des obligations attachent une importance considérable à la synonymie existant entre l'écrit et le papier, un grand nombre d'autres matières juridiques ont appréhendé la notion d'écrit beaucoup plus largement et cela depuis plusieurs décennies⁷⁷.

[61] Le progrès constant des technologies de l'information n'a cessé de favoriser la rapidité et l'efficacité des échanges entre les individus situés au quatre coins de la planète. Cette explosion de l'information s'est aussi concrétisée par l'échange de documents diversifiés tels que les images, les sons, les courriers électroniques, les documents numérisés. La nécessité d'échanger et de conclure le plus rapidement possible a obligé les individus à faire fi des exigences de forme et aux procédures longues liées à l'utilisation du papier. Qu'on le souhaite ou non, notre société se transforme inéluctablement en une société dite de l'information et le droit se devait de tenir compte de ce nouveau paradigme, notamment en tentant de définir le plus adéquatement possible la notion d'écrit. Encore faut-il déterminer ce que nous entendons par définir l'écrit de manière la plus adéquate possible ? Selon nous, tenter de définir juridiquement l'écrit suppose de prendre en considération le caractère évolutif inhérent à

⁷⁵ Par exemple, en droit français, il a fallu attendre l'adoption de la loi du 13 mars 2000 pour que l'écrit soit enfin défini. Ainsi, en vertu de l'article 1316 introduit au Code civil français par la loi du 13 mars 2000, le concept d'écrit « résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support ou leurs modalités de transmission ».

⁷⁶ D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14.

⁷⁷ Ainsi en est-il en matière du droit des successions (testament olographe). Voir notamment : Civ., 1^{ère}, 10 mars 1993, J.C.P. N.1994.J.191, note Camoz; Toulouse, 15 octobre 1996, Dr. Fam. 1997, n° 149, note Beignier (en droit français). Voir aussi en droit québécois : *Paradis c. Groleau-Roberge*, [1999] R.J.Q. 2585 (C.A.); *Perreault c. Desrochers*, J.E. 2000-102 (C.S.).

cette société de l'information et donc d'adopter une approche qui soit neutre et non restrictive.

[62] Avant de s'intéresser plus spécifiquement aux enjeux d'élaborer une définition juridique de l'écrit se caractérisant par sa neutralité et son absence de restrictions (II), il convient tout d'abord d'appréhender le contenu du concept juridique de l'écrit (I).

I- Contenu du concept juridique de l'écrit

[63] L'appréhension du concept juridique de l'écrit soulève nécessairement un certain nombre d'interrogations. En effet, il y a lieu de se demander si les éléments de la matérialisation d'un signe sont des éléments de la notion d'écrit au sens juridique. Que faut-il entendre par un écrit juridiquement ? S'agit-il exclusivement de certaines inscriptions réalisées sur un support déterminé au moyen de substances également définies ? Si tel était le cas, il nous serait certainement possible d'observer l'existence de principes juridiques obligatoires gouvernant le choix du support et des substances permettant d'en réaliser l'impression.

[64] Habituellement, on entend par « signe écrit » une inscription effectuée à l'encre sur un support papier. Pourtant, il n'y a rien, là, de juridiquement obligatoire. D'ailleurs selon la jurisprudence et surtout la doctrine⁷⁸, il existe divers éléments assurant la matérialisation du signe écrit. Par exemple, le testament olographe pourra être rédigé et signé de la main du testateur sur divers supports tels que le papier, le parchemin, le métal, le bois, le cuir, le carton, le verre voire même l'épiderme du testateur⁷⁹. Le testament peut aussi être rédigé à l'encre, à la craie, à la peinture, au

⁷⁸ René SAVATIER, « L'écriture du testament olographe », (1936) *Rép. Gén. Not.*, p.510 ; Nicolas REUTER, « La main du testateur », (1976) 11 *J.C.P.*, I, 2829 ; Louis COUPET, « Testaments », 970 *J. Cl.civ.*, 1, n° 60, p.14 ; François TOURTELIER, *L'écriture dans le testament olographe*, thèse de doctorat, Rennes, Faculté de droit, 1934, p. 15-22 ; Yves LOUSSOUARN et Maurice VANEL, « Testament », 2^e éd., 57 *Rép. Dr. Civ. Dalloz*; Jacques DUPLAT, conclusions, C.A. de Versailles, 1^{er} juin 1989, D., 1990, p. 221.

⁷⁹ Cass. Req., 17 juillet 1906, D.P.1907.I.121.

crayon à papier ou avec du sang⁸⁰. Enfin, en fonction du support choisi, l'écriture sera plate, incurvée ou en relief. L'ensemble de ces solutions jurisprudentielles illustre le fait qu'un certain nombre de signes écrits ayant des formes matérialisées différentes constituent néanmoins des actes valables. Leur admission, au niveau jurisprudentiel, souligne l'indifférence que le droit témoigne théoriquement à la nature du support et à la substance du signe. Ainsi, dans le but de matérialiser son écrit, chaque partie choisit un support ainsi qu'une substance d'impression. Elle n'est tenu de respecter aucune exigence tenant à des qualités physiques particulières des outils utilisés, si ce n'est que ces substances doivent former avec le support dont elles assurent l'impression une entité indissociable⁸¹.

[65] Étant donnée que les outils traditionnels utilisés jusqu'à récemment par des scripteurs ne permettaient pas une telle dissociation, le caractère indissociable des substances d'impression et des supports d'écriture n'avaient jamais été perçu comme pouvant être une condition essentielle de l'écrit. Or, c'est dans ces termes qu'il y a lieu à présent de raisonner afin de déterminer si un document électronique constitue ou non un écrit au sens juridique. Autrement dit, l'étude de la matérialisation du signe doit être l'occasion de se demander quelle valeur reconnaître à un écrit dématérialisé c'est-à-dire enregistré sur un support autre que le papier. Ces documents sont-ils des écrits ?

[66] Plusieurs constatations semblent permettre de défendre le concept d'écrit dématérialisé. L'élaboration de ce concept peut d'ailleurs s'autoriser du fait que pendant longtemps il n'existait aucune définition légale de la notion d'écrit⁸². S'il ne fait aucun doute que pour les rédacteurs du Code civil français de 1804, l'écrit ne pouvait être que celui matérialisé sur un support papier, cela n'impose pas pour autant une interprétation restrictive de ce terme. Il paraît concevable que, face aux changements des réalités

⁸⁰En droit français : Aix, 27 janvier 1846, D. 1846.II.250 ; Besançon, 6 juin 1882, D.P.1883.II.60 ; Trib. civ., Beauvais, 1^{er} juillet 1897, D.P.1898, II.502 ; Paris, 19 avril 1983, JCP.1983.II.310 ; Nancy, 26 juin 1986, JCP.N.1987.II, 96, note Venandet ; Paris, 21 octobre 1999, 1999/11865. En droit québécois : *Mercier et Mercier-Charron*, [1995] R.J.Q. 1446 (C.S.) ; *Lavoie c. Boivin*, J.E. 95-640 (C.S.) ; *Rioux (succession de)*, J.E. 97-263 (C.S.) ; *Boulos c. Beauchamp (Succession de)*, J.E. 98-1069, REJB 98-06928 (C.S.) ; *Tremblay c. Roy*, J.E. 2001-60 (C.S.).

⁸¹ Isabelle DAURIAC, *La signature*, thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 1997, p.66.

⁸² Bernard AMORY et Marc SCHAUSS, « La formation des contrats par des moyens électroniques », (1987) 4 *R.I.D. et T.*, p. 206-207 ; M. FONTAINE, loc. cit., note 20, p. 5 à 10.

pratiques, le contenu de cette notion évolue et s'ouvre à de nouveaux procédés d'enregistrements. Ceci ne semble pas constituer un exemple isolé d'évolution d'une notion juridique sous l'effet des progrès de la technique⁸³ mais plutôt une illustration que la loi peut naturellement évoluer. D'ailleurs, à ce propos, le professeur Ripert déclara que : « [c]e qui assure la stabilité du droit c'est la plasticité des règles générales, qui peuvent toujours être étendues à des objets nouveaux »⁸⁴.

[67] En outre, plusieurs autres indices permettraient de révéler l'émergence d'un concept d'écrit affranchi du support papier. Tout d'abord, la conception libérale du commencement de preuve par écrit telle que retenue par la jurisprudence française laisse entrevoir une évolution possible de la notion d'écrit. En effet, lorsque, pour définir cette notion, l'article 1347 du Code civil français énonce: « *On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué* », il place le document écrit sur un support traditionnel, au premier rang de ces éléments constitutifs⁸⁵. D'ailleurs, le professeur Baudry rappelle que, dans les travaux préparatoires du Code civil français, les rédacteurs n'ont jamais envisagé aucune autre forme de document⁸⁶. Cependant, la jurisprudence adopte une position extrêmement libérale à l'égard de cette exigence. En effet, à propos de la position de la jurisprudence, le professeur Mazeaud mentionnait que « *non seulement un écrit quel qu'il soit suffit, mais elle [en parlant de la jurisprudence] se contente de ce que l'on peut appeler un semblant d'écrit ; elle [en parlant de la jurisprudence] va même jusqu'à s'en passer entièrement* »⁸⁷. En effet, la notion d'écrit semble avoir été assouplie de manière considérable par les juges, au point que même les déclarations verbales contenues dans un procès-verbal peuvent valoir commencement de preuve par écrit⁸⁸. Certes, ces déclarations verbales sont contenues dans un procès-verbal

⁸³ Cass. Crim., 12 décembre 1984, Bull. crim., 1984, n° 403. Le vol défini, par le Code pénal français de 1810, comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ne s'appliquait à l'époque que pour les seuls biens matériels. Il a pu être étendu, par la jurisprudence, à certains biens incorporels tels que l'électricité.

⁸⁴ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p.39.

⁸⁵ Robert-Joseph POTHIER, «Traité des obligations», n° 808.

⁸⁶ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 4, R.G.L.A., 1905.

⁸⁷ Henri MAZEAUD, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit, 1921, p. 9.

⁸⁸ Civ., 1^{ère}, 15 juillet 1957, Bull., I, 1957, n°329, p. 260; Civ., 1^{ère}, 24 juillet 1960, Bull., I, 1960, n°127, p. 102.

c'est-à-dire un document écrit, toutefois il ne faut pas s'y tromper, ce qui fait véritablement preuve est bel et bien les déclarations verbales uniquement et non le procès-verbal⁸⁹. D'ailleurs, cette solution a été consacrée par l'ajout d'un alinéa 3 à l'article 1347 du C.c.F. suite à l'adoption de la loi du 5 juillet 1975⁹⁰. Ainsi, selon cet exemple, il est possible qu'il y ait commencement de preuve par écrit en l'absence de tout document écrit.

[68] De même, avec l'adoption du nouveau Code pénal français en 1992, le législateur a élargi encore la notion d'écrit en reconnaissant comme infraction de faux l'altération de « tout autre support d'expression de la pensée »⁹¹, notamment les bandes magnétiques, les disquettes, les compacts disques.

[69] Lorsque l'on s'interroge sur la matérialité du document écrit, la diversité des supports et des substances d'impressions admissibles nous permet de conclure que les éléments de la définition de l'écrit évoluent. Par conséquent, tenter de définir juridiquement l'écrit suppose de tenir compte de ce caractère évolutif, et donc d'adopter une approche qui soit neutre et la moins restrictive possible.

II- Enjeux d'une définition neutre et « non restrictive » de l'écrit

[70] Définir juridiquement l'écrit de manière à lui accorder une certaine neutralité est loin d'être un exercice aisé et implique la prise en considération de plusieurs paramètres notamment l'aspect technologique (A). En outre, la définition juridique de l'écrit suppose également l'appréhension de concepts importants dans la société de l'information à savoir la transmission (B) et la durabilité (C).

A- La question de la neutralité technologique

⁸⁹ H. MAZEAUD, loc. cit., note 87.

⁹⁰ Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, J.O. 10 juillet 1975.

⁹¹ Code pénal français, Loi n° 92-863, 22 juillet 1992, J.O. du 23 juillet 1992, Article 441-1.

[71] On entend par définition neutre de l'écrit le fait que l'écrit soit défini de manière à ce qu'aucune technologie ni aucun procédé technologique ou support particulier ne soit privilégié au détriment des autres. Là encore, nous faisons référence au principe général de neutralité technologique, qui à l'instar du principe d'équivalence fonctionnelle semble avoir été adopté par la plupart des États dotés d'une législation relative au commerce électronique ou aux nouvelles technologies de l'information. Selon le professeur Gautrais, le concept de neutralité technologique peut être appréhendé de deux manières. Soit ce concept suppose qu'on « *ne cherche pas à favoriser une technologie plutôt qu'une autre, l'électronique par rapport au papier, ou l'inverse. Soit l'on considère que le traitement d'un document est indépendant du support qu'il utilise et il doit être interprété et évalué juridiquement sans référence directe à son support mais simplement quant à la qualité de son contenu* »⁹².

[72] Selon nous, le droit se devait de mettre en place une définition appropriée qui puisse admettre que la volonté humaine peut s'inscrire sur un support autre que le papier, par l'intermédiaire de procédés différents que ceux employés pour consigner un message sur ce substrat corporel considéré comme le plus usuel depuis fort longtemps. En d'autres termes, et comme l'a déclaré la Cour de Cassation française dans son arrêt de décembre 1997⁹³, l'important est que l'authenticité et l'intégrité du message soient garanties peu importe le support utilisé. Ces quelques commentaires pourraient d'ailleurs être résumés par un nouvel adage : « *peu importe le support, pourvu qu'on ait la certitude* ».

B- La question de la transmission

[73] Une définition légale de l'écrit implique la prise en considération de nouvelles notions telles que la transmission⁹⁴. En effet, cette notion donne un aspect actif et

⁹² Vincent GAUTRAIS, *Droit du commerce électronique*, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », Montréal, éd. Thémis, 2002, p. 11.

⁹³ Com., 2 décembre 1997, D.1998, p.192, note Martin.

⁹⁴ En vertu du Grand Dictionnaire Terminologique de l'Office de la Langue Française, on entend par transmission « *l'envoi de données ou d'un signal, d'un point à un autre, en utilisant un ensemble de moyens spécialisés telle une ligne de communication* ». Ainsi, la transmission fait référence au transport de l'information, tandis que les transmissions désignent plutôt tous les moyens afin d'effectuer ce

dynamique à la notion de l'écrit. Avant l'avènement du numérique et des transactions électroniques, la transmission ne constituait pas un élément général de l'écrit. Mais, dès lors qu'on parle de « distance », la question de l'échange et de la transmission de l'acte doit nécessairement être soulevée. En effet, la partie à un contrat électronique doit pouvoir être assurée que le contrat qu'elle examine sur son écran, et qu'elle veut éventuellement signer électroniquement, est identique à celui qui lui a été envoyé, bref qu'il n'a commis aucune altération dès le début ou en cours de transmission. Ainsi, l'un des enjeux liés à la transmission d'un acte réside dans la garantie de l'intégrité de l'écrit ou plus exactement du contenu du document transmis. Selon l'auteur Wilms, « [d]ans un système basé sur du papier, le message est fixé sur un support d'information matériel. Dans un tel environnement, il est aisé de vérifier l'intégrité du document : primo, parce que toute manipulation du document laisse des traces et secundo, parce que le Code Napoléon impose que les actes juridiques soient constatés dans autant de supports d'information papier qu'il y a de parties. Un message électronique, en revanche, est expédié comme un flux d'électrons qui ne laisse au cours du transfert aucune trace sur les moyens de transmission »⁹⁵. Ainsi selon cet auteur, l'inconvénient de l'écrit électronique ou du « flux d'électrons » semble résider dans le caractère transitoire et vulnérable des transactions qu'il permet de mettre en œuvre⁹⁶. Ceci étant, cette affirmation ne semble pas faire l'unanimité car notamment l'Union internationale du notariat latin a estimé que : « La fluidité de l'écrit électronique n'est pas en soi une cause inéluctable de fragilisation du document matérialisé et si la numérisation présente un risque d'interception ou de dénaturation qui n'est pas propre au document électronique, il reste cependant indépendant du support. Le danger, non négligeable, de

transport. Généralement, on distingue deux types de transmission : d'une part la transmission analogique dans laquelle le signal transporté est analogique et d'autre part la transmission numérique dans laquelle le signal transporté est numérique.

⁹⁵ Wilfried WILMS, *Mélanges Jean Pardon*, « De la signature au « notaire électronique ». La validation de la communication électronique », Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 568.

⁹⁶ PROJET E-JUSTICE, *Rapport final, Commission IV, Droit de la preuve*, Namur, C.R.I.D., F.U.N.D.P., 2001, p.115.

fragilité de l'écrit numérique demeure, semble-t-il, comparable à celui de l'écrit rédigé à l'encre sur un support papier »⁹⁷.

[74] Ces commentaires résument parfaitement l'ampleur des difficultés liées à la transmission du document. La problématique de la sécurité et de la fiabilité des systèmes de transmission ne doit pas être ignorée. En effet, il semble important de rappeler que les procédés utilisés pour transmettre un document qu'il soit électronique ou non doivent pouvoir se caractériser par leur sécurité, leur fiabilité et leur potentiel à garantir que le document ou son contenu n'a pas été altéré durant son acheminement vers le destinataire. Selon nous, une définition légale de l'écrit doit aussi tenir compte de ces considérations relatives à la transmission du document en plus d'être technologiquement neutre.

C- La question de la durabilité

[75] Comme nous l'avons mentionné précédemment, le législateur ayant la tâche de définir la notion d'écrit devra garder à l'esprit toute l'importance de ne pas privilégier un support par rapport à un autre et ce en se basant sur le principe de la neutralité technologique. Toutefois, le principe de neutralité technologique ne doit pas remettre en question le caractère de durabilité nécessaire au support afin que l'écrit puisse subsister. En effet, à l'heure du numérique, le besoin de garanties est d'autant plus important que les informations véhiculées par le réseau peuvent présenter un caractère éphémère⁹⁸, d'où l'impératif de recourir à des supports dits durables.

[76] Cette notion de support durable a d'ailleurs été utilisée à plusieurs reprises dans différentes directives européennes relatives à des domaines aussi variés que la

⁹⁷ UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, *Les nouvelles technologies informatiques et l'acte authentique, Rapport de la Sous-Commission*, Amsterdam, Fondation pour la promotion de la Science Notariale, 2001, p.26.

⁹⁸ Mireille DEMOULIN, « La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit? », (2000) 4 *Revue européenne de droit de la consommation*, 361-377.

vente et les garanties des biens de consommation⁹⁹, les sociétés de gestion¹⁰⁰, l'intermédiation en assurance ou encore les services financiers à distance¹⁰¹. Dans sa proposition de directive relative aux services financiers à distance, le législateur européen définit le support durable comme « *tout instrument permettant au consommateur de conserver les informations qui lui sont adressées personnellement et spécifiquement, et qui sont contenues notamment sur des disquettes informatiques, des CD-ROM ainsi que sur le disque dur de l'ordinateur du consommateur stockant des courriers électroniques* ». Cette définition énumère certes des exemples concrets de supports durables, mais ne semble pas indiquer les qualités requises afin de reconnaître un support comme durable. Selon nous, une telle énumération de supports durables risque de s'avérer rapidement obsolète, même si elle n'a pas la prétention d'être exhaustive.

[77] Dans l'autre proposition de directive sur l'intermédiation en assurance, la définition proposée du support durable nous semble plus intéressante. En effet, en vertu de l'article 2 (10) de cette proposition de directive, le support durable désigne « *tout instrument permettant au client de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement, de telle sorte qu'elles puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à l'objectif de ces informations, et permettant la reproduction exacte des informations stockées* ». Ainsi, en vertu de cette définition, un support ne sera durable que s'il garantit le stockage, la consultation et la reproduction exacte des informations qu'il contient. Il est étonnant de constater que le législateur européen définit le support par référence à l'information qu'il véhicule. Par conséquent, davantage que le support, ce sont les informations elles-mêmes qui doivent être durables. Ceci nous

⁹⁹ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O.C.E., n° L 171 du 17 juillet 1999, p. 12.

¹⁰⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85/611/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, J.O.C.E., n° C311 E du 31 octobre 2000, p.273.

¹⁰¹ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, J.O.C.E., n° C117 E du 27 juin 2000, p. 21; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'intermédiation en assurance, J.O.C.E., n° C29 E du 30 janvier 2001.

permet également de conclure qu'à partir du moment où les exigences de la définition sont respectées quant aux informations fournies, il n'est pas exclu que celles-ci transitent par des supports de natures différentes¹⁰² ou que la forme du texte lui-même soit modifié sans altération du fond¹⁰³.

[78] Enfin, comme l'a souligné le professeur Fontaine, rappelons que le terme « durable » ne signifie pas éternel¹⁰⁴. Cette précision donne ainsi à la durabilité du support une dimension raisonnable, conforme à sa finalité.

[79] Suite à ces développements relativement généraux sur la notion de l'écrit, son évolution, ses caractéristiques et ses impacts juridiques, il semblait important de pouvoir étudier la place de l'écrit au sein d'un système juridique déterminé. Dans les développements qui suivent nous étudierons l'approche du législateur français et québécois qui en adoptant récemment des lois relatives aux technologies de l'information ont respectivement reconnu et défini le concept « d'écrit » dans la société de l'information.

¹⁰² D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », loc. cit., note 58.

¹⁰³ Nous pensons ici notamment à la modification dans la mise en page d'un document électronique.

¹⁰⁴ M. FONTAINE, loc. cit., note 20, p. 9.

Chapitre 2- La place de l'écrit en droit positif : analyse des récentes lois française et québécoise sur les technologies de l'information

Section préliminaire- Présentation générale des lois française et québécoise sur les technologies de l'information

I- La loi française n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

[80] La loi française n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique¹⁰⁵ a été adoptée le 13 mars 2000 afin de répondre à plusieurs préoccupations essentielles. En effet, elle s'inscrit tout d'abord dans la politique menée par le Gouvernement français afin d'adapter la législation nationale aux nouveaux enjeux de la société de l'information. Cette loi vise aussi à assurer la transposition de la directive européenne du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire sur les signatures électroniques¹⁰⁶ prévoyant la reconnaissance de la validité de signatures électroniques et l'encadrement de l'activité de certification.

[81] La loi n° 2000-230 s'est également inspirée de la proposition de directive européenne relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Précitée, note 16.

¹⁰⁶ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E. n° L 013, 19 janvier 2000, p.0012-0020, disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_013/l_01320000119fr00120020.pdf

¹⁰⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O.C.E. n° L178 du 17/07/2000 p.0001-0016, disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717fr00010016.pdf

Cette directive sur le commerce électronique impose entre autre aux États membres de l'Union européenne de reconnaître la validité des contrats électroniques¹⁰⁸.

[82] La loi française n° 2000-230 vise à reconnaître à la preuve électronique un statut équivalent à celui qui est attribué à la preuve papier. Bien que ne préconisant aucune technologie en particulier, la loi n° 2000-230 permet désormais l'utilisation de procédés de sécurisation des échanges¹⁰⁹ pouvant offrir autant de garanties que le support papier ou que la signature manuscrite. La loi écarte d'ailleurs toute idée de hiérarchie entre le document électronique et l'écrit papier, ainsi qu'entre la signature électronique et la signature manuscrite.

[83] La loi n° 2000-230 traite donc essentiellement de deux points, d'une part la consécration de l'écrit électronique et d'autre part celle de la signature électronique¹¹⁰.

[84] Tout d'abord, il y a lieu de rappeler que les règles de preuve traditionnelles contenues dans le Code civil reposent sur la prééminence de la preuve par écrit qui a évincé le témoignage depuis l'ordonnance de Moulins de 1566. À la lecture des règles traditionnelles du Code civil, il apparaît que l'écrit se confond avec le support papier sur lequel il est apposé, ce qui explique que les documents informatiques n'aient pu, jusqu'à dernièrement, être considérés comme des actes sous seing privé. Dans le but de lever cet obstacle, la loi a redéfini la notion de preuve littérale afin de la rendre indépendante de son support¹¹¹. Désormais, la nouvelle définition de l'écrit permet d'englober tant le document sur papier que l'écrit sous forme électronique. Cependant, la sécurité juridique impose que soient précisées les conditions d'admissibilité de l'écrit électronique comme mode de preuve. Ainsi, celui-ci ne peut être admis en preuve qu'à condition que soit « identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »¹¹². D'ailleurs, selon l'ex-Garde des sceaux Elisabeth

¹⁰⁸ Article 9(1) de la directive sur le commerce électronique.

¹⁰⁹ Article 4 de la loi n° 2000-230 introduit au C.c.F. à l'article 1316-4.

¹¹⁰ Nous n'aborderons pas les règles relatives à la signature électronique dans le présent travail. Pour de plus amples renseignements concernant la signature électronique, voir : Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, publié au J.O. n° 77 du 31 mars 2001, p. 5070.

¹¹¹ Article 1 de la loi n° 2000-230 introduit au C.c.F. à l'article 1316.

¹¹² Article 1 de la loi n° 2000-230 introduit au C.c.F. à l'article 1316-1.

Guigou, cette disposition ne doit pas être interprétée comme une « *marque de défiance à l'égard de l'écrit électronique puisque de telles conditions valent également pour le papier. Mais il importait de le dire pour cet écrit nouveau qu'est l'écrit électronique* »¹¹³.

[85] Enfin, mentionnons également que la loi n° 2000-230 a été étendue aux actes authentiques. En effet, en vertu de son article 2 complétant l'article 1317 du Code civil, l'acte authentique « *peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en conseil d'État* ». Il est évident que la mise en œuvre de l'acte authentique électronique nécessite un examen technique approfondi afin que la forme électronique de l'acte ne remette pas en cause les garanties particulières rattachées à l'acte authentique. Ceci suppose l'élaboration d'un nouveau formalisme électronique susceptible de remplacer les exigences liées au support papier. Une telle disposition implique aussi de prendre en considération la diversité des actes authentiques existants (actes notariés, actes de l'état civil, jugements,...), sachant que chacun d'eux obéit à des règles formelles différentes¹¹⁴. Enfin, le dernier enjeu eu égard à l'acte authentique électronique a trait à sa conservation. Cette question de la conservation de l'acte authentique électronique est d'autant plus problématique qu'elle dépasse largement les intérêts particuliers des parties à l'acte. En effet, le véritable enjeu ici est la conservation de la mémoire collective. Face à ces nombreux impératifs, le législateur français a opté pour un renvoi à un décret d'application en Conseil d'État afin de préciser les conditions dans lesquelles sera dématérialisé l'acte authentique.

[86] Ainsi, la loi française du 13 mars 2000 est venue modifier en profondeur le droit français relatif à la preuve, en reconnaissant l'équivalence complète du support papier et du support électronique dès lors qu'un certain nombre de conditions sont respectées¹¹⁵. Mais, cette loi n'est pas la seule à fonder la preuve électronique et à

¹¹³ Intervention à propos du projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique de Mme Elisabeth Guigou, Gardes des sceaux, Ministre de la justice, Assemblée nationale, 29 février 2000.

¹¹⁴ Isabelle DE LAMBERTERIE (dir.), « Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective », Perspective sur la Justice, Mission de recherche, Droit et Justice, La Documentation Française, Paris, 2002, p. 208.

¹¹⁵ Nous analyserons plus en détails ces règles dans la suite de nos développements.

reconnaître un cadre juridique aux nouvelles technologies de l'information. En effet, elle s'inscrit dans un contexte international, d'ailleurs le Québec s'est également doté récemment d'une loi comparable.

II- La loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information

[87] La loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information¹¹⁶ poursuit plusieurs objectifs dont notamment d'assurer la sécurité juridique des communications effectuées au moyen de documents, de garantir l'équivalence fonctionnelle des documents ainsi que leur valeur juridique. Elle vise également à favoriser la concertation en vue d'harmoniser les systèmes, les normes et les standards techniques permettant la communication au moyen de documents technologiques¹¹⁷.

[88] Cette loi marque un changement substantiel dans la manière d'envisager le droit relatif aux documents qui ne sont pas consignés sur support papier. Elle détermine les principes généraux définissant la validité des documents technologiques. Mentionnons que cette loi s'applique de manière générale c'est à dire que toutes les situations ne faisant pas l'objet de règles spécifiques contenues dans des lois seront régies par les principes énoncés dans la loi sur les technologies de l'information. De plus, édictant à certains égards des principes fondamentaux du droit commun, elle complètera le C.c.Q. ainsi que d'autres lois fondamentales.

[89] Cette loi québécoise a été caractérisée par un certain nombre d'auteurs¹¹⁸ comme étant une loi complexe et unique en son genre. Le caractère de complexité de cette loi réside notamment dans sa structure et son champ d'application. En effet, à la

¹¹⁶ Précitée, note 17.

¹¹⁷ Art. 1 de la loi sur les technologies de l'information.

¹¹⁸ V. GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92, p. 12-18 ; L.I. BEAUDOIN, « Complexité et absence d'harmonisation », (2000) vol. 32, 16 *Journal du Barreau*, disponible à : <http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol32/no16/une.html>.

différence des autres législations canadiennes sur le commerce électronique¹¹⁹, la loi québécoise se caractérise par un texte particulièrement long (105 articles au total) et par une rédaction trop souvent technique voire même « tortueuse et hermétique » selon les propos de la Chambre des notaires¹²⁰.

[90] Le législateur québécois a également fait preuve d'un grand modernisme en proposant plusieurs concepts juridiques nouveaux tels que l'équivalence fonctionnelle, la neutralité technologique ou encore le cycle de vie du document. Il n'a d'ailleurs pas hésité à modifier substantiellement ou à abroger certaines règles de droit en vigueur depuis plusieurs années. Parmi les règles abrogées, citons l'exemple des trois fameux articles 2837, 2838 et 2839 du C.c.Q. relatives aux inscriptions informatisées et qui avaient été reconnues en 1994 comme des règles innovatrices en droit de la preuve québécois. À titre indicatif et historique, rappelons brièvement que ces trois articles du C.c.Q. avaient permis de reconnaître comme moyen de preuve les actes juridiques dont les données étaient inscrites sur support informatique¹²¹. De plus, l'ancien article 2837 du C.c.Q. avait permis de fixer les qualités requises (intelligibilité et sérieuses garanties de fiabilité) afin qu'une inscription informatisée puisse acquérir une force probante¹²². Cependant, et comme le mentionne à juste titre le professeur Gautrais¹²³, ces articles relatives aux inscriptions informatisées entraînent peu de réactions au niveau doctrinal¹²⁴, et les décisions jurisprudentielles en la matière furent d'un nombre

¹¹⁹ La plupart des autres législations canadiennes tendent à se conformer à la loi uniforme sur le commerce électronique, ce qui n'est pas forcément le cas de la loi québécoise. Voir : CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, (1999), <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca.htm>

¹²⁰ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, Montréal, Commission de l'économie et du travail, 2000.

¹²¹ Voir l'ancien article 2837 du C.c.Q. ; pour plus de développements en la matière : voir Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, p.143 ; Commentaires du ministre de la justice, t.II, Québec, Publication du Québec, 1993, p. 1176.

¹²² L'article 2837 du C.c.Q. prévoyait en effet à son alinéa premier que : « [l]orsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier » (nos soulignements).

¹²³ V. GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92, p. 20.

¹²⁴ Parmi les principaux ouvrages doctrinaux en la matière, mentionnons : L. DUCHARME, « Précis de la preuve », op. cit., note 121; Francine CHAMPIGNY, *L'inscription informatisée en droit de la preuve québécois*, Montréal, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996 ; Claude FABIEN, *La communication et le*

relativement limité¹²⁵. Il est intéressant de constater qu'à travers ces articles, le législateur avait déjà pris conscience dès le début des années 90 de l'importance de reconnaître que les actes juridiques pouvaient être consignés sur un support autre que le papier. Ceci étant, les dispositions adoptées à l'époque semblent aujourd'hui dépassées du fait de leur caractère restrictif, elles n'envisageaient en effet qu'un type spécifique de technologie. D'ailleurs, le professeur Gautrais souligne que l'un des changements majeurs de cette loi sur les technologies de l'information réside justement dans la reconnaissance du « *concept plus global du document technologique* »¹²⁶.

III- Objet du présent chapitre

[91] Suite à cette présentation générale des lois française et québécoise sur les technologies de l'information, nous constatons que l'un des principaux objectifs du législateur français et québécois fut d'élaborer un cadre juridique cohérent fondé sur la notion d' « écrit » ou de « document », quel que soit son support ou sa technologie. En vertu de chacune de ces lois, le document constitue un élément d'autant plus primordial qu'il sera amené désormais à jouer le rôle de « dénominateur commun » entre l'univers du papier et celui des technologies de l'information. À travers ce chapitre, il est fait état dans un premier temps des similitudes qui existent entre l'approche du législateur français et celle de son homologue québécois quant à la notion d' « écrit » (section 1). Puis, dans un deuxième temps, nous nous intéresserons aux particularités de la loi québécoise sur les technologies de l'information qui a consacré de manière explicite des concepts juridiques innovateurs tels que le « document technologique » ou encore le « cycle de vie » du document (Section 2).

droit civil de la preuve, Montréal, Éditions Thémis, 1992 ; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995 ; Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Les publications du Québec, 1993.

¹²⁵ *Hydro-Québec c. Benedek*, (1995), R.L. 436 ; *Banque Nationale du Canada c. Simard*, (1996) J.E. 96-1172 (C.Q.) ; *Transport Dragon Ltée c. Mauro Grillo Excavation Inc.*, (1997) REJB 1997-02049 (C.Q.) ; *Bérubé c. Banque Scotia*, (2000), n°200-32-022011-992, (C.Q.) ; *Poste de camionnage en vrac région 06 Inc. c. Sinatra Inc.*, (2001), n° 540-22-005344-014 (C.Q.).

¹²⁶ GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92, p. 21.

Section 1- Éléments de similitudes entre le droit français et le droit québécois quant à la notion de l' « écrit »

[92] Après une lecture attentive de la loi française et de la loi québécoise sur les technologies de l'information, on ne peut nier l'existence de différences importantes entre ces deux législations notamment quant à leur forme, leur structure ainsi que leur rédaction respectives¹²⁷. Toutefois, il est intéressant de constater parallèlement que ces deux textes de loi tendent de répondre à des objectifs communs en prévoyant des dispositions souvent d'une grande similitude. Nous nous limiterons dans cette section à décrire les éléments de similitudes quant à la manière d'appréhender et d'adapter la notion d'écrit face aux nouvelles technologies de l'information. En effet, chacune de ces deux lois a finalement défini l'écrit que ce soit sous le couvert de la preuve littérale dans la loi française¹²⁸ ou du document dans la loi québécoise¹²⁹. Il est étonnant de souligner le degré de similitude entre la définition française et québécoise de l'écrit, placées toutes les deux sous le signe de la neutralité technologique (I). Les législateurs français et québécois ont également adopté une approche semblable concernant les rapports entre le contenu de l'écrit et son support (II) ainsi qu'en reconnaissant le concept d'intégrité comme critère essentiel à la validité juridique de l'écrit (III).

I- Le choix d'une définition de l'« écrit » placée sous le signe de la neutralité technologique

¹²⁷ En effet, mentionnons tout d'abord que la loi québécoise sur les technologies de l'information est composée de 105 articles alors que la loi française n° 2000-230 ne contient que 6 articles. En effet, le législateur québécois a tenté d'élaborer une réflexion générale sur le cadre juridique des technologies de l'information en n'hésitant pas à définir et circonscrire certains concepts ou certaines notions complexes dans le corps même du texte (notamment le document technologique, la certification,...). En revanche, le législateur français a opté pour une loi concise renvoyant à des décrets d'application pour préciser les notions plus techniques et complexes telles que la fiabilité des procédés de signature ou encore la mise en œuvre de l'acte authentique électronique. À propos de la complexité de la loi québécoise, voir : GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92, p. 12.

¹²⁸ Article 1316 de la loi française n° 2000-230.

¹²⁹ Article 3 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

[93] À titre préliminaire, nous tenons à préciser que pour les fins du présent travail, nous utilisons l'expression de l'« écrit » dans le sens de l'« écrit dans la société de l'information » c'est-à-dire un terme générique susceptible d'englober les notions d'écrit telle que prévue par la loi française et du document telle que prônée par la loi québécoise. Nous avons opté pour cette approche afin de pouvoir comparer les lois française et québécoise de la manière la plus appropriée possible.

A- Analyse des définitions française et québécoise de l'« écrit »

[94] Il aura fallu attendre le 13 mars 2000 pour la France et le 21 juin 2001 pour le Québec pour enfin disposer d'une définition légale de l'écrit dans chacune de ces juridictions. En effet, en vertu de l'article 1 de la loi française n° 2000-230 introduisant l'article 1316 au C.c.F., l'écrit a été défini comme suit :

« La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission » (nos soulignés).

[95] De même, aux termes de l'article 3 de la loi sur les technologies de l'information, un document se définit comme suit :

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

Pour l'application de la présente loi, est assimilée au document toute banque de données dont les éléments structurants permettent la création de documents par la délimitation et la structuration de l'information qui y est inscrite.

Un dossier peut être composé d'un ou de plusieurs documents.

Les documents sur des supports faisant appel aux technologies de l'information visées au paragraphe 2° de l'article 1 sont qualifiés dans la présente loi de documents technologiques. » (nos soulignés).

[96] Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler l'approche distincte des législateurs français et québécois qui ont défini la notion « d'écrit » sous le couvert de la preuve littérale en droit français et sous celui du document en droit québécois. D'ailleurs, la notion de document telle que définie à l'article 3 est très vaste et englobe autant l'écrit traditionnel que l'image, l'enregistrement sonore, les dossiers ou encore les banques de données. Comme nous l'avons souligné dans chacune de ces définitions, le vocabulaire utilisé par le législateur français et québécois est très semblable, et il tend à donner un caractère neutre et englobant à l'écrit. Selon nous, les législateurs français et québécois ont opté pour cette approche afin de réaffirmer de façon implicite leur volonté d'élaborer un cadre juridique aux documents qui soit technologiquement neutre. En effet, l'utilisation de termes particulièrement abstraits tels que « délimitée », « structurée », « tangible », « logique », « signes » ou « symboles » résulte du souci du législateur d'englober le plus grand nombre de possibilités afin d'éviter que l'avancement des technologies ne rende sa loi rapidement désuète.

[97] Qu'il s'agisse de la définition française ou québécoise, il est intéressant de constater la présence des deux éléments essentiels qui caractérisent l'écrit au niveau juridique : d'une part l'élément matériel et d'autre part l'élément intellectuel¹³⁰.

1- Élément matériel de l'écrit

[98] L'élément matériel de l'écrit au niveau juridique signifie l'ensemble des moyens par lesquels la pensée d'un individu prend une forme concrète. Cette matérialisation de la pensée peut prendre toute sorte de formes (signes, symboles ou caractères susceptibles d'être perçus directement ou indirectement). Selon la loi française n° 2000-230, l'élément matériel de l'écrit est clairement établi. En effet, l'article 1316 du C.c.F. dispose que l'écrit « *résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles* ».

¹³⁰ Maurice BIBENT, « La signature électronique », *Jusdata*, Équipe de Recherche Informatique et Droit, Université de Montpellier I, article disponible à <http://www.jusdata.info/fr/pointsur/10102001.html>

[99] Il en est de même de l'article 3 de la loi québécoise sur les technologies de l'information qui prévoit que « [l']information peut être rendue par tout mode d'écriture, y compris d'un système de symboles transcritibles sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles »¹³¹. En d'autres termes, l'information peut se manifester par toute sorte de représentations concrètes de la pensée ou de la parole au moyen d'un système de signes ou de symboles susceptibles d'être transcrits sous forme de mots, de sons ou d'images (par exemple le langage du braille ou du morse). Le terme « symbole » utilisé à la fois dans la loi française et dans la loi québécoise signifie un signe conventionnel (tel qu'un caractère, un diagramme, une lettre ou une abréviation) utilisé dans le domaine de l'écriture ou de tout autre moyen de communication à la place d'un ou de plusieurs mots, d'une chose ou encore d'une opération. Outre l'élément matériel, l'écrit suppose également un élément intellectuel.

2- Élément intellectuel de l'écrit

[100] L'élément intellectuel de l'écrit signifie que les signes expriment, du fait de leur ordonnancement, leur organisation, leur syntaxe ou encore le jeu de certaines règles grammaticales, une signification compréhensible par l'individu. Peu importe le nombre de personnes pour lesquelles les signes sont compréhensibles : il suffit qu'il y en ait au moins une qui possède les moyens de rendre les signes lisibles. Cet élément intellectuel de l'écrit est également reconnu de manière explicite par la loi française et la loi québécoise. La loi française, à l'instar de la loi québécoise, prévoit en effet que les signes matériels de l'écrit doivent être dotés « d'une signification intelligible » c'est à dire être compréhensibles par l'être humain quelle que soit leur forme.

[101] La loi québécoise précise en outre que l'information doit être délimitée et structurée c'est-à-dire qu'elle doit être restreinte ou circonscrite sur un support, et posséder un minimum d'ordre, d'organisation et de forme. L'information peut être délimitée et structurée de façon tangible c'est-à-dire sur un support matériel et palpable

¹³¹ Article 3 alinéa 1 de la loi sur les technologies de l'information.

ou de façon logique. Le terme « logique » s'oppose ici à l'expression « tangible » dans le sens où elle fait référence à des modes de représentation de l'information d'un tout autre genre¹³². D'un point de vue technique, cette représentation de l'information peut se traduire par un ensemble de bits¹³³ ordonnés et structurés qui ont été répliqués, transmis puis traités par une succession de processus logiciels jusqu'à une interface matérielle tel qu'un écran, un haut-parleur ou encore une feuille de papier. Ces ensembles de bits ordonnés et structurés sont le support logique de l'information. Ils contiennent les données et les codes nécessaires pour qu'un flux binaire apparaisse à son consommateur comme une information compréhensible¹³⁴.

[102] En outre, le législateur québécois a également pris le soin de préciser que la définition du document inclut les banques de données et les dossiers¹³⁵. Cependant, il n'a pas spécifié le sens à donner à ces deux termes dans le cadre de la loi. Selon le glossaire de la loi sur les technologies de l'information réalisé par le Centre de Recherche en Droit Public de l'Université de Montréal¹³⁶, on entend par banque de données « *un fichier, ou un ensemble de fichiers, dans lequel sont regroupées plusieurs informations, habituellement délimitées et organisées de façon à être consultées par un usager* ». Quant au terme dossier, ce glossaire le définit comme étant « *un ensemble de documents relativement à une personne ou à une question spécifique, par exemple un dossier médical, un dossier de conduite automobile, un dossier scolaire* ». La signification de ces deux termes démontre plus encore le caractère large et englobant de la notion de document au sens de la loi québécoise. Rappelons que cette approche extensive de la notion de document par le législateur avait fait l'objet d'un certain nombre de critiques notamment par la chambre des notaires du Québec. Celle-ci a effectivement jugé qu'une banque de données ne peut pas être assimilée à un document puisqu'elle ne constitue en

¹³² Mentionnons à titre d'exemple la technologie numérique. Pour plus de détails sur cette technologie, voir le paragraphe sur « la technique de numérisation », Partie I, Chapitre I, p. 13.

¹³³ Le terme « bit » signifie une petite unité d'information manipulable par un ordinateur et qui appartient au système de numérotation binaire (ne peut avoir que la valeur de 1 ou 0).

¹³⁴ Michel THÉVENET, « L'infosphère, lieu d'existence de l'objet numérique », 3 octobre 2002, disponible à http://www.boson2x.org/article.php?id_article=50

¹³⁵ Article 3 alinéas 2 et 3 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

¹³⁶ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, texte annoté et glossaire*, Centre de recherche en droit public (CRDP), Université de Montréal, septembre 2001, disponible à http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/index.html

réalité que « *le cadre ou le moyen qui permet d'emmagasiner des informations* »¹³⁷. La Chambre des notaires avait d'ailleurs proposé au législateur de modifier cette disposition afin d'exclure l'expression « banques de données ».

B- L'étendue de la notion de l'« écrit »

[103] L'analyse de ces dispositions de la loi française et de la loi québécoise nous a permis de concevoir à quel point la notion de l'écrit peut être interprétée à la fois de manière extensive et neutre.

[104] À la différence du législateur français, le législateur québécois a prévu un autre article visant à expliciter la portée de la notion de document telle que définie à l'article 3 de la loi québécoise. En effet, en vertu de l'article 71 de la loi québécoise sur les technologies de l'information, la notion de document s'applique « *à l'ensemble des documents visés dans les textes législatifs, que ceux-ci y réfèrent par l'emploi du terme document ou d'autres termes, notamment acte, annales, annexe, annuaire, arrêté en conseil, billet, bottin, brevet, bulletin, cahier, carte, catalogue, certificat, charte, chèque, constat d'infraction, décret, dépliant, dessin, diagramme, écrit, électrocardiogramme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, fiche, film, formulaire, graphique, guide, illustration, imprimé, journal, livre, livret, logiciel, manuscrit, maquette, microfiche, microfilm, note, notice, pamphlet, parchemin, pièce, photographie, procès-verbal, programme, prospectus, rapport d'infraction, recueil et titre d'emprunt.*

Dans la présente loi, les règles relatives au document peuvent, selon le contexte, s'appliquer à l'extrait d'un document ou à un ensemble de documents ».

[105] Cette disposition prévoit donc que la notion de document telle que prévue à l'article 3 englobe tous les termes similaires utilisés dans les autres législations québécoises. Comme le précise le professeur Trudel, l'intérêt d'une telle disposition est « *d'éviter de nombreuses modifications législatives qui n'auraient que pour seul but*

¹³⁷ CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, op. cit., note 120, p. 8.

d'indiquer que le document concerné peut être sur tout support »¹³⁸. L'article 71 énumère également une longue liste non exhaustive de termes pouvant être assimilés à celui du document. Il est intéressant de constater que l'écrit fait aussi partie de cette liste et qu'il est donc assimilé au concept plus global de document.

[106] L'un des autres éléments de similitude entre le droit français et le droit québécois quant à la notion d'écrit repose sur la volonté de dissocier le contenu de l'écrit et le support sur lequel ce dernier est apposé.

II- Les relations entre le contenu de l'écrit et son support

[107] Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler que l'écrit est constitué d'information consignée sur un support¹³⁹. En d'autres termes, l'écrit contient des renseignements apposés sur un support quelconque dans le but de transmettre des connaissances¹⁴⁰. Le support est aussi un élément essentiel dans la définition de l'écrit puisqu'il s'agit du moyen d'utiliser, de matérialiser ou de recevoir l'information. Lorsqu'il fait appel aux nouvelles technologies de l'information, le support peut être magnétique, optique, ou sous la forme de toute mémoire permettant de stocker des données de façon stable¹⁴¹. La loi française et la loi québécoise sur les technologies de l'information nous invitent à cerner la notion d'écrit en l'appréhendant indépendamment de son support (A), et en reconnaissant la possibilité pour l'information d'être transférée vers d'autres supports (B).

A- L'indépendance de l'information par rapport au support

[108] Ce principe de la dissociation entre l'information et le support de l'écrit a été consacré à la fois par la loi française et la loi québécoise. Selon nous, ce principe met un

¹³⁸ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, voir les annotations relatives à l'article 71 de la loi.

¹³⁹ Voir l'article 3 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

¹⁴⁰ Définition inspirée du grand dictionnaire terminologique de l'office de la Langue française (OLF), disponible à http://www.granddictionnaire.com/fs_global_01.htm

¹⁴¹ Par exemple, l'information peut être portée par une disquette, le disque dur d'un ordinateur ou encore un cédérom.

terme à la confusion terminologique qui existait entre l'écrit et sur son support traditionnel : le papier. D'ailleurs, comme l'ont précisé certains auteurs, les règles du Code civil sur la preuve écrite ont été largement façonnées dans un environnement papier¹⁴² et il n'était à l'époque aucunement envisagé que l'écrit puisse être consigné sur un support autre que le papier. D'ailleurs au cours de l'élaboration des lois françaises et québécoises sur les technologies de l'information, certains ont parlé de la disparition de l'écrit¹⁴³ alors que d'autres ont plutôt défendu la thèse de l'autonomie de l'écrit par rapport à son support¹⁴⁴. Parmi ces derniers, rappelons que le professeur Larrieu fut l'un des premiers à reconnaître qu'en substance aucun élément de l'écrit n'est défini en droit positif de manière à exclure des procédés modernes d'écriture ou des supports nouveaux d'informations¹⁴⁵. Ceci dit, ce débat concernant l'acceptation ou non de l'écrit sur un support autre que le papier semble aujourd'hui révolu dans la mesure où la loi québécoise comme la loi française¹⁴⁶ attachent une valeur juridique aux documents, nonobstant la nature du support sur lequel l'information est stockée.

[109] L'article 2 de la loi québécoise sur les technologies de l'information prévoit explicitement la liberté pour tout individu de consigner ses documents sur les supports de son choix dans la mesure où certaines règles de droit (notamment celles du Code civil) sont respectées. Par le biais de cette disposition, le législateur québécois tient à préciser que le choix d'un support plutôt qu'un autre ne devrait en principe ni augmenter ni diminuer la valeur juridique d'un document. Cette liberté du choix du support est néanmoins soumise à des exceptions d'ordre légal. En effet, certaines lois particulières peuvent exiger l'utilisation d'un support ou d'une technologie spécifique. En droit québécois par exemple, la Loi sur la protection du consommateur impose que

¹⁴² D. GOBERT et É. MONTERO, loc. cit., note 14.

¹⁴³ X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, loc. cit., note ? ; Éric BARBRY, « Le droit du commerce électronique : de la protection ... à la confiance », (1998) 2 *Droit de l'informatique et des télécoms*, p. 14-28.

¹⁴⁴ I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit., note ?

¹⁴⁵ Jacques LARRIEU, loc. cit., note 21.

¹⁴⁶ Article 1 de la loi française n° 2000-230 introduisant l'article 1316 au C.c.F. : « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte [...], quels que soient leur support ou leurs modalités de transmission* » (nos soulignés).

certaines contrats de consommation soient consignés exclusivement sur support papier¹⁴⁷, au même titre que d'autres législations telles que la Loi sur le recouvrement de certaines créances¹⁴⁸ ou encore la Loi sur le courtage immobilier¹⁴⁹. En revanche, la Loi québécoise sur les valeurs mobilières impose, quant à elle, l'usage d'un système informatisé spécifique pour transmettre ou recevoir des documents électroniques¹⁵⁰.

[110] Du côté du droit français, il y a également lieu de mentionner certaines exceptions à la liberté du choix des supports de l'écrit. En effet, dans certaines circonstances, la loi ou la jurisprudence peuvent requérir un écrit papier à peine de nullité du contrat¹⁵¹. Mentionnons à titre d'illustration tous les contrats spéciaux conclus avec les consommateurs, les conventions touchant les professionnels (le prêt à intérêt, les mandats immobiliers et boursiers, etc) ou encore les cautions en matière de consommation¹⁵².

[111] Dans tous les cas, il ressort clairement des lois française et québécoise sur les technologies de l'information que l'écrit ou le document est constitué de deux éléments : de l'information et un support. Avec l'avènement des technologies de l'information, il semble que l'élément principal de l'écrit est l'information, alors que le support est devenu accessoire, n'étant qu'un instrument portant cette information.

B- L'interchangeabilité des supports

[112] Le principe de la dissociation de l'écrit et de son support tel que traité précédemment a nécessairement pour corollaire l'interchangeabilité des supports. En

¹⁴⁷ Article 25 de la L.P.C., L.R.Q., c. P-40.1, après modification de l'article 101 de la loi sur les technologies de l'information.

¹⁴⁸ *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.R.Q., c. R-2.2, art.103.

¹⁴⁹ *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73-1, art. 99.

¹⁵⁰ *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1 ; Voir : article 14.1 du *Règlement sur les valeurs mobilières*, (115 G.O. II, 1511), 1983, le système utilisé est le système électronique de données, d'analyse et de recherche (SEDAR).

¹⁵¹ Pierre-Yves GAUTIER et Xavier LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », (2000) 24 *La Semaine Juridique Édition Générale*, p.1115.

¹⁵² Pierre-Yves GAUTIER, *Recueil Dalloz* 2000, n°12, p. V ; voir aussi : L. RUET, *Com. com. électr.*, mars 2000, chronique n°5.

effet, dans la mesure où l'écrit constitue de l'information pouvant être consignée sur toute sorte de supports, rien ne semble l'empêcher de migrer vers d'autres supports ou bien d'être porté simultanément par des supports différents. Alors que l'interchangeabilité des supports de l'écrit est considérée comme l'un des principaux objectifs prônés par la loi québécoise sur les technologies de l'information¹⁵³, la loi française ne fait pas explicitement référence à cette expression. Cependant, en définissant l'écrit indépendamment de tout support, le législateur français ne semble pas en principe s'opposer à l'utilisation de multiples supports afin de produire ou de conserver l'écrit. Selon Isabelle de Lamberterie¹⁵⁴, il est indispensable de pouvoir maintenir l'écrit sur différents types de support. Ce maintien de l'écrit sur divers supports a pour conséquence selon nous de créer des sortes de « documents mixtes » c'est-à-dire des documents dont le contenu est consigné à la fois sur des supports traditionnels (le papier) et sur des supports faisant appel aux nouvelles technologies. L'enjeu majeur de ce phénomène de « mixité » des documents réside dans la nécessité de pouvoir gérer les documents sur support papier et sur support électronique de manière intégrée c'est-à-dire de pouvoir gérer de manière simultanée différents dossiers composés de documents papier et de documents sur support électronique¹⁵⁵.

[113] Tel que nous l'avons souligné précédemment, la valeur juridique de l'écrit ou du document n'est plus essentiellement fonction de son support. En effet, qu'il s'agisse d'un document papier ou d'un document faisant appel aux nouvelles technologies, la notion d'écrit ne doit pas se baser seulement sur le seul formalisme de l'obtention de l'information sur un support, mais davantage sur une recherche de vérité et de confiance dans l'information véhiculée sur le support. Autrement dit, pour qu'un document ait une valeur juridique, il est nécessaire que l'information véhiculée n'ait jamais fait l'objet d'altérations, d'où l'importance du concept d'intégrité du document.

¹⁵³ Le principe d'interchangeabilité des supports de l'écrit est prévu à l'article 1 (3) ainsi que l'article 2 de la loi québécoise sur les technologies de l'information. Voir également : article 17 de la loi québécoise sur les technologies de l'information traitant du transfert de l'information.

¹⁵⁴ Isabelle DE LAMBERTERIE, *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective*, « Réflexions sur l'établissement et la conservation des actes authentiques », Mission de recherche « Droit et Justice », Paris, La Documentation Française, 2002, p. 81.

¹⁵⁵ Jeanne PROULX, « Quelques constats sur la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », Journée d'étude organisée par l'Université de Montréal, Allocution faite à Montréal le 27 septembre 2001.

III- Le concept d'intégrité du document

[114] Le sens commun donné au terme « intégrité » est l'état d'une chose qui est demeurée intacte. Dans le cadre des lois française et québécoise sur les technologies de l'information, le concept d'intégrité suppose que l'information contenue dans le document n'a pas été altérée¹⁵⁶.

[115] L'intégrité du document constitue dans chacune de ces lois une notion essentielle dans le sens où elle représente la condition *sine qua non* afin de reconnaître la valeur juridique ou probatoire d'un document quel que soit son support. Avant d'analyser plus en détails le concept de l'intégrité du document au regard de la loi française et de la loi québécoise sur les technologies de l'information (B), il apparaît important de mentionner tout d'abord dans quels hypothèses un document est susceptible d'être altéré (A).

A- Les causes susceptibles d'altérer l'intégrité du document

[116] L'information contenue dans un document transmis, copié ou conservé peut faire l'objet d'altérations dans trois hypothèses¹⁵⁷ : le cas d'une altération naturelle du document (1), d'une altération suite à une action frauduleuse (2) ou enfin d'une altération suite à une erreur humaine (3).

1- Altération naturelle du document

[117] Le premier cas suppose une altération naturelle suite à la défaillance du support ou d'un matériel. En effet, l'intégrité du document peut être altérée dans la mesure où le support de transmission du document a été défaillant compte tenu d'un mauvais entretien soit des lignes soit des équipements terminaux. S'agissant du support

¹⁵⁶ Définition inspirée du glossaire réalisé par le C.R.D.P., op. cit., note 136.

¹⁵⁷ Jean-Marie BRETON, *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Intégrité de l'information », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990, p.225.

de conservation du document, il y a lieu de rappeler que ces types de support ont une durée de vie limitée¹⁵⁸. Par conséquent, un transfert sur un nouveau support de conservation est nécessaire en temps utile faute de quoi le contenu du document risque de faire l'objet d'une altération significative. Enfin, s'agissant des problèmes liés aux pannes de matériels, il semble également nécessaire de mettre en place un entretien préventif.

2- Altération suite à une action frauduleuse

[118] Le deuxième cas d'altération suppose quant à lui une action frauduleuse ou malveillante engendrant une attaque active¹⁵⁹ en cours d'opération. À la différence des attaques passives¹⁶⁰, les attaques actives peuvent prendre de multiples formes telles que le retard à la transmission¹⁶¹ ; la modification du document ou de l'identité de son émetteur voire même de sa date. De même, la destruction totale du document électronique a été reconnue comme une attaque active¹⁶². Face à ce type d'attaques, les entreprises mettent en place de plus en plus des structures chargées de mener des politiques de protection physique des locaux et des équipements mais également de sensibiliser le personnel sur les aspects sécuritaires et sur les risques des attaques actives sur l'information détenue par l'entreprise¹⁶³.

3- Altération suite à une erreur humaine

¹⁵⁸ Isabelle DE LAMBERTERIE, *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Preuve, conservation et archivage », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990, p.238.

¹⁵⁹ Paris, 22 mai 1989, Gazette du Palais, 1989, 2^e sem., p.2.

¹⁶⁰ On entend par « attaques passives » les cas où le fraudeur se limite à écouter ou à effectuer une sorte de « cyber-voyeurisme », ce qui a pour effet direct de menacer la confidentialité, et parfois même de constituer des atteintes à la vie privée. Voir : J.-M. BRETON, loc. cit., note 157.

¹⁶¹ Bien que cette attaque ne constitue pas directement une atteinte à l'intégrité, elle est reconnue comme active.

¹⁶² Mireille ANTOINE, Marc ELOY et Jean-François BRAKELAND, « Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents sur ordinateur », (1989) *Cahiers du C.R.I.D.*, Namur.

¹⁶³ CLUSIF (Club de la sécurité informatique française), site disponible à : <https://www.clusif.asso.fr/index.asp> (dernière consultation: 16 novembre 2002).

[119] Enfin, l'erreur humaine constitue le troisième cas où l'information contenue dans un document peut être altérée. En partant du postulat que « l'erreur est humaine », il est fort probable que les opérations effectuées manuellement par l'homme notamment la saisie de données peuvent contenir un certain nombre d'erreurs. Ce cas d'altération de l'information peut également être détecté et corrigé par les techniques classiques de l'ingénierie de la qualité¹⁶⁴. L'ingénierie de la qualité est l'une de ces activités qui ne s'appliquaient pas originellement aux nouvelles technologies de l'information mais qui s'est adaptée de façon à rechercher une qualité maximale au niveau de l'administration informatique. Lorsque l'information du document a été copiée, il y a lieu de souligner tout d'abord que les risques d'erreur humaine sont beaucoup moins probables. Cependant, on peut imaginer des erreurs au niveau de la conservation¹⁶⁵ ou à l'étape de la transmission du document. L'une des solutions afin de pallier ce genre de difficultés consisterait à tout simplement comparer le document reçu à l'original, dans la mesure où il existe effectivement un original et que son détenteur soit d'avis à le communiquer. S'agissant enfin des erreurs de programmation, notons que les bogues à ce niveau sont de plus en plus rares pour ne pas dire inexistant dans les meilleurs logiciels faisant régulièrement l'objet de contrôles de qualité, d'où l'importance de conseiller aux utilisateurs d'avoir recours à un système d'homologation (certification, etc) leur permettant d'obtenir des garanties sur la fiabilité de certains logiciels.

[120] Cet aparté sur les causes d'altérations du document étant fait, il apparaît nécessaire de revenir à la notion d'intégrité telle qu'elle est appréhendée dans les lois française et québécoise sur les technologies de l'information.

B- Le concept d'intégrité au regard des lois française et québécoise sur les technologies de l'information

[121] Après avoir défini l'« écrit » ou le document de manière large afin d'y inclure l'écrit sous toutes ses formes notamment l'écrit sur support électronique, les législateurs

¹⁶⁴ I. DE LAMBERTERIE, « Preuve, conservation et archivage », loc. cit., note 158.

¹⁶⁵ Nous pensons ici notamment à des erreurs de classement.

français et québécois ont établi les critères nécessaires afin de pouvoir leur reconnaître une valeur juridique ou probatoire.

[122] Ainsi, en vertu de l'article 3 de la loi française n° 2000-230 introduisant l'article 1316-1 au C.c.F., « [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 les conditions de nature à en garantir l'intégrité* » (nos soulignés). Quant à la loi québécoise sur les technologies de l'information, elle prévoit à son article 5 que : « *la valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi. Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un tout autre support, dans la mesure où, il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit* » (nos soulignés).

[123] Dans des termes certes un peu différents, nous constatons une fois encore que les législateurs français et québécois ont opté pour une approche relativement semblable quant aux conditions que le document doit remplir pour disposer d'une valeur juridique ou être admis en preuve. Parmi les conditions prévues par ces deux lois, la condition d'intégrité du document a été retenue tant en droit français qu'en droit québécois, le législateur français faisant également référence à l'identification de la personne dont le document émane. Avant d'expliquer la distinction entre ces deux conditions (2), il nous paraît nécessaire tout d'abord d'appréhender la notion et les critères de l'intégrité du document selon les lois française et québécoise (1).

1- La notion et les critères de l'intégrité du document selon la loi française et la loi québécoise

[124] Tout d'abord, mentionnons qu'un débat a été soulevé dans plusieurs États (dont la France et le Québec) afin d'appréhender la notion d'intégrité et d'analyser en

quoi cette dernière semblait préférable à la notion de fiabilité¹⁶⁶. Majoritairement, il a été reconnu que le terme « intégrité du document » incarne essentiellement une fonction juridique, ce qui n'est pas le cas de la notion de « fiabilité » applicable exclusivement aux procédés techniques et aux systèmes informatiques générant des documents ou des écrits. D'ailleurs, selon la définition même du dictionnaire, la fiabilité est davantage appréhendée sous un angle technique que juridique : « *l'aptitude d'un système, d'un matériel, à fonctionner sans incidents pendant un temps donné* »¹⁶⁷. De plus, les législateurs français et québécois étaient conscient que la notion de fiabilité serait susceptible d'engendrer des divergences d'appréciation entre les différents experts judiciaires, entraînant par la même occasion la confusion du juge qui fonde assez largement sa décision sur les rapports transmis par les experts judiciaires, surtout dans un domaine aussi technique que celui des nouvelles technologies de l'information. Par conséquent, il semble que l'utilisation du terme « intégrité » plutôt que « fiabilité » apparaît parfaitement justifiée d'un point de vue essentiellement juridique.

[125] À la différence du législateur québécois, le législateur français n'a pas véritablement donné de précisions quant à la notion ou les critères de l'intégrité dans la loi n° 2000-230. Le législateur français semble avoir laissé le soin au Conseil d'État de préciser ces critères de l'intégrité dans le cadre d'un décret¹⁶⁸. Ceci étant, en droit français, la notion d'intégrité de l'écrit a souvent été liée à l'écrit original¹⁶⁹. En effet, à l'instar des caractéristiques reconnues à un original, l'écrit est intègre s'il est consigné sur un support de manière durable et qu'il se trouve dans une forme intégrale et inaltérée. À titre indicatif, mentionnons que cette relation étroite entre l'intégrité et l'original a également été reconnue dans la Loi-type de la CNUDCI¹⁷⁰.

¹⁶⁶ À ce sujet, voir : CAPRIOLI, É. A., « Le juge et la preuve électronique », loc. cit., note 19.

¹⁶⁷ Le Nouveau Petit Robert, Nouvelle édition remaniée et amplifiée, sous la direction de REY-DEBOVE, J., REY, A., Paris, 1993, p. 915.

¹⁶⁸ Article 1316-4 alinéa 2 du C.c.F.

¹⁶⁹ Par exemple la Loi de Finances rectificative de 1990, n° 90-1169 (J.O. du 30 décembre 1990) prévoit à son article 47 que « *les factures transmises par voie télématique constituant, [...], des documents tenants lieu de factures d'origine* » (nos soulignés). Voir également : CAPRIOLI, É.A., « La dématérialisation de la facture commerciale au regard de sa polyvalence juridique », *J.C.P. éd. E*, 1993, Cahiers de droit de l'entreprise, n°1.

¹⁷⁰ *Loi-type de la CNUDCI*, précitée, note 18, l'article 8 relatif à l'original dispose en effet que « [l]orsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :

[126] Par ailleurs, la formulation choisie par le législateur français dans l'article 1316-1 du C.c.F. semble d'autant plus pertinente qu'elle prévoit que l'écrit sous forme électronique doit être intègre depuis la production du document jusqu'à sa conservation¹⁷¹, ce qui souligne l'idée de continuité dans la préservation de l'intégrité du document.

[127] En droit québécois, le législateur a prévu par contre un article complet afin d'expliciter les critères de l'intégrité du document. En effet, en vertu de l'article 6 de la loi sur les technologies de l'information, l'intégrité d'un document suppose d'une part qu'il soit possible de vérifier que l'information n'est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et d'autre part que le support qui porte l'information procure à celle-ci la stabilité et la pérennité voulue. Le législateur québécois propose ainsi deux types de critères afin de définir le concept d'intégrité; le premier critère relatif à l'information et le deuxième s'attachant davantage au support du document. Qu'il s'agisse du critère relatif à l'information (intégralité, inaltérabilité) ou de celui concernant le support (stabilité, pérennité), il y a lieu d'indiquer qu'il s'agit ni plus ni moins des mêmes critères que ceux reconnus habituellement dans l'univers papier¹⁷². Toutefois, plusieurs commentaires méritent d'être faits concernant ces critères de l'intégrité du document. Tout d'abord, rappelons que le critère d'inaltérabilité de l'information suppose que le document ne puisse en aucun cas être modifié par les parties ou par les tiers. Dans l'hypothèse d'un document sur support papier, l'altération de l'information risque d'être visible directement sur le support (les ratures voire l'effacement de mots à l'aide de liquide correcteur). En d'autres termes, les fraudes peuvent être rapidement décelées, ce qui n'est pas aussi aisé pour un document électronique qui peut faire l'objet d'une multitude de modifications sans perdre la qualité de sa présentation. Cependant, nos propos méritent néanmoins d'être nuancés dans la mesure où il existe plusieurs solutions techniques afin de protéger l'information du document électronique ou de vérifier si des modifications ou des fraudes ont été

a) *S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre [...] ».*

¹⁷¹ Extrait de l'article 1316-1 C.c.F. : « [...] qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » (nos soulignés).

¹⁷² Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136.

commises. En effet, l'auteur du document peut notamment sécuriser ce dernier en prévoyant un système de permissions d'accès ou de lecture du document. De plus, l'auteur a aussi la possibilité de consulter diverses informations relatives à son document (notamment, la dernière date de modification, la dernière personne ayant accédé au document, la taille du document, etc). Toutes ces informations relatives au document aussi appelées « métadonnées » permettront de vérifier si l'information du document sur support électronique n'a pas été altérée et si elle a demeuré dans son intégralité.

[128] L'approche du législateur québécois, au même titre que celle du législateur français du reste, vise à reconnaître une fois de plus une équivalence entre le document électronique ou technologique et le document sur support papier. À l'heure actuelle, il semble encore trop tôt pour déterminer de quelles manières les tribunaux interpréteront ces différents critères de l'intégrité du document.

[129] En outre, l'article 6 de la loi québécoise sur les technologies de l'information prévoit également aux alinéas 2 et 3 que :

« L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction.

Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie ».

[130] A l'instar de la loi française n° 2000-230 qui prévoit que l'écrit sous forme électronique doit demeurer intègre depuis son établissement jusqu'à sa conservation, l'article 6 de la loi québécoise exige aussi le maintien de l'intégrité durant tout son cycle de vie. Selon ce même article, il est précisé que la notion de « cycle de vie » réfère aux différentes phases de l'existence d'un document dont sa création, sa transmission, sa conservation et enfin sa destruction¹⁷³. Le législateur québécois souligne enfin à l'alinéa 3 du même article que l'intégrité du document suppose notamment que l'intéressé ait pris des mesures de sécurité afin de protéger le document durant tout son cycle de vie. Il semble qu'à travers cet alinéa le détenteur du document soit tenu de prendre les mesures

¹⁷³ Le concept de « cycle de vie » du document fera l'objet d'une analyse plus approfondie ultérieurement dans le présent chapitre.

de sécurité nécessaires afin de préserver l'intégrité du contenu de son document. Le professeur Gautrais estime d'ailleurs que cet article consacre une « *obligation de moyens dont doit faire « preuve » un partenaire pour assurer qu'il a agi avec diligence pour conserver une information qui soit digne de foi* »¹⁷⁴. Autrement dit, il sera nécessaire que le détenteur d'un document agisse comme un « bon père de famille » en élaborant par exemple un système de gestion documentaire. En plus de démontrer que le détenteur du document a été diligent, ce type de système permettra de minimiser les risques d'insécurité et de violations de l'information¹⁷⁵.

2- La distinction entre les critères d'« intégrité du document » et d' « imputabilité du document à son auteur »

[131] Tel que nous l'avons mentionné précédemment, la loi française n° 2000-230 propose une double condition afin d'admettre en preuve l'écrit sur support électronique au même titre que l'écrit papier¹⁷⁶. D'une part, il est nécessaire d'identifier la personne dont l'écrit émane et d'autre part l'écrit en question doit être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Autrement dit, en droit français, l'admissibilité en preuve de l'écrit sous forme électronique est soumise à deux conditions cumulatives : l'identification et l'intégrité. Cette disposition de la loi française soulève selon nous plusieurs questions. Tout d'abord, pourquoi la loi québécoise ne semble-t-elle pas imposer dans son article 5 cette double condition cumulative à l'instar de la loi française?

[132] En outre, il y a lieu de s'interroger sur la pertinence d'utiliser dans la loi française l'expression « identification de la personne dont l'écrit émane » plutôt que l'imputabilité de l'écrit à son auteur. Cette remarque terminologique nous semble

¹⁷⁴ V. GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92, p. 29.

¹⁷⁵ D. LEVASSEUR, « L'enjeu de la gestion documentaire électronique », (1997) 3 *Revue Argus*, vol. 26.

¹⁷⁶ Article 1316-1 du C.c.F.

importante dans la mesure où le terme d'identification se doit être manié avec précision et vigilance. En effet, comme l'a mentionné à maintes reprises Jacques Larrieu : « *il faut distinguer les procédés qui permettent l'identification d'un élément de système et ceux qui permettent l'identification de correspondant* »¹⁷⁷. En effet, par exemple, lorsqu'une personne utilise des cartes à puces avec des numéros d'identification ou des certificats de signature qui nécessitent d'introduire un code, on n'identifie pas directement la personne dont l'acte émane, mais plutôt la personne à laquelle l'acte sera imputé¹⁷⁸. Par conséquent, il nous a paru préférable d'utiliser dans cette partie l'expression « imputabilité du document à l'auteur » plutôt que l'identification de la personne dont l'écrit émane afin d'éviter toute confusion terminologique. D'ailleurs, mentionnons qu'en vertu d'un arrêt de la Cour de Cassation française, concernant une transmission par télécopieur, il avait été jugé que « *l'écrit constituant, [...], l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité, et l'imputabilité de son contenu à son auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées* » (nos soulignés)¹⁷⁹. Ainsi, en 1997, la Cour de Cassation avait déjà préféré la formulation « imputabilité à l'auteur désigné » plutôt qu'« identification de la personne dont l'écrit émane ».

[133] Par ailleurs, selon le professeur Caprioli, l'identification constitue une fonction typique de la signature et non de l'écrit¹⁸⁰. Par conséquent, on peut se demander s'il n'est pas redondant dans la loi française d'indiquer la condition d'identification en plus de celle d'intégrité dans un article relatif à l'écrit sous forme électronique alors qu'elle est déjà consacrée dans un article concernant la signature¹⁸¹. À titre comparatif

¹⁷⁷ Jacques LARRIEU, « *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Identification et authentification », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990, p. 214.

¹⁷⁸ Étienne DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », (1997) 11 *Revue Droit Com. (Belge)*, p.666.

¹⁷⁹ Cass., Com., 2 décembre 1997, D., 1998, p. 192, note Didier Martin; voir également : P. CATALA et P.-Y. GAUTIER, loc. cit., note 72.

¹⁸⁰ É. A. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », loc. cit., note 19.

¹⁸¹ L'article 1316-4 du C.c.F. dispose en effet que lorsque la signature est électronique, « [...] elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en

mentionnons d'ailleurs que dans la loi québécoise sur les technologies de l'information la fonction d'identification de l'auteur est traitée davantage dans les articles relatifs à la signature¹⁸², et non dans ceux concernant le document.

[134] À travers cette section, nous avons tenté de montrer les différents éléments de similitudes existants entre les récentes lois française et québécoise sur les technologies de l'information. Nous avons pu constater que la comparaison entre ces deux lois ne se limite pas uniquement à la définition de la notion d'« écrit dans la société de l'information » mais s'étend plus largement aux différents critères qui permettent de reconnaître une valeur juridique ou probatoire aux documents faisant appel aux nouvelles technologies. Ceci étant, à la différence de la loi française et bien d'autres lois, il est intéressant de constater que la loi québécoise se caractérise par son « hybridité » c'est à dire sa rédaction à la fois juridique mais surtout très technologique. Ce caractère hybride de la loi québécoise s'est d'ailleurs concrétisé par l'émergence de plusieurs concepts innovateurs en droit du commerce électronique, notamment le concept de « document technologique » et de celui de « cycle de vie du document ».

Section 2 : Particularités de la loi québécoise sur les technologies de l'information : l'émergence de nouveaux concepts

[135] Parmi les nouveaux concepts juridiques consacrés par la loi québécoise, deux d'entre eux nous semblent particulièrement significatifs et méritent une analyse plus approfondie. Il s'agit d'une part du document technologique (I) et d'autre part du cycle de vie du document (II).

I- Le concept du « document technologique »

Conseil d'État » (nos soulignés). Voir aussi : PRÜM, A., *Mélanges Michel Cabrillac*, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », Paris, *Litec*, 1999, p.265.

¹⁸² Article 38 et 39 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

[136] Dans le présent travail, nous ne pouvions nous empêcher de faire le parallèle entre les notions de document électronique et de document technologique. L'expression «document technologique» a été préférée à l'expression «document électronique» car cette dernière est liée à une technologie spécifique, à savoir l'électronique, et qu'il ne convenait pas d'utiliser une fiction juridique pour étendre artificiellement la portée du terme «électronique» à l'ensemble des technologies de l'information passées, présentes ou futures. D'ailleurs, l'article 1 de la loi québécoise sur les technologies de l'information prévoit explicitement que l'électronique ne constitue qu'une technologie parmi tant d'autres susceptible d'être utilisée pour produire un document. Cependant, force est de constater qu'à l'heure actuelle les documents électroniques constituent un outil de communication privilégié auprès des différents acteurs de la société de l'information. Il nous paraît donc pertinent d'étudier plus spécifiquement le document électronique en tant qu'exemple de document technologique au sens de la loi.

A- Un exemple important de document technologique : le document électronique

1- La notion de document électronique

[137] Le document électronique est avant tout un document servant à instruire et à communiquer de l'information au même titre que tout autre document¹⁸³. L'utilisation du terme électronique pour qualifier le document suppose un lien étroit à un type de support et à un système informatique. Dans son Guide d'archivage de 1997, le Conseil international des archives avait déjà tenté de décrire l'élément distinctif entre le document électronique et le document au sens traditionnel :

« Un document est de l'information consignée, créée ou reçue au moment d'amorcer, d'effectuer ou de compléter les activités menées par une institution ou une personne et qui présente un contenu, un contexte et une structure permettant de prouver l'existence de ces activités, indépendamment de la forme ou du support. Les documents électroniques

¹⁸³ Éric DUNBERRY, *La preuve et l'archivage des documents électroniques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p.17. D'ailleurs, Éric Dunberry rappelle l'étymologie latine de document («*documentum*») qui signifie enseigner, instruire, faire savoir.

ont une caractéristique distincte : étant consigné sur un support informatique et en symboles (chiffres binaires), leur contenu ne peut être lu et compris qu’au moyen d’un ordinateur ou d’une technologie assimilée »¹⁸⁴ (nos soulignés).

[138] De même, la loi C-6 concernant la protection des renseignements personnels et les documents électroniques¹⁸⁵ définit le document électronique comme suit : « l’ensemble de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif. Sont également visés tout affichage et toute sortie imprimée ou autre de ces données »¹⁸⁶.

[139] Suite à ces définitions du document électronique, on ne peut nier que celui-ci dispose de plusieurs particularités que ne détient pas le document traditionnel.

2- Les particularités du document électronique

[140] Parmi les principales caractéristiques du document électronique permettant de le distinguer du document traditionnel, mentionnons l’utilisation d’un langage binaire (a), l’absence de support matériel (b), la présence de métadonnées (c) et enfin un détachement à une structure permanente (d)¹⁸⁷.

a- L’utilisation d’un langage binaire

¹⁸⁴ CONSEIL INTERNATIONAL DES ARCHIVES, *Guide for managing electronic records from an archival perspective*, février 1997, p.11.

¹⁸⁵ Projet de loi C-6, 1^{re} session, 36^e législature, 46-47 Elizabeth II, 1997-1998, déposé le 1^{er} octobre 1998 et réimprimé le 12 avril 1999. Le 13 avril 2000, ce projet de loi devint le chapitre 5 des Lois du Canada intitulé *Loi visant à faciliter et à promouvoir le commerce électronique en protégeant les renseignements personnels recueillis, utilisés ou communiqués dans certaines circonstances, en prévoyant l’utilisation de moyens électroniques pour communiquer ou enregistrer de l’information et des transactions et en modifiant la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur les textes réglementaires et la Loi sur la révision des lois*.

¹⁸⁶ Article 31(1) du projet de loi C-6. Il y a lieu de mentionner que cette définition du projet de loi C-6 n’est pas s’en rappeler la définition proposée par la Conférence pour l’Harmonisation des Lois du Canada dans sa *Loi uniforme sur la preuve électronique*, CHLC, mars 1997 disponible sur : <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/felev.htm>

¹⁸⁷ DUNBERRY, É., op. cit., note 183, p. 18.

[141] Tout d'abord, comme l'a énoncé le Conseil international de l'archivage le document électronique se distingue par le fait que les données qu'il contient se trouvent sur un support informatique sous la forme d'un langage binaire. De plus, ces données ne sont susceptibles d'être lues et comprises qu'au moyen d'équipements et de technologies informatiques¹⁸⁸. Ainsi en est-il du document numérisé ne pouvant être compréhensible par l'humain qu'à partir du moment où un procédé de traduction du langage machine à un langage intelligible a été généré¹⁸⁹.

b- L'absence de support matériel

[142] La deuxième caractéristique du document électronique repose sur l'absence de tout support matériel à la différence du document traditionnel généralement consigné sur un support papier. Le document électronique suppose ainsi une certaine indépendance de l'information par rapport à un support en particulier. La dématérialisation permet à l'information une plus grande flexibilité ; celle-ci pouvant ainsi être consignée sur n'importe quel support. Toutefois, cette situation accroît également les risques de modifications, d'altérations ou de violations de l'information d'où la nécessité d'intensifier les moyens de garantir l'intégrité du contenu du document électronique¹⁹⁰.

c- La présence de métadonnées

[143] La troisième particularité du document électronique concerne la présence de métadonnées. Une métadonnée est une donnée qui renseigne sur la nature de certaines

¹⁸⁸ CONSEIL INTERNATIONAL DES ARCHIVES, op. cit., note 184.

¹⁸⁹ Pour plus de détails concernant la numérisation se référer au Chapitre préliminaire, section 1, paragraphe 2 (« *Avènement du numérique* »).

¹⁹⁰ DUNBERRY, É., op. cit., note 183, p. 19.

autres données et qui permet ainsi de les utiliser de manière pertinente¹⁹¹. Les métadonnées sont un élément primordial et sont destinées à diverses catégories d'utilisateurs. Elles permettent notamment de connaître l'origine et la nature des données stockées dans l'entrepôt, de comprendre leur structure, de savoir comment y avoir accès et comment les interpréter, de connaître les différents modèles de données en présence et la façon de les gérer¹⁹². Autrement dit, les métadonnées sont des informations décrivant les ressources dans le but de rendre plus performants la recherche de contenus, leur gestion et leur utilisation. Selon les informaticiens, une métadonnée constitue une information « traitable par une machine » c'est à dire exploitable par des logiciels tels que des agents intelligents¹⁹³. Ainsi, les métadonnées sont produites et utilisées à la fois par les automates et par les personnes.

[144] À titre de comparaison, on peut dire que si les contenus de livres sont les données, des répertoires de bibliothèques ou des index constituent des métadonnées parce qu'ils contiennent des informations sur les livres et leurs contenus. Ces métadonnées peuvent être incluses dans les ressources elles-mêmes ou enregistrées dans un fichier séparé selon le type du contenu (il n'est pas aisé d'inclure des métadonnées dans une image, par exemple). Les métadonnées sont structurées suivant des catégories ou champs sémantiques¹⁹⁴. Chaque champ représente une caractéristique particulière de la ressource, par exemple, son titre ou son résumé. Certains sont obligatoires et d'autres optionnels.

[145] Étant donné que les métadonnées constituent une information à propos des données qui composent le document, il importe de pouvoir les rattacher au document ou de créer un lien entre elles. Selon un rapport du groupe de travail sur les métadonnées et les structures logiques du Conseil du trésor québécois, il existe cinq façons d'effectuer un rattachement entre une ressource (le document proprement dit) et les métadonnées

¹⁹¹ Définition inspirée du Grand Dictionnaire terminologique, Office de la Langue Française, <http://www.granddictionnaire.com>

¹⁹² CHANTIER EN INGÉNIERIE, *Glossaire de l'ingénierie documentaire, Rapport de synthèse, La gestion des documents adaptés à l'inforoute gouvernementale*, 1999, c.2, p.6-14.

¹⁹³ T. BERNERS LEE, « Metadata Architecture », (1997), disponible à : <http://www.w3.org/DesignIssues/Metadata.html>

¹⁹⁴ Ravi KHAN, « A lawyer's guide to digital information life cycle management », 2002 *Federal Lawyer*.

qui y sont associées¹⁹⁵. Ce rattachement peut se faire tout d'abord par insertion (*embedded*) c'est-à-dire que l'énoncé est contenu dans la ressource. Le rattachement peut également s'effectuer par accompagnement c'est-à-dire que l'énoncé est externe mais véhiculé avec la ressource. La troisième hypothèse suppose que l'énoncé soit toujours externe mais qu'il soit indiqué simplement par un URL (*Uniform Resource Locator*). La quatrième hypothèse suppose toujours que l'énoncé soit externe mais qu'il soit indiqué cette fois-ci par un lien insécable grâce aux techniques cryptographiques. Et enfin, le rattachement peut s'effectuer par enveloppement (*wrapped*) c'est-à-dire que l'ensemble des énoncés contient la ressource.

[146] Ainsi, les métadonnées d'un document peuvent être comparées à une étiquette collée sur une boîte de conserves ou attachées à un objet. Elles identifient le document et décrivent certains aspects de son contenu, ce qui évite d'avoir à l'ouvrir uniquement pour en connaître le contenu.

d- Le détachement à une structure permanente

[147] Enfin, la quatrième particularité du document électronique repose sur son détachement à une structure permanente. Le document électronique, à la différence du document sur support papier, se définit « *en fonction de champs, de conventions de programmation et de langages évolués suivant des structures conçues pour extraire des données organisées à l'intérieur d'un environnement codé* »¹⁹⁶. Autrement dit, la structure du document électronique se compose de divers éléments qui interagissent entre eux en fonction d'un code prédéterminé. En informatique, le code signifie l'ensemble des règles et des conventions indiquant la manière dont doivent être formés, émis, traités et reçus les signaux représentant les données du document. Il semble évident que le caractère indissociable et permanent reconnu au document sur support

¹⁹⁵ RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES MÉTADONNÉES ET LES STRUCTURES LOGIQUES, *Les composantes d'un document électronique*, Collection en ingénierie documentaire, réalisé dans le cadre du Chantier en ingénierie documentaire, Conseil du trésor, Sous-secrétariat à l'infouroute gouvernementale et aux ressources informationnelles, 1999.

¹⁹⁶ Id.

papier est largement battu en brèche par les particularités structurelles inhérentes au document électronique. À la différence du document papier dont la structure est palpable et visible, le document électronique dispose d'une structure diffuse, complexe et invisible, ce qui rend, selon nous, sa préservation d'autant plus délicate.

[148] Selon les spécialistes de l'ingénierie documentaire, cette structure particulière du document électronique est appelée la « structure logique » du document¹⁹⁷. Alors que les métadonnées s'appliquent généralement au document dans son ensemble, la structure logique concerne les éléments de contenu qui sont rassemblés et ordonnés dans un document. Ainsi, les métadonnées servent à maîtriser les documents pris comme un ensemble, mais il est aussi important de maîtriser l'information qu'ils contiennent, afin de la rendre accessible électroniquement. Il est donc nécessaire de modéliser les documents pour en faire des contenants structurés dans lesquels le contenu informationnel se trouve inséré. De plus, mentionnons que cette structuration du document permet plusieurs avantages dont notamment d'éviter le risque de désuétude des données représentées de façon indépendante des outils de traitement, de permettre un moindre coût de publication, de mise à jour ou de diffusion, d'ajouter de la valeur à l'information ou encore d'augmenter la qualité des documents produits et imprimés ou affichés à l'écran.

[149] Il y a lieu de mentionner enfin que le balisage des données est déjà rendu accessible par les récents développements du langage de balisage des données XML¹⁹⁸; la syntaxe XML a aussi servi de base à l'élaboration d'une norme permettant de schématiser les métadonnées (la norme RDF)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Id. ; voir également : Kate M. SUMMERS, *Automatic discovery of logical document structure*, thèse de doctorat, Cornell University, 1998.

¹⁹⁸ Le sigle XML signifie « eXtensible Markup Language », ou langage extensible de balisage. Pour plus de précisions sur ce langage, voir : « Extensible Markup Language », standard XML élaboré par le W3C, disponible à : <http://www.w3.org/XML/> ; Elliotte Rusty HAROLD et W. Scott MEANS, *XML in a nutshell*, 2^e éd., O'Reilly, 2002.

¹⁹⁹ La norme RDF (Resource Description Framework) est une création pour le traitement des métadonnées; il fournit l'interopérabilité entre les applications qui échangent de l'information non compréhensible par les machines sur le Web. Voir : Resource Description Framework (RDF) Model and Syntax Specification, Recommandation du W3C (World Wide Web Consortium), 22 février 1999, disponible à : <http://www.w3.org/TR/REC-rdf-syntax/>

[150] De plus en plus, les documents sont non seulement produits sur support électronique, mais ils sont aussi diffusés, publiés et conservés sur un tel support. Ainsi, le document électronique est au centre des préoccupations et prend une importance stratégique en devenant un outil de communication privilégié pour les individus, les entreprises, les associations ou l'État. L'objectif réel de la loi québécoise sur les technologies de l'information est d'encadrer précisément ce type de document au niveau juridique. Cependant, le législateur québécois a fait preuve d'innovation et de clairvoyance en parlant non pas de document électronique, mais de manière plus globale et neutre de document technologique.

B- Émergence d'un concept englobant et neutre : le document technologique

[151] Selon la loi québécoise sur les technologies de l'information, le document technologique est un document dont le support fait appel aux technologies de l'information²⁰⁰, peu importe leur nature. En effet, selon l'article premier de la loi, les technologies concernées peuvent être autant optiques, magnétiques, électroniques, sans fil ou autres. La loi va même plus loin en prévoyant que le document peut aussi faire appel à une combinaison de différentes technologies. On constate donc que le législateur a opté pour une approche à la fois englobante et neutre afin de définir le document technologique.

[152] Le document technologique reste néanmoins un document au sens de l'article 3 de la loi c'est-à-dire un objet dans lequel l'information est délimitée et structurée de façon à pouvoir être rendue intelligible sous la forme de mots, de sons ou d'images. Cependant, à la différence du « simple document », le document technologique a pour particularité de faire appel aux technologies de l'information.

²⁰⁰ Article 3 alinéa 4 de la loi.

[153] De plus, à la différence du document traditionnel, certains documents technologiques ont pour particularité d'avoir un contenu ou une information fragmentés et répartis sur différents supports situés en un ou plusieurs emplacements.

[154] Face cette particularité inhérente à certains documents technologiques, le législateur québécois a envisagé un certain nombre de conditions afin que ces derniers puissent demeurer des documents au sens de la loi et donc disposer d'une valeur juridique. Ainsi, l'article 4 de la loi québécoise dispose qu' : « *[u]n document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition.*

Inversement, plusieurs documents technologiques, même réunis en un seul à des fins de transmission ou de conservation, ne perdent pas leur caractère distinct, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'assurer à la fois l'intégrité du document qui les réunit et celle de la reconstitution de chacun des documents qui ont été ainsi réunis ».

[155] L'article 4 de la loi propose deux situations distinctes : d'une part, la situation où l'information d'un document est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés à un ou plusieurs endroits, et d'autre part la situation où plusieurs documents technologiques sont réunies en un seul document. Nous étudierons successivement chacune de ces situations.

1- La fragmentation et la répartition de l'information d'un document

[156] En vertu de l'alinéa premier de l'article 4 de la loi québécoise, un document dont l'information a été fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports eux-mêmes situés dans un ou plusieurs endroits est considéré comme formant un seul et unique

document à condition que soient respectées deux exigences cumulatives. La première exigence suppose que des éléments logiques structurants permettent de réunir les différents fragments de l'information soit directement soit par référence. Autrement dit, les éléments logiques structurants c'est-à-dire les éléments d'information s'ajoutant à l'information propre d'un document afin de le rendre intelligible²⁰¹ doivent pouvoir créer un lien entre les différents fragments informationnels soit directement soit en s'y référant. La deuxième exigence suppose que ces éléments logiques structurants assurent l'intégrité de chaque fragment informationnel ainsi que l'intégrité du processus de reconstitution du document tel qu'il était avant la fragmentation et la répartition. Il y a lieu de constater que les éléments logiques structurants jouent un rôle essentiel dans le processus de fragmentation et de répartition puisqu'ils font le lien entre les différentes parcelles d'informations d'un même document en plus d'assurer leur intégrité. Mentionnons que l'exemple le plus significatif de document technologique dont l'information est fragmentée et répartie est la banque de donnée distribuée c'est à dire une banque de données dont l'information se trouve dispersée physiquement sur plusieurs supports (disque dur de différents ordinateurs, serveurs) situés à différents emplacements. Cependant, malgré cette dispersion de l'information, les données ainsi répandues contiennent des éléments structurels capables de reconstituer un document intelligible. La loi québécoise reconnaît d'ailleurs une banque de données comme formant un seul document²⁰².

²⁰¹ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136.

²⁰² Article 3 alinéa 2 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

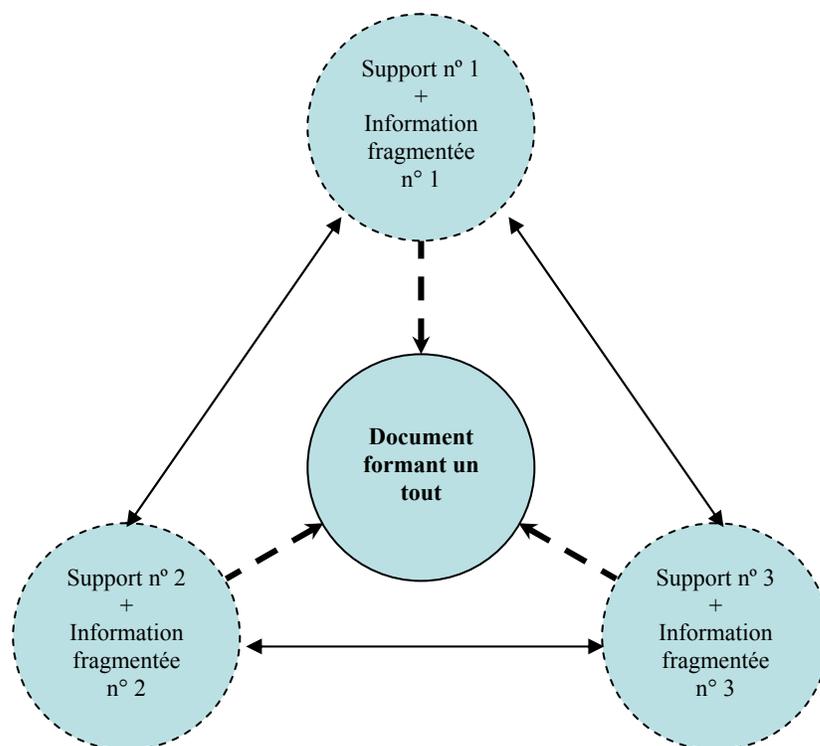


Figure 1 : Schéma de la fragmentation et de la répartition de l'information

Légende du schéma :

- ← → : Éléments logiques structurants créant un lien entre les différents fragments d'information et assurant l'intégrité de chaque fragment.
- - → : Éléments logiques structurants assurant l'intégrité du document tel qu'il était avant le processus de fragmentation et de répartition.

2- La réunion de plusieurs documents technologiques

[157] Le deuxième alinéa de l'article 4 de la loi québécoise prévoit, quant à lui, le processus inverse à savoir le cas où plusieurs documents technologiques sont réunis en un seul document dans le but d'être transmis ou conservé. Là encore, les éléments logiques structurants jouent un rôle primordial. En effet, les différents documents technologiques, même réunis en un seul document, ne perdent pas leur caractère distinct dès lors que des éléments logiques structurants garantissent l'intégrité du document qui les réunit ainsi que l'intégrité du processus permettant d'obtenir à nouveau les différents documents dans l'état où ils se trouvaient avant leur rassemblement. L'un des exemples qui illustre le mieux ce processus est le document en format ZIP. En effet, le format ZIP est un format qui permet de compresser plusieurs documents et de les regrouper en un seul document afin de faciliter son transfert ou sa conservation²⁰³.

[158] Ainsi, en vertu de la loi québécoise, le fait de fragmenter l'information d'un document technologique ou d'en réunir plusieurs afin de le transmettre ou de le conserver ne porte pas atteinte à l'intégrité du ou des documents en question dans la mesure où les conditions prévues par l'article 4 ont été respectées. En d'autres termes, le principe posé par le législateur à l'article 4 est que peu importe la présentation du document (fragmenté ou regroupé avec d'autres) l'essentiel est que son intégrité soit systématiquement préservée. D'ailleurs, en vertu de la loi, l'intégrité du document doit non seulement être maintenue quelle que soit la forme ou l'état de ce dernier, mais bien plus encore elle doit être maintenue durant tout son cycle de vie.

²⁰³ Pour plus de développements concernant le format ZIP, voir : le site officiel du logiciel Windows WinZip permettant la compression, la décompression et l'archivage des documents : <http://www.winzip.com/>. Selon ce site Web, le fichier ZIP est défini de la manière suivante : « *Zip files are « archives » used for distributing and storing files. Zip files contain one or more files. Usually the files « archived » in a Zip are compressed to save space. Zip files make it easy to group files and make transporting and copying these files faster* » (nos soulignés).

II- Le concept de « cycle de vie » du document

[159] A l'instar du concept de « document technologique », l'expression « cycle de vie du document » est un concept tout à fait innovateur puisqu'il n'a jamais été employé expressément dans une autre loi québécoise ou canadienne. Ce concept est d'ailleurs issu et largement utilisé dans le domaine de la gestion documentaire (A). Cependant, comme le démontre la loi québécoise sur les technologies de l'information, l'utilisation de ce concept au niveau juridique semble tout à fait pertinente (B).

A- Le « cycle de vie du document » : un concept issu de la gestion documentaire

[160] Le cycle de vie du document signifie l'ensemble des étapes que franchit un document depuis sa conception jusqu'à sa destruction en passant par sa diffusion et son archivage²⁰⁴.

[161] Selon les spécialistes de la gestion documentaire, le cycle de vie du document est composé de deux processus distincts comportant chacun leurs objectifs spécifiques²⁰⁵. En effet, il faut distinguer entre le processus de production des documents et celui de la gestion des documents. Tout d'abord, lors du processus de production, le document va permettre à son utilisateur de réaliser une activité dans un processus de travail (on dit alors du document qu'il est un produit en construction). Par conséquent, le processus de production englobe les différentes étapes durant lesquelles le document est produit, validé, distribué et utilisé (voir schéma ci-dessous).

[162] Le processus de gestion du document est aussi constitué d'une série d'activités. En effet, le document doit d'abord pouvoir être recherché et repéré notamment grâce à une procédure d'indexation issue des métadonnées créées. Le

²⁰⁴ RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES APPLICATIONS ET LES LOGICIELS, *Choisir un environnement logiciel approprié au cycle de vie du document*, Collection en ingénierie documentaire, réalisé dans le cadre du Chantier en ingénierie documentaire, Conseil du trésor du Québec, Sous-secrétariat à l'inforoute gouvernementale et aux ressources informationnelles, 1999.

²⁰⁵ Id.

document peut également être repéré selon des critères directement explicités dans le contenu du document. La deuxième activité concerne l'accès au document c'est-à-dire la capacité physique de manipuler un document. Cette activité vise essentiellement à définir et à gérer les droits d'accès aux documents. L'accès au document suppose aussi de pouvoir le consulter, de prendre en compte son contenu signifiant. L'autre activité importante dans le processus de gestion est celle de l'acquisition du document provenant d'un expéditeur ou téléchargé à partir d'un site Web. En outre, il est également nécessaire de distribuer le document. La distribution comprend à la fois la diffusion, la circulation, la transmission ou encore le prêt du document. Enfin, la dernière activité dans le processus de gestion est celle de la conservation du document. Elle englobe plusieurs tâches telles que la sélection des documents qui méritent d'être conservés, leur préparation aux fins de rangements ainsi que la description de leurs métadonnées. Ceci étant, cette activité s'étend aussi aux documents non sélectionnés aux fins d'archivage dans la mesure où ces derniers devront soit être détruits soit être vendus ou donnés.

[163] Il est évident que toutes ces activités tant au niveau de la production que de la gestion sont combinées de manière à permettre aux différents intervenants de travailler conjointement afin de réaliser les différents documents nécessaires à leurs activités. Les processus de production et de gestion des documents peuvent être combinés de la manière suivante :

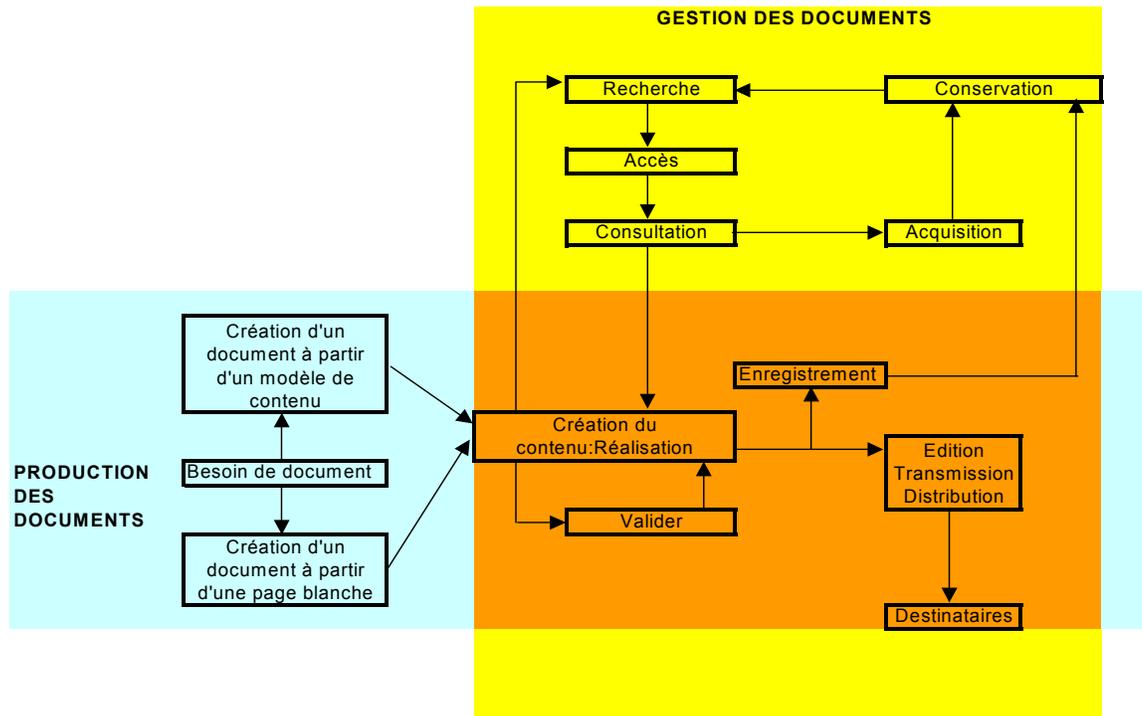


Figure 2 : Cycle de vie du document : combinaison des processus de production et de gestion des documents²⁰⁶

²⁰⁶ Schéma inspiré de celui réalisé par le Groupe de travail sur les applications et les logiciels, « Choisir un environnement logiciel approprié au cycle de vie du document », op. cit., note 204, p. 3. Voir également : Christine L. BORGMAN, *Report to the National Science Foundation of the UCLA-NSF, Workshop on the social aspects of digital libraries*, Los Angeles, 1996.

[164] Bien que le concept de cycle de vie du document soit surtout utilisé dans le domaine de l'ingénierie documentaire, il joue également un rôle important au niveau juridique.

B- La pertinence de ce concept au niveau juridique

[165] La définition du cycle de vie du document est prévue à l'article 6 alinéa 2 de la loi québécoise qui dispose que : « [I] *l'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage et sa destruction* ».

[166] Il n'est pas étonnant que le législateur ait placé la définition du cycle de vie du document au sein d'un article relatif à l'intégrité. En effet, comme nous l'avons noté précédemment, l'intégrité du document constitue la notion primordiale de cette loi dans la mesure où la valeur juridique du document ne se fonde plus sur le support mais essentiellement sur la qualité d'intégrité du document. Il n'est donc pas surprenant que le législateur ait jugé nécessaire de déterminer, dès le « fameux » article 6 de la loi, la période durant laquelle l'intégrité du document se devait d'être maintenue.

[167] De plus, le législateur a prévu une section entière de la loi afin de déterminer les règles concernant le maintien de l'intégrité du document tout au long de son cycle de vie²⁰⁷. Cette section de la loi reprend successivement chacune des phases du cycle de vie du document à savoir le transfert de l'information, la conservation du document, sa consultation et sa transmission et précise les règles et les mesures nécessaires à respecter afin de maintenir le document intègre.

²⁰⁷ Section IV du Chapitre 2 de la loi intitulée « le maintien de l'intégrité du document au cours de son cycle de vie », articles 17 à 37.

[168] L'objet du présent paragraphe n'est évidemment pas d'étudier l'ensemble des dispositions relatives à chacune des phases du cycle de vie du document mais simplement d'aborder certaines règles qui nous semblent particulièrement importantes et significatives quant au maintien de l'intégrité du document.

[169] La première disposition qui mérite d'être analysée est celle concernant le transfert de l'information telle que prévue à l'article 17 de la loi québécoise. En effet, en vertu de l'alinéa premier de cet article, lorsque l'information d'un document doit être conservée pour constituer une preuve, elle peut être transférée vers un autre support.

[170] Cet article envisage également la possibilité de détruire le document source et de le remplacer par le document résultant du transfert si certaines conditions ont été respectées²⁰⁸. En effet, la destruction du document source et son remplacement par le document transféré supposent que la procédure de transfert ait été préalablement documentée. Cette documentation a principalement pour finalité de montrer d'une part que le document transféré comporte une information identique à celle du document source et d'autre part que l'intégrité de l'information a été préservée durant toute la procédure de transfert. L'article 17 prévoit également une liste non exhaustive d'informations qui doivent nécessairement apparaître dans la documentation²⁰⁹ et exige que la documentation soit conservée durant tout le cycle de vie du document transféré.

[171] Toutefois, il y a lieu de préciser qu'en vertu de l'article 20 de la même loi, trois types de documents doivent obligatoirement être conservés sur leur support d'origine, il s'agit des documents présentant une valeur archivistique, historique ou patrimoniale. La principale raison d'une telle dérogation réside dans la volonté du législateur de préserver la mémoire collective²¹⁰.

[172] L'article 17 de la loi nous paraît fort intéressant car il nous donne un exemple concret de mesures susceptibles d'assurer l'intégrité du document. En effet, le recours à

²⁰⁸ Article 17 al. 2 de la loi québécoise sur les technologies de l'information.

²⁰⁹ Article 17 al. 3, parmi les différentes informations devant apparaître dans la documentation, mentionnons entre autres le format d'origine du document, le procédé de transfert utilisé et les garanties que ce dernier offre afin de préserver l'intégrité du document.

²¹⁰ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136.

un système de documentation suite à la réalisation d'une opération telle que le transfert constitue une méthode largement utilisée dans le domaine de la gestion documentaire et qui permet plusieurs avantages. En effet, cette méthode permet d'une part de prévenir ou de contrer toute possibilité d'altérations du document, et d'autre part de comprendre, le cas échéant, les raisons pour lesquelles l'information du document a été altérée.

[173] Dans le même sens, l'article 30 de la loi québécoise relatif à la transmission du document et non plus au transfert de l'information prévoit qu'un document technologique reçu a la même valeur que le document transmis dès lors que le mode de transmission choisi permet d'assurer l'intégrité des deux documents. De plus, en vertu de cet article, le mode de transmission choisi doit être documenté c'est-à-dire que le responsable de la transmission du document doit détenir les informations nécessaires démontrant que le mode de transmission choisi a bel et bien permis de préserver l'intégrité des documents transmis et reçu. En plus de détenir une telle documentation, le responsable doit la rendre disponible pour production en preuve. Le deuxième alinéa de cet article rappelle que peu importe les modalités utilisées afin de transmettre le document, celui-ci ne perd pas pour autant son intégrité. En effet, l'article 30 alinéa 2 dispose que « [l]e seul fait que le document ait été fragmenté, compressé ou remis en cours de transmission pour un temps limité afin de la rendre plus efficace n'emporte pas la conclusion qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document ». À titre indicatif, on entend par « document remis en cours de transmission » le fait que le document soit retenu temporairement dans un emplacement qui ne constitue pas sa destination finale, tel est le cas du courrier électronique qui est stocké sur un serveur dans l'attente qu'il soit récupéré par son destinataire.

[174] L'article 30 de la loi québécoise, à l'instar de l'article 17, démontre encore une fois l'importance de se prémunir contre les risques d'atteintes à l'intégrité du document durant les différentes phases de son « existence », notamment lorsqu'il est distribué ou transmis à d'autres personnes. Là encore, le responsable de la transmission est tenu d'agir de manière diligente en choisissant dans un premier temps un procédé de transmission fiable et dans un deuxième temps en documentant le processus de transmission.

[175] À travers cette partie, il a été fait état de l'évolution du concept de l'écrit face au développement des nouvelles technologies de l'information. Après l'étude des récentes lois française et québécoise sur les technologies de l'information, il ressort de manière évidente qu'il était devenu de plus en plus nécessaire d'adapter le concept juridique de l'écrit afin que celui-ci ne puisse plus constituer un frein au développement de la société de l'information et du commerce électronique. Cette nouvelle conception de l'écrit a d'ailleurs impliqué de revoir et de moderniser les différentes règles juridiques relatives au droit de la preuve.

PARTIE 2 : Le cadre juridique de la preuve et de la conservation de l'écrit dans la société de l'information

[176] Comme il a été démontré tout au long de notre première partie, les technologies de l'information ont eu pour impact de cerner de manière différente la notion de l'écrit, principalement en appréhendant le contenu de l'écrit indépendamment de son support. Il s'agit désormais de déterminer dans notre deuxième partie quelle est la valeur juridique à accorder à l'écrit dans la société de l'information. Pour ce faire, nous analyserons successivement les règles en matière de preuve (Chapitre 1) ainsi qu'en matière de conservation (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : La preuve et l'écrit dans la société de l'information

[177] Concernant le lien entre l'écrit et la preuve, Isabelle de Lamberterie déclarait que : « L'écrit est reconnu comme la preuve « rationnelle » par excellence car elle permet de conserver la trace matérielle d'un événement ou d'un acte ou encore d'une parole. C'est aussi son caractère « durable » et sa « fidélité » qui, comparé à la mémoire humaine, lui donne une valeur probante supérieure : les paroles s'envolent, les écrits restent... L'écrit répond par ailleurs au besoin de sécurité que ne peut plus garantir la preuve orale. »²¹¹. Ainsi, pendant fort longtemps, la preuve de l'écrit s'est opposée à la preuve par l'oral. Mais, la preuve par l'écrit n'a pas tardé à s'imposer en particulier dès lors que l'écrit a commencé à être consigné sur le support papier. Toutefois, avec l'avènement des technologies de l'information et la dématérialisation des supports, des enjeux nouveaux se sont manifestés obligeant la communauté juridique à se détacher de l'évidence selon laquelle l'écrit est assimilé au papier. En effet, un certain nombre de nouvelles questions se sont posées notamment celle de la valeur juridique d'un écrit électronique, celle du rapport entre cet écrit et son support ou encore celle de la possibilité de l'utiliser comme moyen de preuve. L'objet de ce chapitre est donc de

²¹¹ I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit., note 19, p. 119.

montrer en quoi les règles traditionnelles du code civil français et québécois ne permettaient pas de répondre adéquatement à ces interrogations et d'analyser le contenu des récentes législations adoptées en France (section 1) et au Québec (section 2).

Section 1 : État du droit de la preuve en France

[178] Dans le but de mieux saisir la pertinence des nouvelles dispositions prévues par la loi française n° 2000-230, il convient d'étudier au préalable les règles applicables avant l'adoption de cette loi ainsi que leurs limites.

I- Régime applicable avant l'adoption de la loi n° 2000-230

[179] À l'instar de la plupart des pays développés, la France s'est trouvée confrontée aux problèmes spécifiques liés à la dématérialisation des opérations en matière de transactions et d'échanges de données via Internet²¹². Avant l'adoption de la loi n° 2000-230, le Conseil d'État avait conclu dans son rapport « Internet et les réseaux numériques »²¹³ que le droit civil français ne permettait qu'une reconnaissance imparfaite du document électronique. Avant d'expliquer les raisons de cette reconnaissance imparfaite du document électronique par le droit civil (B), il convient tout d'abord de décrire le régime de preuve en droit français et de distinguer les notions de « force probante » et de « recevabilité » (A).

A- Le régime de preuve en droit français et la distinction entre force probante et recevabilité

²¹² RAPPORT DU CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiements et de titres*, sous la présidence de Noël CHAHID-NOURAÏ, (1997). Ce rapport définit la notion de dématérialisation comme « *le processus par lequel la manipulation du papier est supprimée* ». Ce rapport dresse également un état du droit de la preuve et s'attache à cerner les obstacles à la prise en compte du document « ad validitatem » par opposition au formalisme « ad solemnitatem ».

²¹³ CONSEIL D'ÉTAT, *Internet et les réseaux numériques*, Section du rapport et des études, Assemblée Générale du Conseil d'État, 1998, disponible à : <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap2.htm>

1- Régime de preuve en droit français

[180] Selon le Traité de Droit civil de Ghestin, la preuve peut se définir comme suit : « prouver, au sens courant du terme [...] est ce qui sert à établir qu'une chose est vraie. Il n'en va pas autrement en matière juridique, à cette précision près que c'est le juge qu'il s'agit de convaincre de la vérité d'une allégation : la preuve juridique est une preuve judiciaire »²¹⁴. En outre, il y a lieu de préciser que la preuve peut également jouer un rôle primordial quant au respect des impératifs de sécurité juridique.

[181] Généralement, deux régimes de preuve sont distingués : le système de la preuve libre²¹⁵ ayant pour caractéristique d'octroyer au juge une large marge d'appréciation afin d'admettre les preuves qui lui sont présentées. Le deuxième grand régime de preuve est le système de la preuve légale²¹⁶ qui au contraire limite la marge d'appréciation du juge en l'autorisant simplement à contrôler la conformité des preuves produites à celles exigées par la loi. Le système français ne rentre dans aucun de ces deux régimes de preuve, il est d'ailleurs coutume de le qualifier de mixte dans le sens où la liberté probatoire n'est reconnue que dans certains domaines. En effet, le système de la preuve libre s'applique en France pour le droit commercial²¹⁷, le droit pénal, le droit administratif et une partie substantielle du droit civil à savoir tous les actes juridiques n'excédant pas un seuil fixé à 5000 francs français²¹⁸. Pour les autres actes dépassant ce seuil ou les actes mixtes (entre un commerçant et un consommateur) le régime de preuve applicable est le régime de preuve légale. Plusieurs auteurs ont préconisé qu'avec le

²¹⁴ Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, introduction générale*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1994.

²¹⁵ Ce type de régime de preuve est notamment appliqué au Danemark.

²¹⁶ Quant à ce régime de preuve, il est appliqué entre autre en Espagne, au Portugal ou encore en Allemagne.

²¹⁷ S'agissant de l'application de la liberté probatoire en matière de droit commercial, il y a lieu de préciser qu'il existe une exception en vertu de l'article 109 du Code de Commerce eu égard à la preuve du commerçant contre le consommateur.

²¹⁸ Ce seuil a été fixé par décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 en application de l'article 1341 du Code civil français prévoyant qu' « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. ».

passage à l'euro ce seuil de 5000 francs ne devrait pas descendre en-dessous de 1000 euros²¹⁹.

2- Distinction entre force probante et recevabilité

[182] Le droit de la preuve étant une discipline particulièrement complexe et précise, il est nécessaire de ne pas confondre les différentes notions utilisées, notamment les notions de force probante et de recevabilité. La distinction entre ces deux termes est d'autant plus importante lorsqu'il s'agit de reconnaître la valeur juridique d'un document électronique.

[183] Alors que la recevabilité peut se définir comme étant la prise en considération, par le juge, d'éléments probatoires déclarés admissibles par la loi eu égard à l'objet du litige, on entend par force probante « *l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge* »²²⁰. Dans l'hypothèse où l'on se trouve dans un système de preuve libre, rien ne s'oppose à ce qu'un document électronique soit produit comme preuve en justice, ce qui n'est pas le cas pour un système de preuve légale. Ainsi, par exemple en France le régime de preuve n'autorise pas la recevabilité des documents électroniques comme mode de preuve pour les actes juridiques de droit civil supérieures à 5000 francs. En d'autres termes, dans une telle hypothèse, la loi ne reconnaît pas l'efficacité de ce type de preuve et en interdit formellement l'examen par les juges.

[184] En plus des difficultés liées à la recevabilité, le régime de preuve français consacre un système particulier quant au degré de la force probante des actes juridiques produits. En effet, outre le fait que le régime français de la preuve légale détermine les cas où un écrit est exigé, il prévoit aussi le degré de force probante des différents modes de preuve en établissant par la même occasion une véritable hiérarchie entre ces

²¹⁹ P.-Y. GAUTIER et X. LINANT DE BELLEFONDS, loc. cit., note 151, p. 1119.

²²⁰ F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », (1978) *J.T.*, p.486.

derniers. Au sommet de cette hiérarchie, on retrouve les actes authentiques ainsi que les actes sous seing privé²²¹. Dans le cas où la loi ne mentionne pas le degré de la force probante d'un mode de preuve, il incombe au juge d'apprécier et de déterminer sa valeur. En outre, force est de constater que l'écrit papier tient un rôle primordial dans le droit civil français, ce qui a pour conséquence de reléguer l'écrit électronique au second plan. De plus, l'écrit sur support papier est non seulement primordial mais il peut même, dans certaines hypothèses, être une nécessité. Selon le professeur Ghestin, le fait de se préconstituer une preuve fiable constitue une précaution utile même dans le cas de figure où la loi n'exige pas formellement un écrit²²². En ce qui concerne le régime de la preuve libre, la personne sur laquelle repose la charge de la preuve est dans l'obligation d'emporter l'intime conviction du juge et pour ce faire elle a tout intérêt à se préconstituer une preuve. En outre, à l'instar du régime de preuve légale, le régime de preuve libre établit une hiérarchie entre les différents modes de preuve. Par exemple, les écrits signés tendront à prévaloir sur les autres modes de preuve.

B- Reconnaissance imparfaite du document électronique par le droit civil français

[185] En vertu de l'article 1341 du Code civil français, deux règles peuvent être énoncées. D'une part, cette disposition prévoit une obligation de se préconstituer une preuve écrite sous forme d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé pour des actes supérieurs à 5000 francs et d'autre part l'interdiction de prouver par témoignage contre ses actes. Ainsi, cette disposition consacre la prééminence de l'écrit comme un principe général. Un tel régime de preuve basé sur l'écrit rend difficile l'admission d'un document électronique (1), de plus même le régime des exceptions à l'écrit ne permet qu'une reconnaissance partielle du document électronique (2).

²²¹ D. GOBERT et E. MONTERO, loc. cit., note 14, p. 121-122.

²²² J. GHESTIN, op. cit. note 214, p. 634 : « *L'obligation de se préconstituer un écrit est donc imposé dans un large domaine. La justification de la règle est certainement dans le principe d'une supériorité de l'écrit sur les autres modes de preuve, en particulier les témoignages. Elle se trouve surtout dans les avantages de l'établissement des preuves à l'avance, dans le calme et avec la collaboration des parties que n'oppose encore aucun différend* ».

1- Régime de la preuve écrite ou une reconnaissance limitée du document électronique

[186] La validité des actes sous seing privé suppose une double formalités prévues aux articles 1325 et 1326 du Code civil français. En effet, l'article 1325 du Code civil prévoit que les actes sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques ne peuvent être valables qu'à condition qu'ils soient faits « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». Quant à l'article 1326 du Code civil, il impose la mention manuscrite de la valeur en chiffres et en lettres s'agissant de la promesse unilatérale. Selon Isabelle de Lamberterie, l'assimilation d'un message électronique à un acte sous seing privé pourrait être acceptable dans la mesure où la formalité prévue à l'article 1326 C.c.F. ne serait plus exigée²²³. S'agissant de la règle du double original prévue à l'article 1325 du Code civil, il apparaît que cette disposition connaît une exception dans le cas où l'une des parties a déjà exécuté son obligation avant la rédaction de l'écrit, et surtout dans l'hypothèse où les parties transmettent un exemplaire à une tierce personne susceptible de produire l'acte à leur demande²²⁴. La notion d'original perd beaucoup sa raison d'être en matière de transactions électroniques. De plus, avant l'adoption de la loi n° 2000-230, il semblait pour le moins risqué de considérer comme satisfaisant à l'obligation d'une signature un procédé dont la loi n'avait pas déterminé les conditions de validité²²⁵. En tout cas, la nécessité d'une adaptation législative afin de modifier l'article 1326 C.c.F. devenait comme inéluctable.

[187] Au niveau jurisprudentiel, on peut noter une réelle volonté d'assimiler le document électronique à l'écrit, en tout cas pour la chambre commerciale de la Cour de Cassation²²⁶. En effet, les chambres civiles de la Cour de Cassation semblent plus réticentes à l'idée de cette assimilation. Ainsi en est-il avec l'arrêt de la première chambre civile du 14 février 1995²²⁷ en vertu duquel une photocopie a été reconnue simplement comme un commencement de preuve par écrit et non comme un écrit en tant

²²³ Isabelle DE LAMBERTERIE, *La valeur probatoire des documents informatiques*, Probat, 1990, p.17.

²²⁴ Civ., 3^e, 5 mars 1980, Bull. Civ. III, n°52, p.38.

²²⁵ CONSEIL D'ÉTAT, op. cit., note 213.

²²⁶ Com., 2 décembre 1997, D. 1998.

²²⁷ Civ., 1^{ère}, 14 février 1995, JCP.G.1995.II.22, 402, note Charlier.

que tel. Celle-ci ne pouvant être examinée par les juges que *ad probationem* et non *ad validitatem*.

2- Régime des exceptions à l'écrit ou une reconnaissance partielle et aléatoire du document électronique

[188] Avant l'adoption de la loi n° 2000-230, un certain nombre d'auteurs dont notamment Françoise Chamoux ont déclaré qu'un document électronique pouvait être reconnu au titre des exceptions à l'écrit prévues par la loi²²⁸. En effet, en vertu de l'article 1348 alinéa 2, le Code civil admet les copies constituant une reproduction fidèle et durable²²⁹. Il en est de même pour les articles 1347 et 1348 al. 1 du C.c.F. prévoyant respectivement la reconnaissance par le juge d'un commencement de preuve par écrit et la reconnaissance d'une preuve autre que par écrit lorsqu'il est impossible matériellement ou moralement de produire un écrit. Plutôt que de reconnaître la pleine valeur probante au document électronique, il a d'abord été suggéré de considérer celui-ci comme un simple commencement de preuve par écrit. D'ailleurs, la jurisprudence a admis que la photocopie puis la télécopie constitue un commencement de preuve par écrit. Cependant, plusieurs autres arrêts n'ont jamais reconnu la valeur juridique à de tels documents²³⁰. Dans tous les cas, il ne s'agit que d'un commencement de preuve devant être complété par d'autres éléments extrinsèques à l'acte (témoignages ou indices).

[189] L'autre option consiste à assimiler le document électronique dans les dérogations ouvertes par l'article 1348 alinéa 1, à savoir l'hypothèse où il s'avère impossible matériellement ou moralement de se procurer un écrit. Plusieurs auteurs soutiennent que l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit englobe les pratiques

²²⁸ Françoise CHAMOUX, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », (1981) 3008 *JCP éd. G, I*.

²²⁹ L'article 1348 al. 2 se lit comme suit : « *Elles (sous entendues les règles de l'article 1346 C. civ. prévoyant la preuve par écrit) reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.* ».

²³⁰ Com., 15 décembre 1992, Bull. n° 419.

issues de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information²³¹. Toutefois, cette impossibilité est laissée à la libre appréciation du juge et il semble par ailleurs compliqué de retenir cette qualification à partir du moment où elle résulte d'un état de la technique ou d'un choix délibéré. Le seul moyen de rendre envisageable une telle option serait d'ajouter l'impossibilité technologique aux impossibilités matérielle et morale, ceci étant cette solution risquerait d'élargir beaucoup trop la formulation de l'article 1348 alinéa 1. De plus, il paraît aisé de soutenir qu'il n'est jamais impossible techniquement d'accompagner un échange électronique par un contrat écrit. Par conséquent, l'esprit de cet article semble plutôt réserver la dérogation à un fait exceptionnel, auquel il nous semble difficile d'assimiler l'état de la technologie.

[190] En revanche, s'agissant de la règle prévue à l'article 1348 al. 2 du C.c.F. c'est à dire de classer le document électronique dans la catégorie des copies constituant une reproduction fidèle et durable, il apparaît que la volonté du législateur à travers cette disposition fut de tenir compte des innovations technologiques. Toutefois, même cette possibilité ne donne pas une pleine satisfaction dans la mesure où cette disposition implique l'existence d'un original afin que l'on puisse véritablement parler d'une copie reproduite de manière fidèle. Or, l'une des caractéristiques de la technologie numérique réside dans la disparition de la notion d'original. Autrement dit, le numérique fait en sorte qu'il n'existe plus de distinctions entre l'original et la copie²³².

[191] La dernière solution envisageable serait la possibilité pour les parties de conclure une convention de preuve. En effet, les dispositions sur la preuve en droit français n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent donc admettre en commun accord la force probante des documents électroniques. D'ailleurs, la jurisprudence a eu l'occasion d'admettre les conventions de preuve²³³. Toutefois, il nous semble que le recours à ce type de conventions dans un environnement ouvert tel qu'Internet peut présenter des difficultés pratiques dans la mesure où les parties n'auront souvent pas

²³¹ CONSEIL D'ÉTAT, op. cit., note 213.

²³² Pour de plus amples développements sur la distinction entre l'original et la copie, voir Partie 1 p. 17.

²³³ Civ. 1^{ère}, Sté Crédocas, 8 novembre 1989.

noué de relations contractuelles préalables. De plus, le risque que certaines conventions contiennent des clauses abusives ne doit pas être écarté.

[192] Il y a lieu de noter d'après les développements précédents qu'aucune des solutions d'exceptions ne semble pleinement répondre aux exigences qui permettraient de reconnaître la valeur juridique au document électronique. La décision d'adopter une nouvelle législation portant sur la preuve et la signature électronique répond donc à un besoin réel que le Code civil français ne semblait d'aucune façon assouvir.

II- Régime applicable sous la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatives à la signature électronique (Loi n° 2000-230)

[193] La loi n° 2000-230²³⁴ avait pour objectif de transposer la directive européenne du 13 décembre 1999²³⁵. En réalité, la loi n° 2000-230 ne transpose que certaines dispositions de la directive européenne afin de modifier les règles du Code civil en matière de preuve. La loi n° 2000-230, en reconnaissant la valeur probante des documents électroniques, constitue une avancée significative pour le développement du commerce électronique. Après avoir analysé les grandes orientations de cette loi (A), il y aura lieu de préciser quelles sont les limites de l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier en matière probatoire (B).

A- Les principales orientations de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

²³⁴Précitée, note 16. Pour les commentaires détaillés de la loi voir : Michel VIVANT, « Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information », (1999) 117 *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, 1-4 ; É. A. CAPRIOLI, « Écrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 », loc. cit., note 44, p. 1-11.

²³⁵Précitée, note 106; voir également : Éric A. CAPRIOLI, « La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne », (2000) 18 *J.C.P.*, 787-795.

[194] La loi n° 2000-230 prévoit principalement cinq orientations majeures à savoir : la redéfinition de la preuve littérale (1), la reconnaissance de l'acte authentique électronique (2), le pouvoir du juge de régler les éventuels conflits de preuve (3), la reconnaissance de l'équivalence juridique de l'écrit électronique et de l'écrit papier (4) et enfin la définition fonctionnelle de la signature traditionnelle et de la signature électronique. N'étant pas suffisamment pertinente dans le cadre de la présente étude, ce dernier volet relatif à la signature électronique ne sera pas analysé dans la suite de nos développements.

1- Redéfinition de la preuve littérale

[195] Tel que nous l'avons largement démontré dans notre première partie, l'innovation majeure de ce texte repose sur la redéfinition de la preuve littérale afin de la rendre indépendante de son support. Dans un souci d'intégrer la preuve électronique dans le Code civil français, le législateur a décidé d'une part d'élargir suffisamment la définition de la preuve littérale pour y inclure l'écrit électronique²³⁶ et d'autre part de reconnaître l'assimilation de la valeur juridique de la preuve littérale sous forme électronique à la preuve littérale traditionnelle²³⁷.

[196] L'article 1316 du Code civil français met fin au « dogme » voulant que la preuve littérale s'identifie au support papier. En effet, la preuve littérale peut désormais être consignée sur tout type de support²³⁸. De plus, le mode de transmission de l'écrit ne joue plus un rôle déterminant si bien qu'un écrit stocké ou transféré sous forme électronique ne perd pas pour autant sa qualité d'écrit à condition néanmoins que ce dernier puisse être en tout temps intelligible²³⁹.

²³⁶ Aux termes du nouvel article 1316 du Code civil français, « *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ».

²³⁷ Articles 1316-1 et 1316-3 du C.c.f.

²³⁸ On entend par là que le support peut être aussi bien le papier, une disquette ou bien encore un CD-R, un CD-RW, un DVD, une carte à puce, etc.

²³⁹ En d'autres termes, l'écrit doit pouvoir être lisible et compréhensible par l'homme, soit directement soit indirectement à l'aide d'un ordinateur, d'un logiciel *ad hoc* et éventuellement d'un logiciel de décryptage.

[197] Enfin, cette définition qui se veut technologiquement neutre s'applique tant aux actes authentiques qu'aux actes sous seing privé, et bien évidemment aux commencements de preuve par écrit et aux copies²⁴⁰.

2- la reconnaissance de l'acte authentique électronique

[198] La loi n° 2000-230 complète l'article 1317 du Code civil français relatif à l'acte authentique en précisant que ce dernier « peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. ». Concernant l'acte authentique, il y a lieu également de mentionner l'article 1316-4 alinéa premier prévoyant « [...] Quand elle (la signature) est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. ». Par ces dispositions, la loi tient à rappeler fermement que l'acte authentique peut tout à fait être consigné sur un support électronique au même titre que les autres actes. Cependant, par crainte que la dématérialisation de ce type d'actes vienne remettre en question toutes les règles garantissant l'authenticité, le législateur français a opté pour un renvoi aux conditions fixées par décret en Conseil d'État concernant cette question²⁴¹.

3- le pouvoir du juge de régler les éventuels conflits de preuve

[199] En mettant sur un pied d'égalité la preuve littérale électronique et la preuve littérale traditionnelle, le législateur n'a pas facilité la tâche au juge chargé de trancher en cas de conflits entre ces deux types de preuve littérale. Toutefois, l'article 1316-2 du Code civil français accorde au juge les pleins pouvoirs pour régler ces conflits « [...] lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support. ». Autrement dit, il incombe au

²⁴⁰ Cette remarque bien qu'implicite se justifie par le fait que la définition prévue à l'article 1316 est consacrée dans un paragraphe « *Dispositions générales* » du Code civil français.

²⁴¹ Pour plus de précisions concernant l'acte authentique électronique, voir : I. DE LAMBERTERIE (dir.), *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective*, op. cit., note 114.

juge de déterminer, en fonction du cas d'espèce, la preuve littérale la plus vraisemblable à retenir, sauf lorsqu'il existe une convention préalable entre les parties²⁴² ou que la loi fixe expressément d'autres principes²⁴³. Ce large pouvoir octroyé au juge ne sera pas toujours facile à assumer en particulier lorsque les parties ont tout intérêt à envoyer par courrier postal l'acceptation d'une offre dont le contenu est différent ou qui remet en cause celle envoyée par voie électronique. La difficulté sera d'autant plus importante qu'à la différence des courriers électroniques transmis à la seconde près, les courriers postaux traditionnels restent journaliers²⁴⁴.

[200] En outre, cet article reconnaît le caractère supplétif des règles de preuve du Code civil français, telles qu'elles avaient déjà été reconnues largement auparavant par les Tribunaux²⁴⁵. Notons enfin que ce caractère supplétif ne peut en aucun cas poser un préjudice aux règles particulières concernant la protection du consommateur²⁴⁶.

4- La reconnaissance de l'équivalence juridique de l'écrit électronique et de l'écrit papier

[201] La reconnaissance de l'équivalence juridique de l'écrit électronique et de l'écrit papier ayant déjà fait l'objet d'une analyse relativement approfondie dans notre première partie, nous nous limiterons ici à souligner les enjeux d'une telle disposition. L'équivalence juridique entre l'écrit électronique et l'écrit papier est prévue à l'article 1316-1 du C.c.F. Cet article prévoit que l'écrit consigné sur support électronique est recevable en preuve à condition que les exigences d'identification et de maintien de l'intégrité soient respectées. Sur ce point, il y a lieu de se demander si de telles exigences ne paraissent pas quelque peu excessives et inappropriées afin de reconnaître

²⁴² À titre d'exemple, on peut citer une convention bancaire ou un contrat d'échange de données informatisées.

²⁴³ Citons ici le cas d'une exigence légale d'un acte rédigé sur papier ou en cas de conflit entre un compromis de vente d'un immeuble conclu par voie électronique et l'acte authentique passé devant notaire concernant ce même bien.

²⁴⁴ É. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », loc. cit., note 19.

²⁴⁵ Civ., 6 août 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.II, p. 552 ; Civ., 6 janvier 1936, D.H., 1936, I, p. 115 et Civ., 16 novembre 1977, Bull. civ., 1977, p.111, n° 393.

²⁴⁶ En particulier les règles relatives aux clauses abusives.

la recevabilité d'un écrit sous forme électronique. Autant un recours à de telles exigences afin d'apprécier la valeur probante du mode de preuve utilisé paraît justifier, autant le recours à ces mêmes exigences afin de déclarer sa recevabilité semble excessif²⁴⁷. De plus, on peut envisager que la clause de non-discrimination prévue à l'article 5 de la Directive européenne sur « les signatures électroniques »²⁴⁸ ne soit pas respectée car celle-ci ne prévoit pas de telles conditions. Il semble en outre que la définition relativement large de l'article 1316 suffit à permettre au juge de considérer comme recevable tout écrit, même sous forme électronique²⁴⁹.

[202] Force est de constater qu'en établissant de telles exigences, le législateur français impose au commencement de preuve par écrit des conditions nouvelles qui n'existaient pas jusqu'alors. Par conséquent, il nous semble que la disposition prévue à l'article 1316-1 du Code civil français telle que rédigée ne trouve pas sa place au paragraphe relatif aux « *Dispositions générales* », mais plus spécifiquement dans une section relative aux actes authentiques et sous seing privé. Ainsi, ceci aurait sans doute permis d'éviter une confusion entre le concept d'écrit et celui d'acte.

[203] En ce qui concerne la force probante, l'article 1316-3 du Code civil français dispose que « *l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ». En d'autres termes, cette disposition écarte la possibilité d'instituer une hiérarchie entre l'écrit électronique et l'écrit papier²⁵⁰. À ce titre, il semble nécessaire de mentionner qu'un écrit électronique dépourvu de signatures ne disposera que d'une force probante très limitée (par exemple un commencement de preuve par écrit), tandis que l'écrit électronique signé disposera de la même force probante qu'un

²⁴⁷ André PRÜM, *Mélanges Michel Cabrillac*, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », Paris, Litec, 1999. Voir également : CAPRIOLI, É.A., « Le juge et la preuve électronique », loc. cit., note 19.

²⁴⁸ Précitée, note 106. En effet, l'article 5-1 (a) de cette directive prévoit que les effets juridiques des signatures électroniques « répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier ».

²⁴⁹ D. GOBERT et E. MONTERO, loc. cit., note 14.

²⁵⁰ Ces critères avaient déjà été dégagés par la jurisprudence, voir: Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 2 décembre 1997, D. 1998, p. 192, note D. Martin. En effet, la Cour de cassation avait jugé qu'un écrit pouvait être établi et conservé sur n'importe quel support « *dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées* ».

acte authentique ou sous seing privé²⁵¹. Dans ce cas de figure, l'acte sous forme électronique ne pourra être contesté que par un acte ayant une valeur équivalente ou supérieure²⁵², à condition une fois encore que cet écrit soit signé correctement ce qui suppose l'usage d'un procédé fiable répondant aux fonctions de la signature telles que décrites à l'article 1316-4 du C.c.F..

B- Limites de l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier

[204] Au préalable, rappelons qu'en droit français l'écrit possède soit une valeur probatoire soit une fonction solennelle. Dans le cadre de la loi n° 2000-230, il n'est fait aucune mention à l'écrit exigé *ad solemnitatem* ou *ad validitatem* c'est à dire l'écrit exigé afin d'assurer la validité de l'acte. Autrement dit, en vertu de cette loi, l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier n'est possible qu'à titre probatoire, et par conséquent l'écrit électronique ne pourra pas être tenu pour un véritable écrit lorsque la forme est requise pour la validité de l'acte.

[205] Sur ce point, les nouvelles dispositions du Code civil français risquent d'être en porte-à-faux avec la directive européenne relative au commerce électronique²⁵³. En effet, l'article 9 (1) de cette directive impose aux États-membres de veiller « *à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique* ». La directive instaure ainsi une obligation de résultat à charge des États membres qui se doivent d'effectuer « un examen systématique de leurs réglementations susceptibles d'empêcher, limiter ou dissuader l'utilisation des contrats par voie électronique »²⁵⁴. En d'autres termes, l'objectif recherché par cette disposition de la directive est d'identifier

²⁵¹ Pour de plus amples renseignements, voir : RAPPORT CHARLES JOLIBOIS, Commission des lois, n° 203, 1999-2000, disponible sur <http://www.senat.fr/rap/199-203/199-203.html>.

²⁵² *Idem*

²⁵³ Précitée, note 107. L'article 9 (1) de cette directive prévoit en effet que « *les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ».

²⁵⁴ Exposé des motifs et commentaires article par article de la proposition initiale du 18 novembre 1998, COM (1998) 586 final, pp. 6 à 34.

systématiquement des obstacles concrets susceptibles de compromettre l'utilisation effective des contrats par voie électronique²⁵⁵. De plus, cet examen ne doit pas se limiter à la conclusion du contrat mais doit être effectué durant tout le processus contractuel (négociations, enregistrement, résiliation, modification, facturation ou encore conservation du contrat). Il existe un certain nombre d'exigences de forme que les États sont tenus d'examiner voire de supprimer si elles compromettent sérieusement l'utilisation des contrats par voie électronique. Ainsi, la loi n° 2000-230, en ne reconnaissant l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit papier qu'à titre probatoire (et non solennelle), ne semble pas se conformer à l'article 9 (1) de la directive européenne.

[206] En l'état actuel du droit, on peut se demander quelle sera la décision du juge saisi d'un litige dont l'écrit consigné sur support électronique est exigé pour la validité de l'acte ? Devra-t-il systématiquement annuler ce type d'écrit, et donc ne pas respecter l'un des objectifs recherchés par la directive européenne sur le commerce électronique ?

Section 2 : État du droit de la preuve au Québec

[207] Au même titre que l'analyse effectuée en droit français, nous examinerons d'abord le régime applicable sous le Code civil du Québec avant l'adoption de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information afin de mieux cerner les réformes apportées par cette nouvelle loi.

I- Régime applicable sous le C.c.Q.

[208] En 1994, lors de l'introduction du Code civil du Québec, le législateur québécois inséra au chapitre premier intitulé *De l'écrit* du titre deuxième, *Des moyens de*

²⁵⁵ Alain STROWEL, Nicolas IDE et Florence VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », (2001) 6000 *Journal des tribunaux*, 138.

preuve, du livre septième, *De la preuve*, les articles 2837 à 2839 qui confirmèrent sa volonté d'adopter un texte spécifique régissant les inscriptions informatisées au lieu de tout simplement apporter des assouplissements aux règles traditionnelles du oui-dire et de la meilleure preuve.

[209] Le législateur québécois a donc adopté dans le C.c.Q. des règles concernant le fardeau de la preuve et la force probante des inscriptions informatisées.

[210] À titre préliminaire, il y a lieu de mentionner que plusieurs des articles du C.c.Q. relatifs à la preuve ont été abrogés ou modifiés par la loi sur les technologies de l'information. Tel est le cas notamment des articles 2837 à 2839 du C.c.Q. concernant les inscriptions informatisées ainsi que l'article 2860 relatif au principe de la meilleure preuve. Nous utilisons donc de manière délibérée l'adjectif « ancien » devant ces articles afin de les distinguer des nouveaux articles consacrés par la loi sur les technologies de l'information.

[211] Nous analyserons donc successivement la portée de ces anciens articles du C.c.Q. en distinguant les règles relatives au fardeau de la preuve (A), à la force probante (B) et enfin à la recevabilité (C).

A- Fardeau de preuve et présomption

[212] Eu égard au fardeau de la preuve, mentionnons tout d'abord que l'ancien article 2837 du C.c.Q.²⁵⁶ envisageait deux possibilités, celle où l'administrateur d'un système informatique se voit opposer des données inscrites sur son système et celle où il

²⁵⁶ Il s'agit de l'article 2837 du C.c.Q. avant qu'il soit abrogé par la loi sur les technologies de l'information. Cet article disposait : « *Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit* ».

veut les utiliser à son profit²⁵⁷. En général, c'était à la partie qui introduisait en preuve le document informatique qu'incombait le fardeau de prouver sa fiabilité. Cependant, cela n'était pas nécessaire si la partie adverse n'avait pas préalablement contesté le document en question au moyen d'un affidavit comme le requiert l'article 89 du Code de Procédure civile (C.p.c.). À défaut de le contester, le document en question était réputé fiable et le tribunal n'avait d'autre choix que de l'admettre.

[213] En outre, l'ancien article 2838 C.c.Q.²⁵⁸ avait pour effet de créer une présomption de fiabilité pour l'inscription informatisée qui répondait aux critères qui y sont énumérés, à savoir lorsqu'elle a été effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Cependant, malgré la présence de ces deux éléments, l'auteur Champigny²⁵⁹ précise que la présomption de l'ancien article 2838 C.c.Q. est dite simple, conformément à l'article 2847 (2) C.c.Q., puisqu'une preuve contraire peut être introduite par tous moyens. À titre d'illustration jurisprudentielle, mentionnons l'arrêt *Association de la construction du Québec c. Noresco (S.E.N.C.)*²⁶⁰ dans lequel il fut décidé qu'un résumé informatique déposé par la demanderesse ne présentait pas des garanties suffisamment sérieuses de fiabilité, et ce en raison d'une preuve contraire de la partie défenderesse à l'effet que le système informatique duquel provenait ce résumé connaissait des problèmes techniques.

[214] À l'égard des tiers, l'ancien article 2838 C.c.Q. instaure une présomption de fiabilité du seul fait que l'inscription ait été effectuée par une entreprise. Cependant, cette présomption réfragable par tous moyens ne s'applique pas à l'entreprise qui voudrait utiliser à son profit un document émanant de son propre système informatique;

²⁵⁷ Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p.231; voir également : Francine CHAMPIGNY, *L'inscription informatisée en droit de la preuve québécois*, dans *Développements récents en preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p.15; *Id.*, p.147.

²⁵⁸ Il s'agit de l'article 2838 du C.c.Q. avant qu'il soit abrogé par la loi sur les technologies de l'information. Cet article disposait : « *L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise* ».

²⁵⁹ F. CHAMPIGNY, *L'inscription informatisée en droit de la preuve québécois*, op. cit., note 257, p.9; J. -C. ROYER, *La preuve civile*, op. cit. note 257, p.230.

²⁶⁰ J.E. 98-1160 (C.Q.).

celle-ci devra faire la preuve de la fiabilité de son système selon les critères énoncés à l'ancien article 2838 C.c.Q., à condition que ce document ait été préalablement contesté de la manière prévue par l'article 89 C.p.c.. Dans l'affaire *Hydro-Québec c. Benedek*²⁶¹, le juge du procès déclara qu'il était possible pour le défendeur de contredire les facturations électroniques d'Hydro-Québec par tous les moyens; ces facturations firent la preuve de leur contenu non pas en raison de la présomption de l'ancien article 2838 C.c.Q., mais à cause du silence du défendeur.

[215] Finalement, une entreprise qui cherchait à contredire un document provenant de son propre système informatique devait le faire par l'entremise de l'article 89 C.p.c., elle devait donc accompagner sa contestation d'un affidavit²⁶².

B- La force probante

[216] Une fois qu'il était démontré qu'un document reproduisant les données d'un acte juridique inscrit sur support informatique était intelligible et qu'il présentait de sérieuses garanties de fiabilité²⁶³ ou que sa fiabilité était présumée²⁶⁴ ou reconnue²⁶⁵, alors le libellé de l'ancien article 2837 C.c.Q. nous indiquait expressément que **ce document faisait preuve du contenu de l'acte** contre son auteur ou en faveur de ce dernier. Comme le fait remarquer le professeur Ducharme²⁶⁶, la valeur du document visé par l'ancien article 2837 C.c.Q. était en quelques sortes comparable à celle accordée aux actes sous seing privé par l'article 2829 C.c.Q.. Cependant, contrairement à ces derniers, et en raison de l'ancien article 2839 C.c.Q.²⁶⁷, le document informatique reproduisant les données d'un acte juridique pouvait être contredit par tous les moyens énumérés à

²⁶¹ *Hydro-Québec c. Benedek*, [1995] R.L. 436.

²⁶² Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e Édition, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996, p.147.

²⁶³ Art. 2837 C.c.Q.

²⁶⁴ Art. 2838 C.c.Q.

²⁶⁵ Art. 89 C.p.c.

²⁶⁶ L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, op. cit., note 262, p.148.

²⁶⁷ ²⁶⁷ Il s'agit de l'article 2839 du C.c.Q. avant qu'il soit abrogé par la loi sur les technologies de l'information. Cet article disposait : « *Le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous moyens* ».

l'article 2811 C.c.Q. et ne bénéficiait donc pas de la protection de l'article 2863 C.c.Q.²⁶⁸. Ces règles particulières de force probante qui découlent du libellé de l'ancien article 2839 C.c.Q. ont été justifiées par le ministre de la Justice de la manière suivante²⁶⁹ :

« **2839.** *Cet article limite la portée des règles contenues dans les articles 2837 et 2838. Les parties ou l'une d'elles n'ayant pas le contrôle direct sur ces documents, comme c'est le cas pour un acte notarié ou un acte sous seing privé, il était alors important d'établir des règles de force probante particulières, pour permettre de contredire ces documents par des moyens de preuve autrement irrecevables pour un écrit valablement fait.* » (nous soulignons).

[217] À notre avis, ce commentaire du Ministre, et plus particulièrement le passage que nous avons souligné, vient ajouter du poids à la position adoptée par le professeur Royer dans la controverse qui l'oppose au professeur Ducharme sur la validité sous l'ancien article 2837 C.c.Q. des actes juridiques inscrits sur support informatique ultérieurement à leur conclusion. En effet, nous estimons que, dans le domaine de la preuve, le seul moment où les parties n'ont pas le contrôle direct sur la source d'une preuve soumise durant procès est lorsque celle-ci constitue une déclaration extrajudiciaire. Or, selon le professeur Royer²⁷⁰ une inscription informatisée est une déclaration extrajudiciaire, lorsqu'une personne entre dans un ordinateur un fait qui a lieu antérieurement. Cela nous amène à la conclusion que le document, auquel fait référence le Ministre²⁷¹ dans son commentaire sur l'ancien article 2839 C.c.Q., serait l'inscription informatisée constituant une déclaration extrajudiciaire, donc le document informatique relatant un acte juridique conclu antérieurement. La règle de l'ancien article 2839 C.c.Q. est donc identique à celle énoncée à l'article 2836 C.c.Q. concernant la valeur probante *des autres écrits* tels ceux prévus à l'article 2832 C.c.Q. qui traitent

²⁶⁸F. CHAMPIGNY, *L'inscription informatisée en droit de la preuve québécois*, op. cit., note 257, p. 15.

²⁶⁹ COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, *t.II, Publications du Québec*, Québec, 1993, p.1177.

²⁷⁰ J. -C. ROYER, *La preuve civile*, op. cit., note 257, p.229.

²⁷¹ COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, op.cit., note 269.

de certaines déclarations extrajudiciaires; toutes les deux prévoient que les documents visés peuvent être contredits par tous moyens.

C- Recevabilité et la règle de la meilleure preuve

1- Le principe de la meilleure preuve

[218] Le principe de la meilleure preuve trouve sa source dans le Code civil du Bas-Canada et plus précisément à son article 1204. En effet, l'article 1204 du C.c.B-C. dispose que : « *la preuve offerte doit être la meilleure dont le cas, par sa nature, soit susceptible. Une preuve secondaire ou inférieure ne peut être reçue, à moins, qu'au préalable il n'apparaisse que la preuve originale ou la meilleure ne peut être fournie* ».

[219] Cette disposition forçait la partie qui désirait prouver le contenu d'un écrit ou d'un acte juridique contenu dans un écrit à en produire l'original. Cela s'avérait une tâche pour le moins ardue dès lors que l'écrit était constaté sur support informatique ; le seul fait de vouloir introduire un tel document en preuve était de se prévaloir de l'exception du document perdu par cas imprévu tel qu'énoncé à l'article 1233(6) C.c.B-C. De plus, le libellé de l'article 1204 C.c.B-C. prévoyait une règle d'exclusion à l'effet qu'une preuve secondaire ou inférieure pouvait être recevable dans l'éventualité où la meilleure preuve ne pouvait être fournie. Cependant, selon le professeur Royer²⁷², cette règle a été limitée dans l'hypothèse où un plaideur voulait faire une preuve secondaire du contenu d'un écrit. Le caractère général de cette disposition résulte de la négligence des codificateurs de 1866, qui, en s'inspirant du droit anglais, ont omis de définir les cas d'application du principe de la meilleure preuve²⁷³. Ce principe ne doit donc pas être appréhendé comme un principe général dictant une ligne de conduite rigide quant à la recevabilité des moyens de preuve²⁷⁴. D'ailleurs, le professeur Royer soutient qu'il n'est

²⁷² J.-C. ROYER, *La preuve civile*, op. cit., note 257, p.786.

²⁷³ Vincent GAUTRAIS, *La formation et la preuve des contrats par télécopieur*, Mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1993, p.65.

²⁷⁴ Id.

même pas légitime de déduire de ce principe « une formulation générale de règles particulières »²⁷⁵.

[220] Malgré ces nombreuses critiques, il est pertinent de rappeler que la règle de la meilleure preuve se trouve toujours présente dans le Code civil du Québec de 1994. En effet, l'ancien article 2860 C.c.Q.²⁷⁶ dispose : « *L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu* ». Malgré le caractère général de l'article 1204 C.c.B-C., l'office de révision du Code civil a néanmoins tenu à maintenir la règle de la meilleure preuve dans le C.c.Q. dans la mesure où cette règle « a essentiellement pour objet d'accorder priorité à la preuve écrite sur toute autre procédé de preuve lorsqu'il s'agit de prouver un acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit ». C'est d'ailleurs cette seule règle que l'office a estimée utile de consacrer. Cet article permet de lever un doute en prévoyant clairement que le principe de la meilleure preuve s'applique exclusivement à la preuve documentaire.

2- Les exceptions au principe de la meilleure preuve

[221] En vertu de l'ancien article 2860, le C.c.Q. apporte une modification substantielle quant à la preuve secondaire. L'ancien article 2860 C.c.Q. prévoit en effet que « *lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens* ».

[222] Ainsi, cet article semble mettre un terme à l'exigence de la perte par cas imprévu requise antérieurement. En effet, compte tenu de la présomption de bonne foi prévue à l'article 2805 C.c.Q.²⁷⁷, il incombera simplement au plaideur de démontrer sa diligence. Quant à la définition de la diligence, il apparaît que le législateur a laissé une

²⁷⁵ ROYER, J.C., *La preuve civile*, op. cit., note 257, p. 445.

²⁷⁶ Il s'agit de l'article 2860 C.c.Q. tel que modifié par la loi sur les technologies de l'information.

²⁷⁷ L'article 2805 C.c.Q. dispose en effet que « *la bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver* ».

certaine latitude aux juges pour circonscrire cette notion. Cependant, très rapidement, le professeur Ducharme s'est interrogé sur le point de savoir si la notion de diligence comprenait exclusivement « les soins que le réclamant a mis à chercher le document ou est-ce qu'elle s'étend également à sa conservation »²⁷⁸. Toujours selon Léo Ducharme, il semblerait que « si la diligence devait se limiter à démontrer que des recherches infructueuses ont été entreprises pour trouver le document, alors il en résulterait un allègement des conditions d'ouverture à la preuve secondaire par rapport au droit actuel »²⁷⁹.

[223] Enfin, il y a lieu de mentionner que s'il est vrai que la règle de la meilleure preuve est importante, il n'en reste pas moins que celle-ci devra perpétuellement faire l'objet d'adaptations nécessaires face au développement des nouvelles technologies.

[224] Les articles du C.c.Q. relatifs à la preuve des inscriptions informatisées ont ouvert la porte à la reconnaissance juridique des documents électroniques. Toutefois, ces dispositions ont fait l'objet de controverses doctrinales et ont posé plusieurs difficultés quant à leur interprétation. Ceci explique peut être pourquoi le législateur a décidé récemment d'abroger les articles 2837 à 2839 C.c.Q. en adoptant la nouvelle loi sur les technologies de l'information.

II- Régime applicable sous la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information

[225] La loi sur les technologies de l'information soulève un certain nombre d'interrogations eu égard au droit de la preuve qu'elle semble modifier substantiellement. D'ailleurs, plusieurs articles du Code civil du Québec présents dans le Livre VII intitulé « De la preuve » ont été remplacés ou complétés par de nouvelles

²⁷⁸ Léo DUCHARME, « Le Nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec », (1992) 5 *R.G.D.* 70.

²⁷⁹Id.

dispositions prévues dans la Loi sur les technologies de l'information²⁸⁰. Par conséquent, nous nous intéresserons dans un premier temps aux nouveaux articles 2837 à 2840 du C.c.Q.²⁸¹ (A), puis dans un deuxième temps nous analyserons les changements apportés à l'article 2860 du C.c.Q. relatif à la règle de la meilleure preuve (B).

A- Modifications des articles 2837 à 2840 du C.c.Q.

[226] Tout d'abord, rappelons qu'avant l'adoption de la loi sur les technologies de l'information les articles 2837 à 2839 du C.c.Q. étaient regroupés dans une section VI appelée « Des inscriptions informatisées ». Ces articles ont désormais été intégralement remplacés par de nouveaux articles 2837 à 2839 auxquels le législateur a ajouté un nouvel article 2840 afin de former une nouvelle section VI intitulée « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ». Chaque article de cette nouvelle section VI sera successivement étudié.

1- Le « nouvel » article 2837 du C.c.Q.

[227] En vertu de l'article 2837, *« l'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique. Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au sens de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information. »*

[228] Cet article apporte une modification significative au Code civil du Québec en reconnaissant le principe de l'indépendance de l'écrit par rapport à son support. Ainsi l'écrit est désormais un moyen de preuve peu importe le support sur lequel il est

²⁸⁰ Le livre VII du C.c.Q. « De la preuve » est composé des articles 2803 à 2874. La loi sur les technologies de l'information a notamment modifié ou remplacé les articles 2827, 2837 à 2840, 2841, 2842, 2855, 2860 et 2874.

²⁸¹ Les articles 2837 à 2840 du C.c.Q. ont été intégralement remplacés par la loi sur les technologies de l'information, ceux-ci forment d'ailleurs une nouvelle section VI du Livre VII du C.c.Q. intitulée « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique ».

consigné. Ceci étant, le législateur a tenu à préciser que dans certaines circonstances le support ou la technologie sur lequel l'écrit sera consigné pourra être déterminé par la loi.

[229] Cette disposition marque ainsi le phénomène de la « dématérialisation de l'information »²⁸² c'est-à-dire le fait que l'information existe, indépendante de tout support. Il y a lieu de mentionner toutefois que le support reste toujours nécessaire afin d'enregistrer ou de communiquer l'information comme dans le passé. Deux commentaires méritent cependant d'être évoqués sur ce point, d'une part le support permettant l'enregistrement de l'information n'est plus le même que celui permettant sa communication, et d'autre part étant donné que l'information transite d'un support à l'autre, elle est par la même occasion dissociable de chacun d'eux²⁸³. Selon Isabelle Dauriac, le phénomène de dématérialisation exprime « *la dissociation du support et du médium qui en permet l'impression* »²⁸⁴.

[230] L'article 2837 mentionne enfin que l'écrit est qualifié de document technologique dès lors que le support fait appel aux nouvelles technologies de l'information.

2- Le « nouvel » article 2838 du C.c.Q.

[231] L'article 2838 du C.c.Q. prévoit qu'« [...] *il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée* ». Selon cet article, le fait de choisir un support plutôt qu'un autre ne doit pas remettre en question la valeur juridique ou l'admissibilité en preuve du document devant

²⁸² Selon nous, l'expression « dématérialisation de l'information » n'est pas véritablement pertinente dans la mesure où il ne saurait y avoir de dématérialisation de l'information au sens stricte étant donné que l'information en elle-même n'a jamais été matérielle. Voir : I. DAURIAC, *La signature*, op. cit., note 81, p.64.

²⁸³ Philippe GAUDRAT, *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990, p.169.

²⁸⁴ I. DAURIAC, « La signature », op. cit., note 81, p. 64.

les tribunaux, à condition toutefois que l'intégrité du document soit assurée²⁸⁵. Cet article s'apparente d'ailleurs à l'article 1316-1 du Code civil français prévoyant 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* » (nos soulignés). Ainsi, l'article 2838 du C.c.Q., comme l'article 1316-1 du C.c.F., met sur un pied d'égalité le document technologique et le document papier. De plus, l'application de cet article est large. Comme nous pouvons le constater, l'acte authentique et l'acte sous seing privé entre autres peuvent être consignés sur un support faisant appel aux technologies de l'information et faire preuve au même titre qu'un acte traditionnel. Toutefois, dans le but d'assurer la sécurité juridique du document électronique, la loi exige que ce document soit établi de manière telle que son intégrité soit assurée²⁸⁶.

3- Le « nouvel » article 2839 du C.c.Q.

[232] En vertu de l'article 2839 du C.c.Q., « *l'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue. Lorsque le support ou la technologie utilisée ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve* ».

[233] Dans la continuité de l'article précédent, l'article 2839 énumère les critères requis afin que l'intégrité d'un document soit assurée. Il y a lieu de noter que ces critères avaient déjà été énoncés préalablement dans la loi sur les technologies de l'information à

²⁸⁵ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, art. 2838.

²⁸⁶ Sofian AZZABI, « Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000 », article disponible sur le site Signelec.com à l'adresse suivante : http://www.signelec.com/content/se/articles/sofian_azzabi_nouveau_regime_probatoire_francais_html

son article 6²⁸⁷. Rappelons que la loi exige que le document technologique réponde à une double condition afin d'être reconnu intègre. D'une part, il est nécessaire qu'il soit possible de vérifier que l'information n'a pas été altérée et qu'elle soit maintenue dans son intégralité. Concernant ce premier critère, deux termes sont expressément consacrés « l'intégralité » et la « non-altération ». Comme le fait remarquer le professeur Gautrais, « *il est encore difficile de deviner comment se concrétiseront en pratique les concepts de « non-altération » et d'« intégralité » [...] »*²⁸⁸.

[234] D'autre part, la loi exige que le support portant l'information procure à celle-ci la stabilité et la pérennité voulue. Il ressort de cette deuxième condition l'idée de « durabilité »²⁸⁹ c'est-à-dire une information de nature à perdurer ou à durer de manière constante ou permanente²⁹⁰. Toutefois, malgré cette définition, il n'en reste pas moins que la notion de durabilité soulève plusieurs interrogations, notamment qu'est-ce qu'un support durable concrètement? Quelles doivent en être les qualités et les fonctions? Quels instruments se verront décerner ce titre? Un tel concept convient-il vraiment à l'environnement numérique?²⁹¹

[235] Enfin, l'article 2839 prévoit que dans l'hypothèse où le support ou la technologie utilisé ne satisfait pas les exigences d'intégrité, le document perd son statut d'écrit et ne peut être reçu qu'à titre de témoignage ou d'élément matériel et servir de commencement de preuve²⁹².

4- Le « nouvel » article 2840 du C.c.Q.

²⁸⁷ Cet article 6 de la loi relatif au concept d'intégrité du document ayant d'ailleurs fait l'objet d'une étude approfondie dans notre Partie I ne sera que brièvement évoqué dans nos présents développements.

²⁸⁸ V. GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92.

²⁸⁹ J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents requise à des écrits sous seing privé », loc. cit., note 21.

²⁹⁰ Le Nouveau Petit Robert, dictionnaire de la Langue française, 1993, p.694.

²⁹¹ Mireille DEMOULIN, loc. cit., note 98, p. 361-377.

²⁹² Article 2865 C.c.Q.

[236] En vertu de l'article 2840 du C.c.Q. tel que modifié par la loi sur les technologies de l'information, « [i]l n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettant 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 ».

[237] Le nouvel article 2840 du C.c.Q. constitue une reprise de l'article 7 de la loi sur les technologies de l'information prévoyant une « présomption d'intégrité du document ». En d'autres termes, l'utilisateur du document technologique n'a pas besoin en principe de prouver que son document est intègre, sauf dans l'hypothèse où une personne viendrait contester l'admissibilité du document par prépondérance de preuve. Ceci étant, comme le mentionne le professeur Gautrais, cette présomption « ne vaut que pour le support »²⁹³, ce dernier ne constituant que l'une des deux composantes de la preuve de l'intégrité. En revanche, s'agissant de l'autre composante à savoir l'information contenue dans un document, la personne invoquant le document en question aura la tâche de prouver son intégrité²⁹⁴. Toujours est-il que cette « présomption d'intégrité » du document constitue un développement certain pour l'utilisateur de documents technologiques au niveau probatoire.

[238] L'article 2840 prévoit aussi que la personne contestant l'admissibilité du document doit prouver que l'intégrité du document a bel et bien été atteinte. Ainsi, en cas de contestation de l'admissibilité d'un document technologique, la charge de la preuve incombe à la personne contestant l'intégrité du document et non à la personne ayant permis l'établissement du document.

[239] Au niveau procédural, selon le professeur Trudel²⁹⁵, la contestation de l'intégrité du document doit faire l'objet d'une allégation en vertu de l'article 89 du

²⁹³ V. GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », loc. cit., note 92.

²⁹⁴ Id.

²⁹⁵ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, art. 2840.

C.p.c. tel que modifié par l'article 90 de la loi sur les technologies de l'information²⁹⁶. Cet article 89 du C.p.c. exige que l'allégation soit d'une part expresse et d'autre part appuyée d'un affidavit. La modification de cet article concerne l'affidavit qui doit mentionner précisément les motifs et les faits rendant probable l'atteinte à l'intégrité du document. Bien que ne disposant pas encore d'application jurisprudentielle à ce sujet, notons malgré tout l'enjeux considérable de ce nouvel article 2840 du C.c.Q. qui marque résolument la volonté du législateur de reconnaître la valeur juridique des documents technologiques.

[240] En plus de remplacer les articles 2837 à 2840 du C.c.Q., la loi sur les technologies de l'information a également modifié l'article 2860 du C.c.Q. relatif à la règle de la meilleure preuve.

B- Modifications de l'article 2860 du C.c.Q.

[241] La loi sur les technologies de l'information modifie l'article 2860 du C.c.Q.²⁹⁷ en lui ajoutant un nouvel alinéa. En effet, l'article 80 de la loi sur les technologies de l'information prévoit que l'article 2860 est modifié par l'addition de l'alinéa suivant : *« A l'égard d'un document technologique, la fonction d'original est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information et celle de copie qui en tient lieu, par la copie d'un document certifié qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi. »*

[242] L'article 2860 prévoit la règle de la meilleure preuve c'est-à-dire qu'un acte juridique doit être prouvé par le meilleur moyen possible à savoir la production de

²⁹⁶ L'article 90 de la loi sur les technologies de l'information vient modifier l'article 89 du Code de procédure civile (L.R.Q., chapitre C-25) en remplaçant son paragraphe 4 par le suivant : « 4. la contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte à son intégrité. Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document ».

²⁹⁷ Avant cette modification de la loi, l'article 2860 du C.c.Q. prévoyait : *« L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu. Toutefois, lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens. »*

l'original de l'écrit ou d'une copie qui légalement en tient lieu. Cependant, l'article 2860 prévoit une exception à ce principe dès lors qu'une partie est dans l'incapacité de produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, elle peut faire la preuve pour tout autre moyen à condition qu'elle ait démontré sa bonne foi et sa diligence²⁹⁸. Quant au nouvel alinéa de l'article 2860, il prévoit que les notions d'original de l'écrit ou de copie qui légalement en tient lieu peuvent également s'appliquer lorsqu'il est question d'un document technologique. En effet, un document technologique remplit la fonction d'original dès lors qu'il répond aux exigences de l'article 12 de la loi sur les technologies de l'information. Cet article impose plusieurs conditions afin que les fonctions de l'original consigné sur support papier²⁹⁹ soient également reconnues lorsqu'il s'agit d'un document technologique. Afin que le document technologique remplisse les fonctions de l'original, il est nécessaire tout d'abord que son intégrité soit assurée. Ensuite, l'original doit établir que le document constitue la source première d'une reproduction. Ainsi, les composantes du document source doivent être conservées de manière à ce qu'elles puissent servir de référence ultérieurement. La fonction d'original suppose également que le document technologique présente un caractère unique. Selon le professeur Trudel, tel est le cas des différents mécanismes électroniques de paiements, notamment l'original du chèque signé ou encore le porte-monnaie électronique³⁰⁰. Enfin, la dernière fonction de l'original est d'établir que le document technologique représente la forme première d'un document relié à une personne³⁰¹. En d'autres termes, les composantes du document doivent être structurées au moyen de procédés de traitement permettant à la fois d'affirmer le caractère unique du document et d'identifier la personne auquel il est relié tout au long de son cycle de vie.

²⁹⁸ Pour une étude plus approfondie sur la règle de la meilleure preuve, voir le paragraphe C relatif à la « recevabilité et la règle de la meilleure preuve », p. 99.

²⁹⁹ Éric A. CAPRIOLI, « Contribution à la définition d'un régime juridique pour la conservation de documents : du papier au message électronique », (1993) 5 Droit de l'informatique et des télécoms, 7. Selon Éric Caprioli, la notion d'original constitue incontestablement au sens strict un concept lié au papier.

³⁰⁰ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, art. 12.

³⁰¹ À titre d'exemple, il s'agit des différents procédés de signature électronique.

[243] L'article 16 de la loi sur les technologies de l'information prévoit, quant à lui, les exigences requises afin que la copie d'un document technologique soit certifiée. Pour ce faire, la loi exige l'utilisation d'un procédé de comparaison susceptible d'établir que l'information de la copie est identique à celle du document source c'est à dire de l'information contenue sur le document originel. En revanche, la loi ne fait référence à aucun procédé en particulier. À ce sujet, le professeur Trudel donne l'exemple d'une copie certifiée délivrée sous format électronique par un officier public qui aurait auparavant opéré une comparaison entre cette copie et son original³⁰².

[244] A travers l'étude de ces différents articles de la loi sur les technologies de l'information, il apparaît clairement que l'objectif du législateur a été entre autre d'adapter le droit de la preuve face à l'avènement des nouvelles technologies de l'information. Cette adaptation passait bien évidemment par la reconnaissance des documents technologiques afin qu'ils puissent servir aux mêmes fins et qu'ils aient la même valeur juridique que les documents sur support papier. De plus, l'une des innovations importantes de cette loi réside dans la notion-clé d'intégrité du document. En effet, l'intégrité du document technologique constitue l'une des conditions essentielles afin de le produire en preuve devant les tribunaux.

[245] Ceci étant, la garantie de disposer d'un document intègre suppose que celui-ci ait été adéquatement conservé de façon durable, d'où la nécessité de recourir à des procédés de conservation performants. Par conséquent, il est tout à fait pertinent et approprié d'analyser dans un deuxième chapitre les enjeux liés à l'archivage des documents faisant appel aux technologies de l'information.

³⁰² Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, art. 12.

CHAPITRE 2 : L'archivage et l'écrit dans la société de l'information

[246] L'archivage des documents faisant appel aux technologies de l'information présente en soi des défis fort importants, et des problèmes inédits : comment, en effet, s'assurer de la pérennité des documents, quand toute l'infrastructure se renouvelle ? L'archivage et l'exploitation des actes authentiques introduit une dimension supplémentaire au problème : comment assurer la pérennité des technologies de signature électronique utilisées sur les documents archivés ou exploités ? L'interaction entre les multiples technologies utilisées est d'une complexité certaine mais il se peut que la solution réside tout simplement dans l'utilisation de mécanismes sociaux relativement familiers³⁰³. À ce titre, les représentants de la Direction des Archives de France ont déclaré que « *la dématérialisation des documents, de leur forme de conservation à long terme et celle à venir de leur communication, est [...] susceptible de remettre profondément en cause la structure institutionnelle de la politique d'archivage en France[...]* »³⁰⁴. Cette dématérialisation est également susceptible d'élargir les fonctions dont sont investies les institutions d'archivage, en leur adjoignant des fonctions supplémentaires de contrôle de l'intégrité³⁰⁵.

[247] Tout d'abord, un premier commentaire mérite d'être fait afin de guider notre réflexion sur l'archivage : « *dans l'état actuel des choses, il est impossible de garantir la longévité et l'intelligibilité de données numériques pour même une seule génération*

³⁰³ Jean-François BLANCHETTE, *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective*, « Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique », Mission de recherche « Droit et Justice », Paris, La Documentation Française, 2002, p. 202.

³⁰⁴ Rosine CLEYET-MICHAUD, Catherine DHÉRENT et Gérard ERMISSE, « Remarques de la Direction des Archives de France sur la dématérialisation des actes authentiques », janvier 2001.

³⁰⁵ Cette fonction est d'ailleurs peut être déjà exercée de manière implicite par les institutions d'archivage : « Les auteurs classiques du droit de l'Ancien Régime (Pothier et Dumoulin) allaient jusqu'à admettre que la présence d'un document dans les archives publiques lui garantissait *ipso facto* un caractère d'authenticité. La jurisprudence actuelle n'irait sans doute pas aussi loin dans cette présomption; elle n'en continue pas moins à accorder, en matière de publicité, une place privilégiée à l'entrée dans les fonds publics. », voir : Hervé BASTIEN, *Droit des archives*, Paris, La Documentation Française, 1996, p. 7.

humaine »³⁰⁶. Ceci ne constitue pas une prédiction négative mais plutôt le constat lucide de l'immaturation de nos connaissances dans ce domaine, constat d'une communauté à savoir celle des bibliothécaires et des archivistes qui travaillent depuis plusieurs années déjà sur la question. Cette communauté est une excellente source d'informations, ayant mené depuis de nombreuses années déjà une réflexion soutenue sur ces questions difficiles, de même que certaines expériences concrètes.

[248] Après une description générale de la notion d'archivage et de ses objectifs (section préliminaire), nous analyserons ses aspects techniques (section 1) puis enfin ses enjeux au niveau juridique (section 2).

Section préliminaire : L'archivage des documents faisant appel aux technologies de l'information et ses objectifs

I- Quelques précisions terminologiques en matière d'archivage

[249] La plupart des auteurs confondent souvent les termes « archivage » et « conservation ». Il y a donc lieu de mentionner que ces deux termes ne sont pas synonymes dans la mesure où le terme « conservation » confère une dimension juridique au fait d'archiver³⁰⁷. Autrement dit, la conservation suppose que les règles de droit permettant la préservation des documents contre les altérations, les suppressions, les modifications ou les destructions soient effectivement respectées. En revanche, le terme « archivage » renvoie plutôt à l'action technique du classement des documents peu importe leur support ou leur forme. De plus, les archives peuvent aussi constituer le lieu de dépôt des documents³⁰⁸.

[250] La bibliothèque nationale du Canada a proposé deux définitions distinctes pour l'archivage et la conservation. Ainsi, selon cette institution, on entend par archivage : « *Les documents (qui) sont versés sur un serveur institutionnel dans le but de*

³⁰⁶ Gregory W. LAWRENCE, William R. KEHOE, Oya Y. RIEGER, William H. WALTERS et Anne R. KENNEY, *Risk management of digital information : a file format investigation*, Council on Library and Information Resources, 2000.

³⁰⁷ Éric CAPRIOLI, *Les incertitudes du droit*, Montréal, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.

³⁰⁸ On parle ainsi entre autre des archives publiques, nationales, notariales, familiales ou encore celles d'un cabinet d'avocat.

préserver leur contenu intellectuel de façon permanente. L'archivage s'entend dans son sens le plus large, et couvre les concepts de compilation, de conservation et de mise en disponibilité à long terme »³⁰⁹. Quant à la conservation, la bibliothèque nationale définit cette notion comme « l'activité [...], qui garantit la longévité des collections. Les activités de préservation comprennent la conservation des collections, la préservation de substituts, le contrôle des conditions ambiantes et l'établissement des conditions d'utilisation. En ce qui concerne les publications électroniques les activités de conservation englobent l'organisation, la description, la mise à jour et la migration de l'information électronique afin d'assurer l'accessibilité à long terme des publications »³¹⁰.

[251] Kelly Russell parle de « preservation » qu'elle définit comme suit : « *storage, maintenance and access to digital objects/ materials over the long term* »³¹¹. Ces différentes définitions nous permettent de constater que l'activité de conservation des documents électroniques suppose beaucoup plus que l'établissement d'une simple copie de sauvegarde. En effet, la technique de conservation signifie qu'un dispositif a été mis en œuvre afin de s'assurer que l'information subsiste et qu'elle est accessible et lisible à long terme, même dans l'hypothèse d'évolutions ou de changements technologiques.

[252] Le terme « archives » a souvent été synonyme de « collection » en anglais, c'est à dire d'un répertoire réunissant les documents d'un domaine particulier. Par conséquent, le vocable anglais « archiving » se distingue du terme « archivage » dans le sens où le mot « archiving » prend en compte l'accessibilité des documents mais pas leur conservation. D'ailleurs sur ce point, Margaret E. Phillips souligne : « *First, the materials have to be identified, collected and made accessible in their current format (the archiving process)* »³¹².

³⁰⁹ GROUPE DE COORDINATION DES COLLECTIONS ÉLECTRONIQUES, *Politiques et directives relatives aux publications électroniques diffusées en réseau*, Bibliothèque Nationale du Canada 1998.

³¹⁰ Id.

³¹¹ Kelly RUSSELL, « CEDARS : Long-term Access and Usability of Digital Resources. The Digital Preservation Conundrum », (1998) 18 *Ariadne*, disponible à : <http://www.ariadne.ac.uk/issue18/cedars>

³¹² Margaret E. PHILLIPS, « Ensuring Long-Term Access to Online Publications », (1999) 4 *The Journal of Electronic Publishing*, 4, disponible à : <http://www.press.umich.edu/jep/04-04/phillips.html>

[253] Malgré la déformation apportée par le langage courant, il serait faux de penser que la notion d'archive n'évoque que la phase terminale de la vie d'un document. En effet, il y a lieu de constater que l'archivage intervient en réalité dès le moment où le document est produit³¹³. D'ailleurs, selon Dominique Ponsot, il convient de distinguer différents niveaux d'archivage³¹⁴. Tout d'abord, il existe des « archives courantes » qui représentent les documents qui sont utilisés quotidiennement et qui par conséquent doivent être systématiquement à portée de main de l'utilisateur. Ensuite, Dominique Ponsot parle « d'archives intermédiaires » qui constituent l'ensemble des documents d'un dossier qui aurait déjà été traité et qui serait donc « clos » mais que l'utilisateur a néanmoins voulu laisser accessible et actif par mesure de précaution. Enfin, les « archives définitives » constituent le dernier niveau d'archivage en vertu duquel le dossier est absolument complet et ne peut plus faire l'objet de contestations. Le dossier sera ainsi conservé sans réelle limitation de durée et dans un but historique ou archivistique. Toutefois, il est nécessaire de souligner qu'il est beaucoup plus difficile d'assurer l'accessibilité à long terme à des supports numériques qu'à des supports autres tel que le papier. Ainsi à titre d'illustration, prenons le cas d'un livre conservé sous sa forme papier. Il est quasiment impossible d'en extraire des éléments particuliers (son contenu sans la mise en page par exemple) puisqu'ils sont étroitement liés. Au contraire, les documents numériques se décomposent de façon aisée et à la grande différence des documents sur support papier il est beaucoup plus compliqué de les conserver dans leur totalité. Par conséquent, lors de la conservation des documents numériques un certain nombre d'aspects méritent d'être pris en compte. Tout d'abord, il semble nécessaire de fixer l'objet en tant qu'entité distincte lors de la conservation. Or, il y a lieu de s'interroger sur les limites d'un document dans un environnement hypertexte. Les limites des objets numériques sont moins bien définies, en particulier si ces objets sont composés et générés à la suite de l'assemblage de différents supports ou par la liaison à des ressources d'un réseau. L'autre aspect important à ne pas négliger réside dans la conservation de la présence physique. On entend par présence physique le fichier informatique c'est à dire la série de « 1 » et de « 0 » constituant la base de l'objet

³¹³ D. PONSOT, loc. cit., note 43, p.1.

³¹⁴ Id.

numérique. Soulignons à ce titre que le fait de conserver le fichier physique ne veut pas dire que l'objet demeurera accessible. Parmi les autres aspects qui méritent également d'être pris en compte, il faut citer la conservation de la présentation, des fonctionnalités, du contenu et de l'authenticité du document. À propos de la conservation de l'authenticité, cet aspect comprend les activités visant à garder l'authenticité du document par l'intermédiaire de la protection des objets numériques contre les changements non autorisés. En outre, il est nécessaire de contrôler les objets numériques ayant subi plusieurs cycles de reproductions afin de s'assurer que chaque copie est une reproduction acceptable de l'original. Pour atteindre ce but, il serait également utile d'établir des dépôts d'archives documentés.

II- Objectifs de la conservation

[254] Si on laisse de côté le cas de la conservation à des fins archivistiques et historiques, il y a lieu de retenir principalement deux objectifs. D'une part, la conservation joue un rôle primordial en matière de contrôle (A) et d'autre part en matière de preuve (B)³¹⁵.

[255] Avant de s'intéresser plus particulièrement à ces deux objectifs principaux de la conservation, rappelons à titre indicatif que le fait de conserver les documents permet d'empêcher la perte d'informations pouvant être utiles au traitement ou à la gestion des dossiers, mais permet surtout de préserver la mémoire d'une entreprise par exemple³¹⁶. En effet, comme l'ont souligné Maurice et Paul Martel, une « *compagnie est une créature artificielle, créée sur papier [...] [qui] se manifeste par ses écrits car c'est le seul moyen dont elle dispose pour se manifester dans un monde réel, palpable* »³¹⁷. Ainsi, les archives d'une entreprise jouent un rôle considérable dans la mesure où elles renferment des informations importantes sur le passé de l'entreprise, mais également des renseignements nécessaires à la conduite de ses affaires présentes et futures.

³¹⁵ Éric CAPRIOLI, *Les incertitudes du droit*, Montréal, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », loc. cit., note 307.

³¹⁶ É. DUNBERRY, op. cit., note 183, p. 21.

³¹⁷ Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec: les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 210.

A- Conservation à des fins de contrôle

[256] La conservation des documents à des fins de contrôle concerne principalement les entreprises. En effet, les entreprises sont tenues de respecter plusieurs exigences légales notamment dans le domaine fiscal, comptable, économique, douanier et du droit du travail. Mise à part les entreprises, mentionnons par ailleurs les obligations de conservation des actes incombant aux notaires dans les pays de culture civiliste³¹⁸.

[257] Parmi les principales exigences légales de conservation, on retrouve la tenue de registres³¹⁹ ou encore la conservation de documents spécifiques³²⁰. Les législations prévoient également les délais de conservation et parfois même ses modalités en précisant le lieu d'archivage, le support à utiliser, les conditions à respecter afin de garantir l'intégrité et la confidentialité des données conservées³²¹. Le non-respect de ces obligations légales entraîne des sanctions telles que des amendes, des sanctions professionnelles ou administratives voire même des peines d'emprisonnement. Pour obtenir plus de précisions sur la nature de chacune de ces sanctions il est nécessaire de se référer à la législation en question.

[258] À titre d'illustration, prenons le cas des règles prévues en matière fiscale qui sont de loin les plus nombreuses et les plus complexes. De manière générale, ces règles doivent mener à l'élaboration d'une stratégie d'archivage des documents fiscaux la plus appropriée possible afin d'éviter à l'entreprise la commission d'infraction³²². Sans faire une étude exhaustive³²³ des documents devant être conservés en matière fiscale,

³¹⁸ En France, ces obligations sont prévues par l'article 1^{er} de l'Ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notaire et de l'article 13 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971. De même, la nouvelle Loi sur le Notariat du Québec prévoit à sa section III sur « *La conservation des actes notariés en minute* » l'ensemble des dispositions en matière de conservation des actes notariés. *Projet de loi n° 139 révisant la loi sur le notariat*, Assemblée Nationale, Première session, Trente-sixième législature, Chapitre 44, 23 novembre 2000.

³¹⁹ Voir notamment : Le chapitre XVI de la *Loi sur les compagnies au Québec*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.11.

³²⁰ Voir en particulier : *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, art. 158.

³²¹ Voir par exemple : *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. P-39.1, art. 10.

³²² É. DUNBERRY, op. cit., note 183, p.28.

³²³ Pour une étude plus détaillée, voir notamment : « Records Retention, Statutes and Regulations », vol. 3, Ontario, Carswell, 1999 ; Benjamin WRIGHT et Jane K., *The Law of Electronic Commerce*, 3rd ed., New York, Aspen Law & Business, 1999.

mentionnons notamment les registres et livres comptables, les bons de commande, les factures, les documents d'importation, les inventaires ainsi que les états financiers.

[259] S'agissant de la durée de la conservation des documents fiscaux au Canada, le principe de base sauf exception est que les compagnies québécoises ou fédérales sont tenues de conserver tous les documents précédemment cités durant six ans à partir de la fin de la dernière année fiscale à laquelle ces documents se rapportent. Il est à noter que cette disposition vise également par extension les documents fiscaux consignés sur des supports électroniques. En outre, il apparaît clairement que les législations en matière fiscales accordent une flexibilité relativement importante afin de déterminer la méthode de conservation des documents. D'ailleurs selon Éric Dunberry³²⁴, le législateur se fonde largement sur l'opinion du juge et « accordent la souplesse que les tribunaux ont prônée »³²⁵.

B- Conservation à des fins de preuve

[260] Il semble qu'à l'heure actuelle, le législateur (aussi bien français que québécois) se soit montré ouvert à l'utilisation des nouvelles technologies afin de conserver une preuve d'un document écrit et également à accorder à ce type de reproduction la valeur de l'original papier à condition qu'un certain nombre de règles soient rigoureusement respectées. La reconnaissance de ce type de reproduction par le législateur ne se limite pas aux actes émanant des particuliers mais elle s'étend également aux personnes morales de droit public et de droit privé³²⁶. Optant pour la neutralité technologique, le législateur a néanmoins prévu des prescriptions minimales auxquelles il semble primordial de se conformer afin de garantir une valeur probante au document reproduit. Tout d'abord, peu importe la technologie utilisée, celle-ci doit permettre une reproduction indélébile et fidèle du document et doit permettre de déterminer la date et le lieu de la reproduction. De plus, cette opération de reproduction doit être dirigée par une personne compétente. Il incombe donc à l'entreprise de désigner

³²⁴ É. DUNBERRY, op. cit., note 183, p.29.

³²⁵ *Labbé v. M.N.R.*, [1967] Tax ABC 697, 67 TDC 483. En vertu de cette décision, le juge a déclaré : « *The Act does not require the taxpayer to keep a specific accounting system, but such accounts that are sufficient to give the amount of income taxable, and the amount of tax owing* ».

³²⁶ En droit québécois, cette disposition est prévue à l'article 2840 C.c.Q.

une personne responsable de l'opération de reproduction. Une fois cette personne désignée, elle a pour rôle d'attester et de vérifier que l'opération de reproduction a été correctement réalisée, de déterminer la nature des documents reproduits et enfin de préciser le lieu ainsi que la date de l'opération. Toute cette procédure doit être retranscrite au sein d'une attestation assermentée devant comporter la signature de la personne responsable.

[261] En cas de non-respect de ce processus, l'entreprise peut subir de réels dommages dans la mesure où elle risque d'être privée de la défense de ses droits en l'absence de la production des documents écrits originaux³²⁷. Comme on peut l'observer, bien que minimales, ces règles imposent un processus relativement lourd et rigoureux pour l'entreprise. Cependant, ces règles minimales ne semblent pas répondre à certaines questions pratiques et par conséquent soulèvent un certain nombre d'incertitudes. En effet, ces règles ne précisent pas quel délai et quelle fréquence sont accordés au responsable afin qu'il produise les attestations assermentées. De même, aucune règle n'a été prévue en cas de destruction du document reproduit sur un support électronique. Ces interrogations de nature pratique ne doivent pas être écartées à partir du moment où l'entreprise tient à garantir l'intégrité complète du document électronique. Par conséquent, il incombe à l'entreprise de déterminer à l'avance les règles applicables afin que son programme de numérisation et d'archivage électronique soit reconnu comme fiable et sans lacunes, protégé contre tout type d'altération.

[262] Il convient de rappeler que le processus d'archivage, bien qu'ayant des enjeux juridiques et économiques certains, n'en reste pas moins un procédé technique pouvant faire appel à divers systèmes ayant un niveau de fiabilité plus ou moins élevé.

Section 1 : Aspects techniques de l'archivage

³²⁷ Benoît TROTIER, « L'archivage des documents sous forme électronique : aspects pratiques et légaux », (1997) *Congrès du Barreau du Québec* 781, 786. Voir également : *Banque Nationale du Canada c. Simard*, J.E. 96-1172 (C.Q.).

[263] Après avoir décrit les principales techniques d'archivage (sous-section 1), nous dresserons un bilan de ces techniques tant au niveau de leur sécurité qu'au niveau de leur standardisation (sous-section 2).

Sous-section 1 : Différentes techniques d'archivage

[264] Dans la présente étude, trois principales techniques d'archivage seront étudiées. Évidemment, plusieurs autres techniques existent, sans parler des techniques d'archivage dites hybrides³²⁸ c'est-à-dire celles faisant appel à des différents procédés techniques dans un même processus d'archivage. Ceci étant, les trois techniques que nous avons retenues font d'une part appel à des technologies bien distinctes et d'autre part illustrent de façon pertinente l'évolution historique et technique de l'archivage. Ainsi, nous nous intéresserons successivement à la technique traditionnelle d'archivage (I), à la technique micrographique (II) et enfin à la technique de numérisation (III).

I- Technique traditionnelle d'archivage

A- Méthodes d'archivage

[265] Les méthodes d'archivage traditionnel constituent la technique la plus ancienne et la moins sophistiquée. Ces techniques dépendent de chaque administration et de la mission qu'elle exerce. Ces méthodes d'archivage supposent différentes opérations de classement pouvant notamment être chronologiques, individuelles, thématiques, alphabétiques. Le choix du type de classement est généralement lié au niveau d'archivage concerné (archives intermédiaires ou courantes)³²⁹. Autrement dit, le passage d'un niveau d'archivage à un autre est susceptible d'entraîner une modification du mode de classement utilisé. Par conséquent, le passage d'un niveau d'archivage à un autre implique nécessairement qu'une parfaite concordance entre les différents systèmes

³²⁸ J.-F. BLANCHETTE, loc. cit., note 303.

³²⁹ S'agissant des différents niveaux d'archivage (archives courantes, intermédiaires et définitives), il y a lieu de se référer au paragraphe I concernant « la notion de l'archivage » de la section préliminaire du présent chapitre. Voir également : D. PONSOT, loc. cit., note 43.

d'indexation ait été prise en considération. En outre, des ajustements peuvent être apportés par le biais d'inventaires ou de modes de classement séquentiel. À des fins de sécurité³³⁰ ou pour une meilleure gestion administrative³³¹, il arrive que l'administration décide de générer plusieurs archives (double archivage), ce qui permet certes une amélioration certaine du système mais qui n'est pas sans poser d'autres problèmes tels qu'un besoin plus important d'espace afin de stocker ces archives et bien évidemment les coûts supplémentaires liés à leur stockage. Certaines administrations ont opté pour la sous-traitance en recourant à un archivage intensif sur un site spécialement aménagé à cet effet. Toutefois, le recours à l'archivage spécialisé ne peut s'appliquer qu'à certains niveaux d'archivage à savoir les archives intermédiaires dans la mesure où celles-ci ne nécessitent pas une consultation fréquente et ne génèrent pas un coût qui absorberait tout ou partie des gains de productivité réalisés grâce au choix d'un site spécialisé éloigné. Le placement de ses archives sur un site spécialisé à l'extérieur des locaux de l'administration peut également constituer une option intéressante dans la mesure où ses sites emploient généralement un personnel qualifié spécialement affecté et formé à cette tâche et qui dispose d'un matériel adapté dont l'administration ne peut pas forcément se prémunir. De plus, d'un point de vue plus juridique, la conservation par un tiers spécialisé dans le domaine (tenu de respecter des exigences procédurales rigoureuses) apportent des garanties supplémentaires relativement à l'intégrité des documents conservés.

B- Avantages et inconvénients de l'archivage traditionnel

[266] S'agissant des avantages que procure l'archivage traditionnel, mentionnons tout d'abord la pérennité de l'information conservée sur support papier. En effet, le papier est largement reconnu comme le support de conservation par excellence à partir du moment où tous les paramètres de conservation ont été respectés³³². En outre, l'archivage traditionnel se caractérise par sa relative simplicité, ne nécessitant pas une

³³⁰ Tel est le cas par exemple pour tous les documents de l'état civil.

³³¹ On entend par meilleure gestion administrative par exemple lorsque les différents services d'une même administration sont contraints d'utiliser simultanément les mêmes documents.

³³² À ce titre, rappelons que les plus anciens documents sont conservés en Europe depuis le VIII^{ème} siècle. Voir : I. DE LAMBERTERIE, « L'écrit dans la société de l'information », loc. cit., note 15, p.119.

réelle expertise de la part des employés chargés d'archiver et de classifier les documents. Enfin, force est de constater que l'utilisation et la consultation d'un document archivé sur support papier est plus confortable, plus aisée et plus rapide pour l'utilisateur. Enfin, compte tenu du fait qu'aucun transfert sur un autre support ne peut être réalisable avec ce type d'archives, les documents conservés sur support papier conservent leur qualité d'original.

[267] S'agissant des inconvénients de l'archivage traditionnel, précédemment nous avons souligné que l'information conservée sur le support papier se caractérise par sa durabilité, toutefois, ce commentaire mérite d'être nuancé. En effet, le papier a parfois été d'une piètre qualité notamment à la fin du 19^e siècle³³³. De plus, plusieurs auteurs³³⁴ ont fait remarquer que le tracé ou les encres utilisées afin de rédiger le contenu d'un document pouvaient également s'effacer et donc devenir illisibles après quelques années, il en est de même pour les copies réalisées par une imprimantes ou au carbone. À la différence des technologies de stockage numérique, l'archivage traditionnel n'est pas le procédé le plus approprié en terme d'économies d'espace d'autant plus que l'accumulation de dossiers peut atteindre des chiffres astronomiques pour une compagnie ou pour une administration³³⁵. De plus, l'archivage traditionnel est largement tributaire de facteurs humains, ce qui n'est pas sans créer d'autres inconvénients majeurs, d'une part parce que les tâches en matière d'archivage et de classement nécessitent des effectifs importants au niveau du personnel et d'autre part parce que des erreurs de classement ou des destructions accidentelles ne doivent pas être écartées. Enfin, à la grande différence des documents conservés sur support informatique, un document conservé traditionnellement ne peut pas être consulté simultanément par différentes personnes.

³³³ D. PONSOT, loc. cit., note 43.

³³⁴ D. GOBERT et E. MONTERO, loc. cit., note 14, p.124.

³³⁵ À titre d'illustration, il y a lieu de noter qu'un département français d'un million d'habitants produit au minimum un kilomètres d'archives par an dont 500 mètres sont conservés plus de 30 ans voire même définitivement.

II- Technique micrographique

[268] La micrographie est une technique qui est apparue à la fin du 19^e siècle³³⁶ avec l'avènement de la photographie et qui consiste à permettre le transfert sur un film, par procédé photographique, des informations contenues sur un support traditionnel papier ou sur une bande magnétique³³⁷. Ce transfert d'informations a pour principale finalité de réduire les dimensions du contenu du document sans pour autant modifier sa structure ou sa nature. La micrographie est reconnue comme une méthode d'archivage pertinente et fiable permettant d'associer deux atouts majeurs en matière d'archivage : un très faible encombrement et un coût final relativement économique.

[269] Les microformes qui constituent les produits d'exploitation issus de la micrographie représentent donc des images fidèles et miniaturisées d'informations ou de documents originaux³³⁸. En général, les documents originaux³³⁹ sont réduits dans des proportions de 500 pour 1 (0,02 %) au niveau du poids et de 1500 pour 1 (0,066 %) au niveau du volume.

[270] Peu importe le type de micrographie utilisé, les microformes se présentent principalement sous deux formes : le microfilm et la microfiche.

[271] Le microfilm est composé de différents formats de films dont notamment le microfilm de 16mm, le microfilm de 35 mm ou encore la carte à fenêtre. Les films de 16 mm et 35 mm se présentent la plupart du temps sous forme de rouleaux de trente mètres utiles. Ces films permettent d'enregistrer de grandes quantités d'informations sur peu de place et à moindre coût. Bien que procurant une grande sécurité de classement, le film en rouleau nécessite en principe la mise en œuvre de systèmes d'indexation destinés à

³³⁶ L'archivage micrographique est une technologie qui a été inventée par le français René Dagon en 1870.

³³⁷ SERVICE CENTRAL D'ORGANISATION ET MÉTHODES, *Méthodologie d'emploi de la micrographie*, 3^e éd., Ministère de l'économie et des finances, 1983, p. 7.

³³⁸ Claude GOULARD, *La conservation des microformes*, Paris, Centre de documentation scientifique et technique, C.N.R.S., 1983, p. 6.

³³⁹ On présuppose que le document dans ce cas précis est consigné sur un support papier de format A4, d'un poids de 80 g et recto-verso.

faciliter l'accès à l'information recherchée³⁴⁰. S'agissant de la capacité d'enregistrement pour le film de 16 mm, il y a lieu de mentionner qu'elle varie en fonction du mode d'enregistrement choisi à la prise de vue. On distingue généralement trois modes d'enregistrement : le mode simplex, duplex et duo. Tout d'abord, le mode simplex (ou standard) permet de microfilmer simplement le recto du document sur l'intégralité de la largeur du film et ce de manière horizontal. Le mode duplex, quant à lui, permet de réaliser un microfilm du recto et du verso du document apparaissant côte à côte sur la largeur du film. Enfin, en mode duo, une seule face du document est enregistrée sur la moitié du film puis à l'extrémité du film la bobine est retournée de manière à microfilmer le reste du document sur la seconde moitié du film. En ce qui concerne les film de 16 mm l'échelle de réduction principalement utilisée pour un document de format A4 est le 1:24. S'agissant du film de 35 mm, sa capacité d'enregistrement est d'environ 500 à 600 vues de format 32 x 45. L'utilisation du film en rouleau est beaucoup moins fréquente pour le film de 35 mm que pour le 16 mm. La conservation du film 35 mm en rouleau est principalement réservée au stockage du film original à des fins de sécurité.

[272] Avant de s'attarder sur les avantages et les inconvénients de la technique micrographique (B), il y a lieu de décrire les différents types de micrographie (A).

A- Les types de micrographie

[273] On distingue en principe deux types de micrographie, d'une part la micrographie documentaire (1) et d'autre part la micrographie informatique (2) plus communément connue sous le terme de micrographie COM. On entend par l'acronyme américain COM « Computer Output Microfilm » pouvant être traduit en français par « Composition en sortie d'Ordinateur sur Microforme »³⁴¹. Il est nécessaire de rappeler que, peu importe le type de micrographie utilisé, l'intérêt majeur d'un tel système est de

³⁴⁰ SERVICE CENTRAL D'ORGANISATION ET MÉTHODES, op. cit., note 337, p. 29

³⁴¹ D. PONSOT, loc. cit., note 43.

remédier à l'encombrement et au coût récurrent du papier tout en respectant le concept fondamental de l'écrit et du document tangible.

1- Micrographie documentaire

[274] La micrographie documentaire est un procédé relativement complexe permettant la prise de vue du document original au moyen d'un système photographique. Ce procédé permet d'enregistrer l'image sur un film contenant un support transparent « sur le quel est déposée une couche photosensible composée d'une gélatine contenant des halogénures d'argent »³⁴². En d'autres termes, le film photographique est schématiquement composé de deux parties essentielles : un support insensible et transparent, couche mince de quelques dixièmes de millimètres d'épaisseur destiné à recevoir la couche sensible ou émulsion, de quelques microns d'épaisseur, constituée par un mélange de grains d'halogénure d'argent sensibles à la lumière et de gélatine servant de liant.

[275] Ce procédé fait appel à de nombreuses manipulations chimiques et optiques complexes qui ne seront pas décrites dans la présente étude, toutefois, mentionnons simplement qu'à la suite d'un long traitement la micrographie documentaire permettra la reproduction à une échelle réduite des documents sur une surface photosensible et l'exploitation des micro-images ainsi obtenues³⁴³. Enfin, notons que la technique de la micrographie documentaire s'articule autour de six principaux points à savoir la prise de vue, le traitement du film, le contraste d'une microforme, les surfaces sensibles en micrographie, la duplication et la destruction des microformes³⁴⁴.

2- Micrographie informatique

³⁴² Id., p.6. On entend par halogénures d'argent les sels d'argent des hydracides du chlore, du brome ou de l'iode.

³⁴³ Pour une étude exhaustive des différentes étapes du traitement de la micrographie documentaire, voir : D. PONSOT, loc. cit., note 43, p.6; Claude GOULARD, *La réalisation des microformes de première génération*, Paris, Centre d'information du matériel, 1978; Claude GOULARD et Danièle LEJAIS, *Microfilms et microfiches*, Paris, Éditions Hommes et techniques, 1985; William SAFFADY et Daniel COSTIGAN, *Micrographic Systems*, 3^e éd., Silver Spring, MD : Association for Information and Image Management, 1990; Yves RELIER, *Le microfilm*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966, p. 30.

³⁴⁴ Jacky TERRÉ, *Le microfilm et ses applications*, Paris, Société Nationale Industrielle Aérospatiale, édition SoDipe, 1978, p. 29.

[276] Il s'agit d'un procédé d'archivage efficace permettant de produire des microformes COM à partir de données électroniques. Une microforme vierge est une surface sensible à la lumière, dont le traitement nécessite un noir absolu. Afin d'enregistrer des données électroniques sur une microforme, il est nécessaire de reconstituer le fichier physique, image par image, sous forme de lumière actinique dirigée, grâce à une imprimante adaptée. À l'instar de l'imprimante traditionnelle, les données sont transmises à une tête d'impression allant générer un graphisme ainsi que des signaux binaires. À l'aide d'un laser, les signaux binaires « 1 » et « 0 » sont transformés en signaux lumineux. Or, seuls les signaux à « 1 » sont générateurs de lumière. L'enregistrement s'opère par bombardement photonique modifiant la structure atomique d'halogénures d'argent en suspension dans une couche photosensible. À cette étape du processus, l'image est totalement invisible³⁴⁵ ne pouvant ni être conservée pendant une longue durée ni être exploitable. Le passage de cette image invisible à une image réelle intervient à la suite d'un traitement chimique devant s'opérer dans une obscurité absolue durant lequel le document fait l'objet d'une série de bains dans différents produits. L'interruption de ce traitement engendre systématiquement la disparition intégrale des données contenues sur le document. Par contre, après un traitement normal, une microforme COM devient un support autonome composé d'argent métallique et de polyester insensible à la lumière et durable. À l'heure actuelle, la microforme COM fait systématiquement l'objet d'une conservation sur les disques optiques de type WORM (Write Once Read Many). Selon la norme NF Z 42-013, ces disques optiques de type WORM « ont été choisis car il n'est pas possible d'effacer une information une fois qu'elle est enregistrée sur un tel disque ou d'en enregistrer une autre à la même place que la précédente. Il est aussi impossible d'apporter à l'information enregistrée une quelconque modification »³⁴⁶.

³⁴⁵ Les spécialistes parlent aussi « d'image latente ».

³⁴⁶ NF Z42-013, *Archivage électronique- Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes*, Association Française de Normalisation, 2001.

B- Bilan de la technique micrographique

1- Les avantages de la micrographie

[277] Bien que relativement ancienne, la technique micrographique offre un grand nombre de qualités à différents niveaux³⁴⁷. Tout d'abord, le microfilm se caractérise par sa compacité. En effet, les microfilms se présentent généralement sous forme de petites bobines contenant trente mètres de film. Une bobine est rangée dans une boîte de dix centimètres par dix centimètres et d'une épaisseur de deux centimètres s'agissant du film de 16 mm. Il est à noter que la micrographie permet d'effectuer une réduction de volume de 99,9 % en moyenne entraînant par la même occasion un gain de place d'environ 98 %. À l'heure actuelle, cette qualité de la micrographie mérite d'être nuancée dans la mesure où des techniques d'enregistrements plus modernes semblent nettement plus performantes permettant une capacité de stockage supérieure sur un support sensiblement moins encombrant tel que le disque compact par exemple.

[278] Outre l'avantage de compacité conférée par la micrographie, cette technique permet d'assurer une réelle sécurité pour l'entreprise ou l'administration dont les archives représentent un élément indispensable à son bon fonctionnement autant par leur « *aspect légal*³⁴⁸ que par la nécessité de s'y référer »³⁴⁹. En effet, depuis déjà plusieurs années, le microfilm s'est avéré comme une solution de sauvegarde permettant aux entreprises et aux administrations de microfilmer la totalité de leurs documents, leur garantissant ainsi, en cas de sinistre, de pouvoir reconstituer leur passé administratif. En plus, de cet aspect sécuritaire non négligeable, le microfilm permet de reproduire l'intégralité du document. En effet, à l'instar de la photographie dont l'objectif est d'enregistrer tout ce qui se voit, le microfilm reproduit en intégralité le contenu du document avec une fidélité absolue. On retrouvera ainsi sur l'image microfilmée

³⁴⁷ Y. RELIER, op. cit., note 343, p.14.

³⁴⁸ Pour plus de précisions concernant l'aspect légal, voir : Françoise CHAMOIX et Michel BOUGON, *Le problème de la valeur légale des microformes*, Paris, Encyclopédie, CIMAB, 1980; Françoise CHAMOIX, *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, Paris, Librairies techniques, 1979.

³⁴⁹ Y. RELIER, op. cit., note 343, p.16.

notamment le texte, les cachets, les signatures, les notes de bas de page, les en-têtes ou encore les annotations. De plus, le microfilm a été pendant très longtemps la seule technologie permettant l'enregistrement et la reproduction fidèle des couleurs du document d'origine. Les qualités de compacité et de reproduction fidèle du document d'origine justifient certes l'emploi de la technique micrographique mais ne répondent pas à l'essentiel des besoins inhérents au stockage de l'information, en particulier la recherche et l'exploitation de l'information. Or, il a été prouvé que la micrographie facilite ces aspects importants³⁵⁰. Au préalable, il y a lieu de mentionner que la recherche des informations enregistrées et stockées sous forme de microfilm se fait en deux temps : d'une part la recherche des bobines et d'autre part la localisation de l'image correspondant au document recherché. S'agissant tout d'abord de la recherche des bobines, lorsque le classement préalable a été bien établi, la bobine est susceptible d'être très rapidement retrouvée à l'aide d'un répertoire sommaire par exemple. Ensuite, en ce qui concerne la localisation de l'image correspondant au document recherché, l'opération semble beaucoup moins aisée, même si grâce aux nouvelles technologies elle peut s'avérer plus rapide que la recherche classique.

2- Les inconvénients de la micrographie

[279] Parmi les inconvénients de la technique micrographique, citons tout d'abord la nécessité d'utiliser un appareil de lecture³⁵¹. Un appareil de lecture est indispensable à l'exploitation des microfilms. Or, il a souvent été reproché que cette lecture sur écran était fatigante pour la vue. Malgré le développement croissant de la qualité des écrans d'ordinateurs, la recherche de l'image demande une attention soutenue en particulier lorsque le film n'est pas repéré. De plus, le défilement rapide des vues provoque généralement une fatigue dès lors que l'œil doit chercher à en saisir de temps à autre le contenu. En outre, cet appareil de lecture bien qu'indispensable reste limité notamment lorsque l'utilisateur souhaite effectuer une lecture simultanée ou une comparaison de plusieurs documents se trouvant sur la même séquence de film. Cet inconvénient

³⁵⁰ René MARTIN, « Le microfilm de 35 mm : réalisation et exploitation », (1981) 18 *Enjeux*.

³⁵¹ Y. RELIER, op. cit., note 343, p. 24.

contraint l'utilisateur à faire un effort de mémoire, parfois même à perdre beaucoup de temps pour passer d'un document à un autre. Un autre inconvénient concerne les délais relativement longs afin d'exploiter le film. En effet, le traitement du film n'est pas en lui-même une opération longue cependant il doit être réalisé en laboratoire impliquant donc l'envoi du film dans une station de développement spécialisé.

[280] La micrographie joue un rôle certain dans la gestion et l'organisation administrative des entreprises ou des administrations en facilitant le processus d'archivage et surtout en permettant de répondre au besoin de place dans les locaux des établissements. Toutefois, cette technique « séculaire » semble dépasser face à la technologie numérique caractérisée notamment par son indépendance par rapport au support, sa rapidité et ses capacités de stockage impressionnantes. Ceci étant, il est de plus en plus fréquents d'utiliser des techniques hybrides faisant appel à la micrographie et la technologie numérique.

III- Technique de la numérisation et les opérations complémentaires

[281] Tout d'abord, il y a lieu de noter que l'opération de numérisation a fait l'objet d'une large analyse plus haut dans ce travail³⁵², par conséquent nous nous attarderons principalement sur les opérations complémentaires à la numérisation à savoir la compression, le chiffrement et la conversion en mode texte. Il est nécessaire de souligner que la technique de la numérisation ne constitue pas en tant que tel une opération spécialement destinée à l'archivage. La numérisation permet uniquement de convertir de l'information originellement sous une forme analogique (donc directement intelligible ou presque) vers un format numérique à partir duquel l'information ainsi numérisée pourra faire l'objet d'une vaste gamme d'opérations dont notamment le classement, la transmission et évidemment le stockage. Ainsi, la numérisation est bien plus qu'une technique d'archivage bien qu'elle favorise et facilite considérablement le processus et les conditions de stockage de l'information.

³⁵² Pour plus de précisions sur la technique de numérisation, se référer au paragraphe II « Avènement du numérique », section I, Chapitre 1 de la première partie du présent travail, p.13.

[282] D'autre part, il est important de rappeler que l'information ainsi numérisée doit être consignée sur un support inaltérable lors du processus de saisie numérique³⁵³. Afin de réaliser cette opération, un certain nombre de supports peuvent être utilisés, à commencer par le CD-Rom (Compact Disk- Read only memory). Le CD-Rom permet une inscription indélébile des données sur la couche externe de ce support. Suivant le type de couche du CD-Rom³⁵⁴, celui-ci peut avoir une durée de vie variant entre 50 et 75 ans. Du fait de sa durée de vie relativement longue ainsi que son absence d'encombrement, le CD-Rom représente un support tout à fait approprié à des fins d'archivage. Cependant, le CD-Rom n'est pas sans soulever diverses contraintes pratiques. En effet, il a certes une capacité de stockage considérable correspondant à plus de 600 megs soit l'équivalent d'environ 20 000 pages, toutefois, l'inscription de l'information sur ce genre de disque doit se faire en une seule opération. Autrement dit, ce type de disque ne permet pas d'inscrire des données de façon ponctuelle c'est à dire au gré des besoins d'archivage. Ensuite, l'autre contrainte posée par le CD-Rom réside dans l'étape préalable à l'inscription sur le disque. En effet, Benoît Trotier explique que « *l'inscription sur CD-Rom nécessite un formatage des fichiers contenant l'information à inscrire, selon la norme ISO 9660, processus qui demande un certain temps avant d'entreprendre les opérations de gravage* »³⁵⁵. Il existe cependant une solution afin de résoudre ces inconvénients du CD-Rom. Cette solution suppose l'utilisation d'un autre support permettant quant à lui d'inscrire de manière ponctuelle des informations en vue de les stocker. Il s'agit du WORM (Write Once Read Many), disposant certes d'une durée de vie sensiblement inférieure³⁵⁶ au CD-Rom mais qui constitue un support approprié d'archivage provisoire de l'information en vue d'une éventuelle retranscription sur CD-Rom.

[283] Les développements qui vont suivre seront axés d'une part sur trois opérations complémentaires à la numérisation (compression, chiffrement et conversion

³⁵³ B. TROTIER, loc. cit., note 327, p.783.

³⁵⁴ En effet, un CD-Rom peut être fabriqué à partir d'une couche d'argent ou d'une couche d'or. Voir : Jean-Louis HOENEN et Guy BOUCHON, *Panorama des technologies d'archivage optique : DON, CD-Rom, vidéodisque*, vol. 4, Collection Informatique et Santé, Nouvelles technologies et traitement de l'information, 1991.

³⁵⁵ B. TROTIER, loc. cit., note 327, p.783.

³⁵⁶ On estime que la durée de vie du WORM est approximativement de 15 à 20 ans.

en mode texte) (A) et d'autre part sur la méthode de gestion des informations numérisées ; communément appelée la gestion électronique des documents (GED).

A- Bref aperçu de chacune de ses opérations

1- Compression

[284] L'objectif recherché par l'opération de compression est de réduire le volume du document en remplaçant des « sous-ensembles de données issues de la numérisation par des codes (plus courts) visant à supprimer au maximum la redondance des données codées »³⁵⁷. L'information est compressée par le biais d'un algorithme de compression, et comme le souligne Dominique Ponsot³⁵⁸, il existe pour chaque algorithme de compression un algorithme de décompression afin qu'à tout moment il soit possible de recouvrer l'information dans son état initial.

2- Chiffrement

[285] Le chiffrement (ou cryptographie), bien qu'étant une technique facultative, est souvent utilisée par mesure de sécurité. Cette technique sert à transformer des signaux ou des messages clairs et intelligibles en un ensemble illisible pour les tiers. Au même titre que la compression, il existe une opération inverse le décryptage permettant de rendre intelligible un message crypté³⁵⁹. Notons qu'il est tout à fait concevable d'imaginer l'utilisation de la technique de chiffrement afin de protéger le contenu des documents ayant fait l'objet d'archivage.

3- Conversion en mode texte

³⁵⁷ D. PONSOT, loc. cit., note 43, p.10.

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ P. TRUDEL et al., *Le droit du cyberspace*, op. cit., note 12, p. 3-66. Voir également : Loi sur la réglementation des télécommunications, Assemblée Nationale française, adoptée le 29 décembre 1990, article 28.

[286] La conversion en mode texte est une opération consistant à convertir en mode texte des informations étant en mode image. Cette conversion a pour intérêt de diminuer le volume d'informations gérées car elle permet d'associer à chaque caractère alphanumérique un code spécifique ou un symbole et permet donc d'éviter de décomposer en pixels la représentation graphique de chacun des caractères. Cette technique est largement utilisée au sein de la communauté informatique, d'autant plus que désormais les programmes informatiques peuvent être rédigés par le biais d'éditeurs de textes relativement performants. Selon Jean-François Blanchette, « *si le format ne permet pas de jouir d'aides visuelles comme le changement de polices ou de style au sein d'un document, ces éditeurs étagent les lignes et colorent les mots-clés d'un programme, de façon à le rendre plus facilement intelligible. Dans ce cas particulièrement, le texte devient véritablement fonction de l'interaction dynamique entre logiciel de lecture et fichier* »³⁶⁰ (nos soulignés).

B- La gestion électronique de documents (GED)

[287] Une fois numérisée, l'information fait l'objet en principe d'une double opération, l'adressage et l'indexation. L'adressage a pour finalité de repérer physiquement le document sur le support où il a été consigné. L'indexation quant à elle a pour objectif d'identifier le document, de permettre de le rechercher et de le classer. Le concept de gestion électronique de documents doit être appréhendé de manière globale comme un procédé de traitement complet de l'information numérisée. La GED joue un rôle primordial tant pour la gestion des documents dits primaires³⁶¹ que pour la gestion des bases de données. Bien que s'intégrant dans un processus global de gestion de l'information, la GED peut également répondre de manière adéquate à des besoins d'archivage, en particulier les archives qui nécessitent d'être fréquemment consultées de

³⁶⁰ J.-F. BLANCHETTE, loc. cit., note 303, p. 9.

³⁶¹ On entend par gestion des documents primaires la gestion des documents venant juste d'être traités et exploités. Ces documents perdent leur caractère primaire dès lors qu'ils sont intégrés dans un ensemble structuré tel qu'une base de données.

façon sélective. L'utilisation de la GED en matière d'archivage peut être schématisée comme suit :

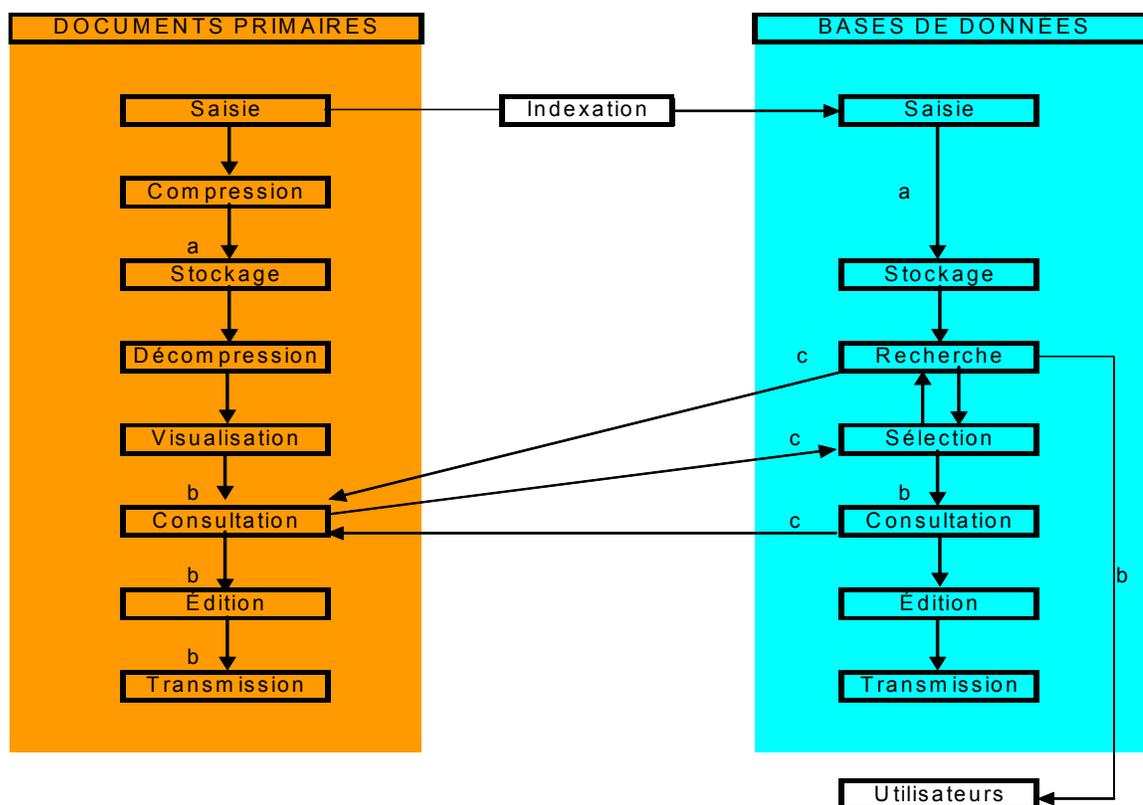


Figure 3 : Fonctionnement d'un système de G.E.D. : Phase d'archivage³⁶²

Légende :

- a** → : pages de documents primaires analysées par un numériseur optique, stockées numériquement dans une base de données
- b** → : Recherches par l'utilisateur dans la base de données; visualisation sur l'écran de la liste des résultats
- c** → : Consultation et édition des documents sélectionnés

³⁶² Ce tableau a été inspiré par l'annexe 2 de l'étude de D. PONSOT, loc. cit., note 43.

[288] Ayant parcouru les diverses possibilités techniques afin d'archiver un document, il nous reste à établir un bilan global de la technique d'archivage jugée de plus en plus comme une activité capital pour le développement de la société de l'information.

Sous-section 2 : Bilan des techniques d'archivage

[289] Qu'il s'agisse de la micrographie ou encore des procédés liés à la numérisation, ces deux techniques d'archivage soulèvent un certain nombre de défis notamment en matière de sécurité et de standardisation.

I- Considérations quant à la sécurité de l'archivage des documents électroniques

[290] La question du niveau de sécurité des techniques d'archivage ne semble pas aussi tranchée. En effet, malgré des développements considérables, ces dernières années, de la technologie en matière d'archivage électronique, il serait bien utopique de considérer qu'il y a une absence totale de risques dans ce domaine³⁶³. Selon Dominique Ponsot, « *l'exposition au risque de destruction (volontaire ou accidentelle) apparaît plus grande en ce qui concerne les nouvelles technologies* »³⁶⁴. En effet, toujours selon cet auteur, il semble plus aisé de détruire physiquement une microforme ou d'effacer le contenu d'un document numérique que de détruire des kilomètres de documents consignés sur support papier. Ceci étant ce point de vue mérite d'être nuancé dans la mesure où ces mêmes documents numériques ou micrographiques peuvent être plus facilement conservés dans un lieu sécuritaire du fait de leur quasi absence d'encombrement. De plus, ces documents pouvant être plus facilement dupliqués, rien n'empêche a priori leur utilisateur de les conserver dans multiples endroits sécuritaires afin de diminuer au maximum les possibilités de destruction totale du document.

³⁶³ É. DUNBERRY, op. cit., note 183, p. 30. Voir également : Ejan MACKAAY, *Les incertitudes du droit*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1999, p. X.

³⁶⁴ D. PONSOT, loc. cit., note 43, p.15.

[291] Un autre débat ayant fait couler beaucoup d'encre concerne l'utilisation de l'informatique dans le processus d'archivage. Selon une première thèse, l'utilisation de l'informatique afin d'archiver risque de multiplier les cas de fraudes, d'intrusions et d'atteintes à la confidentialité de l'information détenue. Selon une autre thèse, l'outil informatique facilite au contraire la mise en œuvre de politiques de contrôles réguliers afin de contrer les fraudes difficilement décelables par le biais d'un traitement manuel de l'information.

[292] La question de la sécurité en matière d'archivage est relativement délicate et malgré les avancées considérables en la matière depuis ces dix dernières années, il semblerait que le « risque 0 » reste toujours un objectif difficile à atteindre pour les concepteurs d'infrastructures de sécurité. Parmi les autres objectifs nécessaires à atteindre, il y a lieu de mentionner les politiques tendant à normaliser les différentes techniques d'archivage.

II- Considérations quant aux politiques de normalisation de l'archivage des documents électroniques

[293] L'un des principaux objectifs que mérite de poursuivre les autorités compétentes en matière d'archivage électronique est la mise en œuvre de politiques visant à normaliser et standardiser les différentes techniques d'archivage. Selon Alison Bullock, la meilleure voie afin de remplir cette tâche est d'adopter une approche en trois étapes :

- « 1) utiliser des normes récentes pour la création d'objets numériques ;...*
- 2) surveiller les changements au niveau des normes ;...*
- 3) adopter les nouvelles normes dès qu'elles sont établies. »³⁶⁵.*

[294] Les principales recommandations en matière d'archivage électronique prévoient que les différents documents numériques soient collectés en respectant le format standard exigé. Un certain nombre de normes définissent déjà les formats

³⁶⁵ Alison BULLOCK, « La conservation de l'information numérique : ses divers aspects et la situation actuelle », (1999) 60 *Flash réseau*.

standards pour la plupart des moyens d'informations³⁶⁶ mais malheureusement certaines formes d'information telle que les bases de données ne possèdent pas de réglementations normatives.

[295] La normalisation des formats standards reste toutefois insuffisante, cette politique de normalisation devrait être plus globale et s'étendre même aux institutions jouant un rôle direct en matière d'archivage électronique. Plusieurs organisations ont franchi le pas et de multiples projets ont vu le jour dans les dix dernières années. Mentionnons notamment le projet mené par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) visant à mettre en œuvre un modèle de référence appelé le CCSDS 650.0-W-4.0 se rapportant à l'Open Archival Information System (OAIS)³⁶⁷. Ce modèle de référence a pour objectif de déterminer les règles minimales à respecter afin de garantir la conservation à long terme de l'information numérique. Suite à cette initiative, l'OAIS a encore été adopté comme modèle de référence par un réseau de bibliothèques en Europe connu sous le nom de NEDLIB (Network European Depository Library). À part l'OAIS, une autre initiative appelée le « Task Force on Digital Archiving » chapeauté par le Research Libraries Group envisage de créer un organisme indépendant chargé d'accréditer les archives numériques respectant les normes et les critères préétablis par cette institution³⁶⁸.

[296] Outre ces considérations d'ordre technique et politique, l'archivage a également des enjeux au niveau juridique, par exemple en matière probatoire où l'administration de la preuve repose sur des éléments conservés.

³⁶⁶ À titre d'illustration, mentionnons les formats JPEG pour les images, le format ASCII pour les textes, HTML ou SGML pour les documents en langage de marquage.

³⁶⁷ L'acronyme OAIS peut se traduire par « système ouvert d'information archivistique ». Pour plus de précisions sur le modèle CCSDS 650.0-W-4, voir : <ftp://nssdc.gsfc.nasa.gov/pub/sfdu/isoas/int07/CCSDS-650.0-W-4.pdf>

³⁶⁸ COMMISSION ON PRESERVATION AND ACCESS ET LE RESEARCH LIBRARIES GROUP, *Preserving digital information: report of the Task Force on Archiving of Digital Information*, Washington, Task Force On The Archiving Of Digital Information, 1996, p.21.

Section 2 : Enjeux juridiques de l'archivage des documents électroniques

[297] À titre préliminaire, mentionnons qu'au sein de cette section le terme « conservation » sera utilisé plutôt que celui d'archivage dans la mesure où le vocable « conservation » confère une dimension juridique à la technique de l'archivage.

[298] Traiter des enjeux juridiques de la conservation implique nécessairement de mentionner les liens étroits existants entre le droit de la preuve et le fait de conserver un document dans des conditions qui garantissent son intégrité (sous-section 1). En outre, le régime juridique des intervenants en matière de conservation (les tiers-archivistes) constitue un autre aspect juridique qui mérite d'être développé (sous-section 2).

Sous-section 1 : Relations entre le droit de la preuve et la conservation des documents électroniques

[299] La conservation de l'information est largement tributaire du régime juridique retenue. En effet, il y a lieu de considérer deux hypothèses contradictoires quant au choix du régime juridique applicable. D'une part, l'hypothèse où le législateur a opté pour un régime probatoire libre. Dans ce cas de figure, la forme du document archivé pourra être modifiée sans occasionner aucun risque juridique et peu importe le choix du support original. D'autre part, la loi peut plutôt prévoir un régime probatoire fortement réglementé ayant pour conséquence non seulement d'exiger que le document soit constitué sous une forme particulière mais également qu'il soit conservé sous une même forme³⁶⁹. Parallèlement à ces considérations purement juridiques, gardons à l'esprit que le problème de la conservation suppose la prise en considération de facteurs économiques. En effet, il apparaît évident que tout individu envisagera le moyen le plus économique pour lui d'archiver son document nonobstant le fait que le régime de la preuve est réglementé.

³⁶⁹ M. ANTOINE, M. ELOY et J.-F. BRAKELAND, loc. cit., note 162, p.155.

[300] En principe, la preuve d'un acte juridique constitue une information d'un événement passé. Par conséquent, la préconstitution d'une preuve suppose nécessairement qu'un archivage relativement long ait été réalisé³⁷⁰. Cette analyse nous permet d'appréhender à quel point la conservation et la preuve sont étroitement liés et interdépendants. Ainsi, on peut véritablement parler d'une dimension probatoire de la conservation (I). En outre, rappelons que la conservation, au même titre que la preuve d'ailleurs, est largement encadré au niveau juridique (II).

I- La dimension probatoire de la conservation

[301] La dimension probatoire de la conservation fait référence à l'interdépendance reconnue entre la preuve et la conservation. Un moyen de preuve doit se caractériser par sa stabilité et sa durabilité, ce qui suppose a fortiori que les procédés d'archivage aient été conçus afin de répondre à ce besoin et qu'ils ont donc été rigoureusement déterminés et réglementés. Ainsi, un bon support de preuve commence par être un support d'archivage fiable. Cependant, ces propos ne signifient pas que le risque de la preuve est présumé du fait de l'utilisation d'un support fiable. En effet, avoir la charge de la preuve suppose que l'on assume le risque de la preuve, que cette preuve soit bonne, mauvaise ou inexistante. Avant d'analyser plus spécifiquement les rapports entre le risque de la preuve et la conservation (B), il semble important de décrire auparavant les enjeux liés à la reconnaissance d'une dimension probatoire de la conservation (A).

A- Les enjeux liés à la reconnaissance d'une dimension probatoire de la conservation

[302] A titre préalable, il convient de souligner qu'à l'exception de certains ordres professionnels particuliers³⁷¹, la chance pour qu'un document archivé constitue une preuve à un moment ou à un autre de son cycle de vie est relativement faible. Par conséquent, force est de constater que l'administration de la preuve peut représenter des

³⁷⁰ ASSOCIATION PREUVE ET MICROGRAPHIE, *Rapport portant intégration des supports et techniques micrographiques aux termes de la loi 2000-230 du 13 mars 2000*, Paris, Preuve et Micrographie, 2001, p. 19.

³⁷¹ On pense ici notamment à la profession de notaires ou d'avocats.

investissements excessivement onéreux pour les entreprises ou les administrations qui ont en charge de stocker un nombre considérable de documents³⁷². De plus, un document archivé depuis une très longue durée, a non seulement engendré des coûts élevés mais ces coûts risquent d'augmenter au fur et à mesure que le détenteur du document envisage d'adapter son système d'archivage, alors que parallèlement la perspective de produire le dit document en preuve devant les tribunaux diminue progressivement. Cependant, selon nous, l'abandon et la suppression des anciens documents, afin de réaliser un archivage plus économique, est susceptible de créer des dommages financiers et des conséquences juridiques plus importants résultant de l'incapacité de pouvoir produire une pièce décisive devant les tribunaux. On comprend donc mieux l'importance capitale de ne pas commettre d'erreurs dans le choix initial du mode d'administration de ses preuves.

[303] Ceci dit, il n'est pas toujours évident de choisir le mode d'administration de la preuve le plus approprié dans la mesure où il est relativement complexe de déterminer quel genre de documents mérite le plus de passer sous « *archivage probatoire* »³⁷³. En effet, ceci ne poserait aucun problème dans l'hypothèse où il serait possible de déterminer à l'avance quelle information l'entreprise ou l'administration devra produire devant les tribunaux afin de faire valoir son droit, et pourquoi pas également déterminer à quelle époque le litige se produira et devant quelle juridiction ! Malheureusement, ce type de prévisions est difficile voire impossible à réaliser ce qui fait que l'archivage ne peut guère être sélectif sans risque. Ceci étant, vu le coût exorbitant d'un système « d'archivage probatoire », il semble préférable de s'assurer que celui-ci soit suffisamment efficace à terme, c'est à dire qu'il permette que le support choisi soit toujours exploitable le jour où l'information devra être produite devant les tribunaux.

B- Le risque de la preuve et la conservation

³⁷² EDIFICAS & IALTA, *Guide de l'archivage électronique sécurisé, recommandations pour la mise en œuvre d'un système d'archivage interne ou externe utilisant des techniques de scellement aux fins de garantir l'intégrité, la pérennité et la restitution des informations*, version V, 2000.

³⁷³ ASSOCIATION PREUVE ET MICROGRAPHIE, op. cit., note 370, p.20.

[304] En vertu de l'article 1315 du code civil français, « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

[305] Selon cet article, le fardeau de la preuve suppose qu'on assume le risque de la mauvaise preuve ou de l'absence de preuve. Traditionnellement, le concept du risque de la preuve signifie que chacune des parties à un acte juridique doit être en mesure d'obtenir la préconstitution des preuves dont la production lui incomberait dans un litige (« *il a le risque de la preuve parce qu'il peut en avoir la charge* »³⁷⁴). Ainsi, peu importe le support utilisé, l'intéressé est tenu d'organiser efficacement la mise en œuvre de la preuve ; à défaut, il en supporte lui-même la charge. Il faut d'ailleurs tenir compte de cette réalité afin de choisir son système d'archivage en gardant à l'esprit que la preuve représente la matérialisation d'un droit ou d'une obligation projetée dans un avenir plus ou moins proche. Cette matérialisation ne doit pas uniquement se conformer à des règles formalistes mais elle doit avant tout permettre à terme d'engendrer les effets de droit attendus.

[306] En outre, le risque d'une éventuelle détérioration ou perte de la preuve peut être évité si certaines mesures de sécurité ont été envisagées. Dans l'hypothèse où le document archivé a été consigné sur un support durable, la protection physique du support engendre automatiquement la préservation de l'information³⁷⁵. En revanche, pour les documents consignés sur les supports plus évanescents ou dotés d'une précarité imprévisible (disque compact par exemple), la conservation physique du support n'entraîne pas nécessairement la préservation du contenu. Dans un tel cas de figure, il faut donc pouvoir mettre en œuvre une double mesure de sécurisation basée d'une part sur la protection du support et d'autre part sur la préservation du contenu c'est à dire démontrer que l'information contenue sur le support a demeuré inchangée depuis son origine. C'est ainsi qu'est née une nouvelle génération de mesures de sécurisation

³⁷⁴ Pierre LECLERCQ, *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Réflexions sur le droit de la preuve », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990, p. 97.

³⁷⁵ Citons à titre d'exemple le cas d'un centre de recherche ayant pris la décision, par mesure de précaution, d'installer toutes ses recherches ou tous ses ouvrages dans un local protégé contre les incendies ou encore le dégât des eaux.

chargées de paralyser l'information dans un univers pourtant conçu pour la faire évoluer³⁷⁶ : la cryptographie.

II- Le respect des règles fixées par la loi

A- En droit français

[307] La loi du 3 janvier 1979³⁷⁷ est la première loi française relative à l'archivage. Cette loi définit de façon générale la notion d'archive à son article 1, et distingue plus spécifiquement les archives publiques et les archives privées (respectivement définies à l'article 3 et 9 de la loi). En vertu de l'article 1 de la loi, on entend par archives « *l'ensemble des documents, quels que soient leur date, leur forme et leur support matériel, produits ou reçus par toute personne physique ou morale, et par tout service ou organisme public ou privé, dans l'exercice de leur activité.*

La conservation de ces documents est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche. » (nos soulignés). Comme nous l'avons souligné dans cette définition de la loi sur les archives, le législateur de l'époque avait une approche relativement large de la notion d'archive, celle-ci comprenant l'ensemble des documents peu importe leur forme ou leur support matériel. En outre, cette loi prévoit de nombreuses dispositions relatives à l'administration, l'accès ou encore l'élimination des archives tant publiques que privées. Cette loi de 1979, qui n'est donc pas si récente, a fait l'objet d'amendements à plusieurs reprises, notamment par l'ajout d'un article 4-1 créé par la loi 2000-321 du 12 avril 2000³⁷⁸. Cet article 4-1 de la loi sur les archives s'applique exclusivement aux archives publiques et prévoit que lorsque des informations nominatives ont été collectées dans le cadre de traitements automatisés, elles font l'objet « *d'un tri pour déterminer les*

³⁷⁶ On entend par cette nouvelle génération de mesures de sécurité notamment la technique cryptographique. Biddle C. BRADFORD, « Legislating Market Winners : Digital Signatures Laws and the Electronic Commerce Marketplace », (1997) *San Diego Law Review*, 1236 -1237.

³⁷⁷ Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, Assemblée Nationale, J.O. du 5 janvier 1979.

³⁷⁸ Loi 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, Assemblée Nationale, 12 avril 2000, Journal Officiel de la République Française, 13 avril 2000.

informations destinées à être conservées et celles, dépourvues d'intérêt scientifique, statistique ou historique, destinées à être détruites. Les catégories d'informations destinées à la destruction ainsi que les conditions de leur destruction sont fixées par accord entre l'autorité qui les a produites ou reçues et l'administration des archives ». Cet article identifie le type d'informations contenues dans les archives susceptibles d'être conservées ou détruites, et prévoit que les conditions de destruction seront fixées en commun accord entre l'autorité responsable des informations et l'administration des archives.

[308] La loi sur les archives risquerait encore d'être amendée prochainement si le projet de loi sur la société de l'information présenté à l'Assemblée nationale le 14 juin 2000³⁷⁹ était adopté. Ce projet de loi énonce le principe de la libre communication des archives publiques quels que soient leur support, leur lieu, leur mode de conservation et réduit, de manière générale, les délais spéciaux de communication pour certains documents présentant un caractère particulier de confidentialité³⁸⁰.

[309] Enfin, parmi les autres dispositions légales en matière de conservation de document sous forme électronique, il y a lieu de citer l'article 1316-1 du Code civil français prévoyant 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 »*. (nos soulignés). La formulation de l'article 1316-1 du C.c.F. « établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » nous paraît être tout à fait appropriée dans la mesure où l'écrit est ainsi pris en compte durant tout son cycle de vie depuis sa création et son enregistrement informatique jusqu'à l'expiration de sa conservation. De plus, à travers cet article, rien n'empêche l'écrit de changer de support durant tout son cycle de vie. En effet, le contenu informationnel de l'acte juridique pourra être transféré en fonction de la qualité et de la durée de vie des supports à condition que son intégrité soit préservée. De plus, cette disposition implique également d'exercer une conservation « active » dans le sens où les techniques

³⁷⁹ Projet de loi n° 3143 sur la société de l'information, présenté à l'Assemblée Nationale, 14 juin 2000.

³⁸⁰ Ces dispositions sont prévues aux articles 4 et 5 du projet de loi sur la société de l'information.

permettant de conserver les documents ne doivent pas rester figer, mais plutôt s'adapter en permanence au niveau technologique sans pour autant négliger le caractère d'intégrité et de préservation du document.

B- En droit québécois

[310] La récente loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information prévoit un certain nombre de règles relatives à la conservation du document³⁸¹. Cette loi est venue remplacer les précédents articles 2840 à 2842 du C.c.Q. qui édictaient des règles minimales dont le respect permettait de conférer à toute reproduction la même valeur juridique qu'un original. Avant d'analyser plus spécifiquement les articles 19 à 22 de la loi sur les technologies de l'information, une brève parenthèse mérite d'être ouverte afin de rappeler quel fût l'apport des articles 2840 à 2842 du C.c.Q., malgré le fait que ces derniers soient désormais abrogés.

[311] Dès 1994, le législateur québécois avait admis la possibilité qu'une preuve d'un document écrit puisse être conservée grâce à l'utilisation des nouvelles technologies. Ainsi, aux articles 2840 à 2842 du C.c.Q., le législateur admit que la reproduction d'un document écrit sur un support électronique avait la même valeur que l'original à condition qu'un certain nombre de règles minimales soient respectées. Les articles 2840 à 2842 C.c.Q. ne s'appliquaient qu'à l'égard des documents reproduits par l'État ou les personnes morales de droit public et de droit privé³⁸², ce qui excluait par conséquent le particulier souhaitant opposer sa propre reproduction électronique.

[312] Sans se référer à un support technologique en particulier, le législateur avait prévu des prescriptions minimales afin de garantir une valeur légale à la reproduction. Tout d'abord, en vertu de l'article 2841 alinéa 1, quelque soit le mécanisme technologique utilisé afin d'effectuer la reproduction, il fallait que le document soit reproduit de manière fidèle et indélébile et que le lieu et la date de la reproduction soit

³⁸¹ Ces règles sont prévues aux articles 19 à 22 de la loi.

³⁸² En vertu de l'article 2840 alinéa 1 du C.c.Q. : « *La preuve d'un document, dont la reproduction est en la possession de l'État ou d'une personne morale de droit public ou de droit privé et qui a été reproduit afin d'en garder une preuve permanente, peut se faire par le dépôt d'une copie de la reproduction ou d'un extrait suffisant pour en permettre l'identification [...]* » (nos soulignés).

expressément indiqués. L'alinéa 2 de ce même article prévoyait quant à lui que l'entreprise était tenue de désigner une personne responsable du bon déroulement de l'opération de reproduction. Notons à ce sujet que l'utilisation de la numérisation afin de reproduire des documents de l'entreprise devait s'inscrire dans un processus de reproduction rigoureux supervisé par un personnel spécialement formé à cette technologie.

[313] L'article 2842 du C.c.Q. disposait quant à lui que la personne responsable de la reproduction devait signer dans un délai raisonnable³⁸³ une déclaration faite sous serment attestant de la réalisation de l'opération. Cette déclaration devait mentionner la nature des documents, la date et le lieu de l'opération de reproduction. La personne devait enfin certifier la fidélité de la reproduction.

[314] Chacune de ces prescriptions constituait une condition impérative³⁸⁴ afin de reconnaître la reproduction du document original. De plus, l'entreprise pouvait subir de graves conséquences en cas de non respect des règles dans la mesure où elle pouvait se voir priver de la défense de ses droits en l'absence des documents originaux³⁸⁵.

[315] S'agissant de la loi concernant le cadre juridique des nouvelles technologies de l'information, son article 19 dispose que « *toute personne doit, pendant la période où elle est tenue de conserver un document, assurer le maintien de son intégrité et veiller à la disponibilité du matériel qui permet de le rendre accessible et intelligible et de l'utiliser aux fins auxquelles il est destiné* ». À la différence de l'article 2840 alinéa 1 du C.c.Q., l'article 19 de la loi sur les technologies de l'information s'applique aussi bien à l'État, aux personnes morales de droit public et privé qu'au simple particulier. L'article 19 de la loi sur les technologies de l'information a donc un champ d'application générale obligeant toute personne (sans exception) à conserver son document. L'article 19 ne se limite pas à imposer cette obligation de conservation, il va plus loin en évoquant les différentes tâches que la personne se doit d'assurer durant tout le cycle de vie du document. En effet, cet article prévoit tout d'abord que la personne est tenue de

³⁸³ *Bleau c. Bélair*, compagnie d'assurance, C.S.Q., n° 505-05-000614-948, 4 mai 1999.

³⁸⁴ B. TROTIER, loc. cit., note 327, p.781.

³⁸⁵ *Banque Nationale du Canada c. Simard*, J.E. 96-1172 (C.Q.).

maintenir le document intègre³⁸⁶. On comprend aisément l'importance de maintenir l'intégrité du document tout au long de son cycle de vie, ceci étant à quoi bon disposer d'un document intègre s'il est impossible d'y avoir accès. C'est la raison pour laquelle le législateur a également imposé à la personne responsable, pendant toute la durée de la conservation, de rendre le document accessible et intelligible en conférant à l'utilisateur le matériel nécessaire à sa lecture. On conçoit facilement la nécessité d'une telle disposition lorsqu'il est question de la conservation des documents technologiques, pouvant être rapidement obsolètes, du fait de l'innovation continue des nouvelles technologies de l'information³⁸⁷. Afin d'éviter l'impossibilité d'accès au document, deux options peuvent être envisagées en vertu de la loi sur les technologies de l'information. La première solution est d'obliger la personne responsable à conserver non seulement le document mais aussi le matériel permettant d'accéder au document. La deuxième solution prévue à l'article 17 alinéa 1 de la loi³⁸⁸ dispose qu'à des fins de conservation, la personne responsable est autorisée à transférer le document vers un autre support faisant appel à une technologie différente.

[316] L'article 20 de la loi dispose quant à lui qu'à l'exception des documents ayant une valeur archivistique, historique ou patrimoniale³⁸⁹, les documents dont la loi exige la conservation peuvent être détruits s'ils ont fait l'objet d'un transfert. Cependant avant de détruire le document, la personne responsable doit s'assurer que la déclaration de transfert a été effectuée c'est à dire qu'il doit préparer et tenir à jour un plan de destruction des documents ayant fait l'objet d'un transfert. Cette règle ne s'applique pas dans le cas où la personne responsable est un particulier. Parmi les autres conditions de destruction prévues par l'article 20, la personne responsable doit également garantir la

³⁸⁶ Pour plus de précisions relativement à la notion d'intégrité du document telle qu'elle est envisagée au sens de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, voir p. 55 du présent mémoire.

³⁸⁷ Prenons l'exemple du géant de l'informatique Microsoft qui met régulièrement à la disposition de ses usagers un nouveau système d'exploitation Windows.

³⁸⁸ L'article 17 alinéa 1 dispose que : « *L'information d'un document qui doit être conservé pour constituer une preuve, qu'il s'agisse d'un original ou d'une copie, peut faire l'objet d'un transfert vers un support faisant appel à une technologie différente* ».

³⁸⁹ En vertu de l'article 69 alinéa 1 de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, le gouvernement a le pouvoir de déterminer par règlement les critères afin de reconnaître qu'un document présente une valeur archivistique, historique ou patrimoniale.

protection des renseignements confidentiels et personnels. Enfin, s'agissant des documents dont dispose l'État ou une personne morale de droit public, il est nécessaire de « *s'assurer que la destruction est faite selon le calendrier de conservation établi conformément à la Loi sur les archives (L.R.Q., chapitre A-21.1)* ».

[317] L'article 21 de la loi sur les technologies de l'information trouve application dans le cas où un document technologique fait l'objet d'une modification pendant sa durée de conservation. Une telle modification du document est autorisée à condition que la personne chargée d'effectuer cette tâche remplisse un formulaire contenant différentes informations quant à l'identité de l'auteur de la modification, la date à laquelle elle a été réalisée ainsi que la raison pour laquelle elle a été opérée. Dans le cas de figure où ces exigences de formes n'ont pas été respectées, la modification sera présumée être une altération du document technologique lui faisant perdre ainsi sa valeur juridique. Notons enfin que les renseignements relatifs à la modification font partie intégrante du document peu importe qu'il figurent ou non sur le même document.

[318] En ce qui concerne les prestataires de services agissant au titre de tiers archiveurs, leur régime de responsabilité est prévu aux articles 22 et 26 de la loi. Ces articles feront l'objet de plus amples développements plus loin dans le présent travail lorsqu'il sera sujet de la responsabilité des tiers archiveurs.

[319] Avant d'analyser spécifiquement le régime de responsabilité des tiers archiveurs, encore faut-il les identifier et décrire leur rôle (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Régime juridique des tiers archiveurs

[320] Le recours à un tiers prestataire de service afin de répondre aux problèmes juridiques liés à la conservation des documents faisant appel aux technologies de l'information semble constituer une solution appropriée. Comme nous l'avons constaté dans les précédents développements, les techniques d'archivage peuvent être relativement complexes et nécessiter un savoir faire et des qualifications particulières. Outre son expertise en matière d'archivage, l'intervention d'une tierce partie contribuera à instaurer la confiance quant à la fiabilité et la « *véracité des enregistrements*

informatiques conservés, certes au premier chef pour le compte d'un client contre rémunération, mais aussi au service de l'intérêt général »³⁹⁰. La nécessité de recourir à un tiers archiveur se justifie d'autant plus que toute personne³⁹¹ impliquée dans une quelconque relation juridique a intérêt à ce que le document qu'elle veut faire valoir n'ait pas été altéré ou modifié de quelque façon que ce soit durant tout son cycle de vie.

[321] Étant une profession encore peu connue du grand public et relativement peu encadrée par la loi, il semble nécessaire tout d'abord d'expliquer en quoi consiste cette profession de tiers archiveur (I), puis de déterminer son rôle et ses obligations (II). Il sera utile enfin d'analyser quel régime de responsabilités est applicable à l'égard de ce genre de professionnels (III).

I- La profession de tiers archiveur

[322] Bien qu'un certain nombre de législations fassent référence à l'intervention d'un tiers prestataire de service en matière de conservation des documents, aucune définition claire de ce nouveau genre de profession ne semble véritablement avoir été donnée. Même la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique qui constitue l'une des plus intéressantes réalisations législatives au niveau international ne définit pas clairement dans son article 10 § 3 ce qu'elle entend par « *recours aux services d'une autre personne* »³⁹² afin de satisfaire l'exigence de conservation de certains documents, enregistrements ou informations.

³⁹⁰ É. A. CAPRIOLI, « *Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation* », loc. cit., note 307.

³⁹¹ On entend par toute personne à la fois les personnes physiques ou morales, les contractants, les agents de l'État, les avocats, etc.

³⁹² L'article 10 de la loi-type de la C.N.U.D.C.I. sur le commerce électronique relatif à la conservation des messages de données dispose : « *I. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes :*

a) L'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement; b) Le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, envoyées ou reçues; c) Les informations qui permettent de déterminer l'origine et la

[323] Au niveau de la doctrine, plusieurs auteurs ont tenté de définir précisément le terme « tiers archiver » dont notamment le professeur Caprioli qui entend par tiers archiver « *une entité chargée par des utilisateurs (entreprises ou personnes physiques) ou leurs mandataires (centre de gestion agréé, expert-comptable) de recevoir, de conserver et d'assurer la gestion des enregistrements électroniques* »³⁹³. Au même titre qu'un archiviste traditionnel, le tiers archiver, après avoir reçu les documents électroniques, agit en tant que conservateur et gestionnaire de l'information. Il gère l'information reçue conformément aux directives de son client (également appelé « *donneur d'ordre* »). Selon Éric Caprioli, il est souhaitable que le tiers archiver s'engage à respecter un cahier des charges ou un audit technique afin de déterminer s'il a la capacité et les moyens matériels de réaliser sa mission, celle-ci est d'ailleurs définie par un contrat de prestation de services.

II- Fonctions et obligations du tiers archiver

[324] Bien que l'organisation de la profession du tiers archiver ne soit pas rigide et puisse donc différer en fonction des exigences du donneur d'ordre et du système informatique dont dispose le tiers, il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de fonctions (A) et d'obligations (B) communes à tous les tiers archiveurs peuvent être mentionnées.

destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas aux informations qui n'ont d'autre objet que de permettre l'envoi ou la réception du message de données.

3. L'exigence visée au paragraphe 1 ci-dessus peut être satisfaite par recours aux services d'une autre personne, sous réserve que soient remplies les conditions fixées aux alinéas a, b et c de ce paragraphe. ».
(nos soulignés).

³⁹³ É. A. CAPRIOLI, « *Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation* », loc. cit., note 307.

A- Fonctions du tiers archiveur

[325] Parmi les principales fonctions assurées par le tiers archiveur, mentionnons tout d'abord la réception et la gestion de l'information. En effet, le tiers reçoit des documents en format numérique qu'il doit par la suite gérer suivant les directives et durant les délais de conservation précisés par son client.

[326] Le tiers doit également mettre en place un contrôle de l'intégrité de chaque ensemble de fichiers reçus. Selon le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables français, le tiers a pour fonction de gérer « *un chiffre-clé de contrôle d'intégrité attaché à chaque fichier émis ; le calcul du chiffre-clé et son contrôle doivent être effectifs à chaque manipulation du fichier (réception du fichier, régénération des supports magnétiques, transferts sur cédérom, etc...)* »³⁹⁴.

[327] Enfin, le tiers assure la tenue et la conservation d'une liste énumérant les différentes informations reçues. Cette liste doit être sauvegardée durant tout le délai de conservation fixé par le donneur d'ordre et comporter au moins les informations suivantes : date d'édition de la liste, version du logiciel utilisé, date et heure d'émission du document électronique, la taille du document, identification du propriétaire du document, numéro de réception, la date de création du document par le donneur d'ordre. Selon l'ordre des experts-comptables, cette liste récapitulative caractérisée par sa précision et sa clarté doit notamment indiquer les anomalies survenues lors de chaque transmission ainsi que les dates de destruction ou de restitution des documents électroniques.

B- Obligations du tiers archiveur

[328] Sur le plan juridique, le contrat liant le tiers archiveur au donneur d'ordre relève des contrats d'entreprise (louage d'ouvrage) mais la technique du mandat pourrait également trouver application dans ce type de relations contractuelles. Dans le cadre de son contrat, le tiers doit respecter un certain nombre d'obligations tant au niveau contractuel qu'au niveau matériel. Tout d'abord, au niveau contractuel, compte tenu de

³⁹⁴ Ordre des experts-comptables, *L'archivage électronique*, Paris, Expert-comptable Média, 1999.

la nature des activités exercées, il semble indispensable que le tiers respecte le secret des informations reçues, enregistrées puis conservées. Autrement dit, pendant la durée de son engagement et postérieurement à sa résiliation, le tiers ne pourra adresser les documents reçus qu'aux seuls destinataires prévus au contrat, sauf exceptions de nature légale. Outre cette obligation au respect du secret professionnel, le tiers est également tenu de conseiller ses clients notamment quant aux délais de conservation des documents émis.

[329] Au niveau matériel, le tiers doit entre autre disposer d'une capacité de stockage suffisante afin d'assurer la prise en charge des documents électroniques. Il doit également mettre en place des normes minimales de sécurité et effectuer des contrôles adaptés de manière fréquente. Il est aussi tenu d'assurer la protection des données personnelles collectées pour l'enregistrement des entités ayant recours à ses services. À la fin de son mandat, il doit enfin restituer les documents au donneur d'ordre sous la forme prévue par le contrat.

III- Le régime de responsabilité du tiers archiveur

[330] À défaut de pouvoir étudier de manière exhaustive le régime de responsabilité du tiers archiveur dans le présent paragraphe, nous nous limiterons à énumérer dans un premier temps les hypothèses susceptibles d'engager la responsabilité du tiers (A), puis nous analyserons dans un deuxième temps le régime de responsabilité tel que prévu par la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information (B).

A- Les cas susceptibles d'engager la responsabilité du tiers archiveur

[331] Tout d'abord, il y a lieu de mentionner que notre étude ne consiste pas à tenter de répertorier toutes les hypothèses pouvant entraîner la responsabilité du tiers dans la mesure où celles-ci peuvent varier considérablement en fonction des clauses prévues au contrat entre le donneur d'ordre et le tiers. L'objectif dans le présent travail se limite à énumérer de manière générale les principaux cas de responsabilité.

[332] Le tiers est bien évidemment responsable du respect de ses engagements contractuels vis-à-vis de son donneur d'ordre. En d'autres termes, il est tenu des préjudices causés au donneur d'ordre en cas d'inexécution du contrat ainsi que des préjudices causés par son personnel dans le cadre des prestations de services prévues au contrat. Il est également responsable de l'intégrité des données qu'il délivre et manipule ainsi que de la lisibilité future des supports technologiques utilisées. Il est tenu d'informer le donneur d'ordre de toute évolution technique susceptible de modifier le mode de conservation des documents électroniques. Enfin, le tiers archiveur est tenu de tout manquement à son obligation de conseil vis-à-vis de ses clients et de confidentialité quant aux informations transmises par son donneur d'ordre.

B- Le régime de responsabilité du tiers archiveur en vertu de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information

1- Analyse de l'article 22

[333] La Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information prévoit à son article 22 que :

«Le prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication n'est pas responsable des activités accomplies par l'utilisateur du service au moyen des documents remis par ce dernier ou à la demande de celui-ci.

Cependant, il peut engager sa responsabilité, notamment s'il a de fait connaissance que les documents conservés servent à la réalisation d'une activité à caractère illicite ou s'il a connaissance de circonstances qui la rendent apparente et qu'il n'agit pas promptement pour rendre l'accès au document impossible ou pour autrement empêcher la poursuite de cette activité [...] ».

[334] Cet article concerne spécifiquement le « *prestataire de services qui agit à titre d'intermédiaire pour offrir des services de conservation de documents technologiques sur un réseau de communication* »³⁹⁵, c'est à dire l'hébergeur sur un réseau de communication, et donc pas véritablement le tiers archiveur tel que nous l'avons décrit jusqu'à présent. L'hébergeur est un prestataire de services qui loue un espace sur son

³⁹⁵ Article 22 alinéa 1, nous avons souligné un réseau de communication.

serveur à un usager afin que ce dernier puisse y conserver ses documents ou effectuer d'autres activités³⁹⁶. En outre, l'hébergeur au même titre que le tiers archiveur peut jouer un rôle de conservation des documents technologiques. En ce sens, il est tout à fait envisageable qu'un tiers archiveur exerce aussi les activités de l'hébergeur. Ainsi, cet article 22³⁹⁷ pose dans son premier alinéa une règle de principe selon laquelle l'hébergeur n'est pas responsable des activités accomplies par les utilisateurs des documents qu'il a mis à leur disposition. Cependant, il existe une exception à ce principe de non-responsabilité de l'hébergeur³⁹⁸. Cette exception comporte une double condition. Dans un premier temps, l'hébergeur engage sa responsabilité à partir du moment où il a pris connaissance que les documents qu'il conserve servent à la réalisation d'une activité illicite ou de circonstances qui rendent apparente une activité illicite. Dans un deuxième temps, l'hébergeur est tenu d'agir promptement afin d'interdire l'accès aux documents en question ou d'empêcher la poursuite de cette activité.

[335] A propos de cet article, le professeur Trudel mentionne à juste titre que l'hébergeur s'identifie au bibliothécaire dans la mesure où ni l'un ni l'autre ne semble en mesure de contrôler toute l'information mise à la disposition du public³⁹⁹. En effet, il serait inconcevable d'exiger qu'ils prennent connaissance de l'intégralité du contenu de leur collection⁴⁰⁰. De plus, la réalisation d'une telle tâche s'avérerait difficile voire impossible à accomplir⁴⁰¹. Cependant, comme le mentionne le professeur Trudel « *on reconnaît que le bibliothécaire a l'obligation de retirer les informations dont il a été informé du caractère délictueux. S'il ne le fait pas, il peut être tenu responsable des dommages qui en résultent.* ».

³⁹⁶ Alain STROWEL et Nicolas IDE, « Responsabilités des intermédiaires : actualités législatives et jurisprudentielles », (2000) *Droit et Nouvelles Technologies*, disponible à : http://proto.droit.be/dossiers/responsabilite_intermediaires_actualites_jsp_et_legislatives.pdf.

³⁹⁷ Mentionnons que cet article ainsi que toutes les autres règles de la Loi concernant la responsabilité civile ne viennent pas abrogées mais plutôt complétées les principes généraux de l'article 1457 du C.c.Q.

³⁹⁸ L'exception au principe de non responsabilité de l'hébergeur est prévue à l'article 22 alinéa 2.

³⁹⁹ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, art. 22.

⁴⁰⁰ Karim BENYEKHLEF, « Quelques pistes de réflexions sur la liberté d'expression dans les réseaux électroniques de communication », (1994) 23 *ARGUS* 32 ; voir également : *Cubby v. Compuserve*, (1991) 776 F. Supp. 135.

⁴⁰¹ Trotter HARDY, « The Proper Legal Regime For Cyberspace », (1994) 55 *University of Pittsburgh Law Review* 1003. En effet, Trotter Hardy mentionne : “[a] [...] rationale for the rule is practicality : bookstores carry thousands of titles, each hundreds of pages long, and most of them are not digitized. It is impractical for a bookstore to review every page of every book it carries”.

[336] Ainsi, dès que l'hébergeur est informé de la présence d'un document illicite dans sa collection, il est tenu d'agir promptement. Dans le même ordre d'idée, le professeur Trudel faisait remarquer que l'hébergeur avait l'obligation d'agir avec diligence⁴⁰². Ce devoir de diligence suppose qu'il retire sans délai le document concerné afin de procéder à certaines vérifications.

[337] L'analogie entre l'hébergeur et le bibliothécaire semble intéressante et particulièrement convaincante cependant il y a lieu de noter que l'hébergeur, à la différence du bibliothécaire, a la possibilité de procéder à certaines vérifications des documents circulant dans le réseau grâce à des programmes de repérage⁴⁰³.

[338] S'agissant du degré de connaissance de l'activité illicite afin d'engager la responsabilité de l'hébergeur, il existe des opinions divergentes. D'ailleurs, la détermination de ce degré de connaissance constitue véritablement l'élément primordial afin de délimiter la responsabilité ou non de l'hébergeur⁴⁰⁴.

2- Article 26 de la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information

[339] À la différence de l'article 22 de la loi, l'article 26 semble mieux approprié à la définition que nous avons précédemment donnée du tiers archiveur. En effet, l'alinéa premier de l'article 26 dispose : « *Quiconque confie un document technologique à un prestataire de services pour qu'il en assure la garde est, au préalable, tenu d'informer le prestataire quant à la protection que requiert le document en ce qui a trait à la confidentialité de l'information et quant aux personnes qui sont habilitées à en prendre connaissance.* » (nos soulignés). Ainsi, le propriétaire d'un document technologique peut le confier à une tierce personne chargée d'en assurer la garde. Autrement dit, le prestataire de services dont on fait référence à l'article 26 est une entité chargée de conserver et d'assurer la sécurité et l'intégrité du document.

⁴⁰² Pierre TRUDEL, *Les autoroutes électroniques : usages, droit et promesses*, « La protection des droits et valeurs dans la gestion des réseaux ouverts », Montréal, Éditions Yvon Blais Inc., 1995, p. 313.

⁴⁰³ François THEMENS, *Internet et la responsabilité civile*, Montréal, Collection Minerve sous la direction de Jean-Louis Baudouin, les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, p. 94.

⁴⁰⁴ Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), op. cit., note 136, art. 22. Voir également : A. STROWEL et N. IDE, loc. cit., note 396.

L'article 26 de la loi impose un certain nombre d'obligations tant à l'égard du propriétaire du document qu'à l'égard du prestataire de services (le tiers archiveur). S'agissant du propriétaire du document, celui-ci est tenu d'indiquer au prestataire lorsqu'il lui transmet le document le niveau de protection requis afin d'en assurer adéquatement la garde. Autrement dit, le propriétaire du document est tenu d'indiquer précisément quelles sont les mesures que doit prendre le prestataire quant à la confidentialité de l'information et quelles sont les personnes autorisées à consulter le document. L'alinéa 2 de l'article 26⁴⁰⁵ impose également des obligations au prestataire de services. Pendant toute la durée de conservation du document par le prestataire de services, celui-ci est essentiellement tenu d'assurer quatre tâches : tout d'abord de garantir la sécurité du document, puis de préserver son intégrité, veiller aussi à ce que sa confidentialité soit protégée et que sa consultation soit limitée aux seules personnes autorisées. Enfin, le prestataire se doit également de tenir compte des autres obligations prévues par la loi relativement à la conservation des documents⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ En vertu de l'alinéa 2 de l'article 26 de la loi : « *Le prestataire de services est tenu, durant la période où il a la garde du document, de voir à ce que les moyens technologiques convenus soient mis en place pour en assurer la sécurité, en préserver l'intégrité et le cas échéant, en protéger la confidentialité et en interdire l'accès à toute personne qui n'est pas habilitée à en prendre connaissance. Il doit de même assurer le respect de toute autre obligation prévue par la loi relativement à la conservation du document* ».

⁴⁰⁶ Il s'agit des dispositions que nous avons mentionnées précédemment dans notre paragraphe intitulé « Le respect des règles fixées par la loi ».

Conclusion

[340] À titre de conclusion, force est de constater que nous assistons inéluctablement au passage à une société de l'information basée sur l'efficacité et la rapidité des communications. Les technologies de l'information ont également permis une « accélération du processus d'émancipation » de l'écrit faisant appel à l'électronique ou à tout autre technologie. La majorité des États s'accordent à l'heure actuelle pour lui reconnaître une valeur juridique et admettent que le fait qu'un document se présente entre autres sous forme électronique ne lui fait pas perdre pour autant sa qualité d'écrit. On peut d'ailleurs se féliciter que cette idée soit concrétisée au sein de législations particulières notamment en France et au Québec. Tel que nous avons pu le constater, il est intéressant d'observer que les lois française et québécoise ont abordé la problématique de la notion de l'« écrit » dans la société de l'information de manière relativement comparable. En résumé, les législateurs français et québécois ont tenté de montrer que la notion de l'écrit ne disparaît pas du seul de l'arrivée des nouvelles technologies de l'information et du phénomène de la dématérialisation des supports. Bien au contraire, cette notion de l'écrit doit être appréhendée de manière nouvelle notamment en reconnaissant que l'écrit est composé de deux éléments, de l'information et un support, et qu'il est possible à l'heure actuelle de dissocier ces deux éléments. Il est évident que technologiquement cette dissociation entre l'information et son support constitue un progrès considérable facilitant et favorisant les domaines de la communication et de l'échange de l'information. Ceci étant, ce progrès s'accompagne de certains risques notamment liés à la sécurité des échanges dans la société de l'information. Face à cette « nouvelle réalité technologique », le droit se devait de réagir, après tout, l'une des principales finalités du droit n'est-elle pas d'assurer la sécurité juridique⁴⁰⁷ face à des phénomènes de société nouveaux? Les lois française et

⁴⁰⁷ Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, éd. Sirey, 1946, p.269; Michel FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », (1996) n° spécial *A.J.D.A.*, p.178.

québécoise sur les technologies de l'information semblent avoir dissipé plusieurs craintes quant aux enjeux au niveau juridique de cette « nouvelle réalité technologique ». En effet, malgré la difficulté de légiférer dans un domaine aussi délicat que celui des nouvelles technologies de l'information, ces lois ont le mérite d'adapter certains paradigmes du droit et surtout de définir certains concepts en tenant compte précisément des spécificités inhérentes à ce domaine en perpétuelle mutation. Parmi ces spécificités, mentionnons entre autres la volonté des législateurs français et québécois de garder une certaine neutralité technologique dans la définition de l'« écrit » ou encore le caractère « hybride » de la loi québécoise rédigée autant dans un langage juridique que technologique.

[341] À travers notre deuxième partie, il a été démontré que les règles traditionnelles de preuve des codes civils français et québécois ne permettaient qu'une reconnaissance imparfaite ou partielle du document électronique comme moyen de preuve. Au niveau probatoire, les lois française et québécoise sur les technologies de l'information ont permis de faire entrer le document électronique dans le système probatoire traditionnel sans lui attribuer une place particulière, plus importante ou moins importante que les autres modes de preuve. Selon nous, il aurait été néfaste de dresser deux systèmes probatoires l'un contre l'autre, l'un jugé ancien et l'autre moderne, même si force est de constater que nous assistons à une sorte de « dédoublement de l'écrit juridique »⁴⁰⁸. Seul l'avenir nous montrera, notamment à travers la jurisprudence, de quelles manières les moyens de preuve traditionnel et électronique cohabiteront dans ce nouvel « univers juridique ».

[342] Dans cette deuxième partie, l'accent a également été mis sur la nécessité de prendre en considération les enjeux liés à l'archivage des documents faisant appel aux technologies de l'information. Les changements technologiques tant au niveau des formats de documents, des supports que des interfaces utilisateurs pour l'accès

⁴⁰⁸ Pierre-Yves GAUTIER, « Révolution Internet : le dédoublement de l'écrit juridique », (2000) *Dalloz* 12.

présentent des cycles de plus en plus courts⁴⁰⁹. Par conséquent, il est nécessaire que l'ensemble des informations à conserver, à savoir la totalité des composants permettant de présenter le document concerné et de témoigner de son authenticité, puisse migrer d'une technologie vers une autre. Il est également important de garder la trace de ces migrations en tout temps. Selon nous, un certain nombre de principes doivent régir le processus de migration. Tout d'abord, il semble nécessaire d'effectuer une phase de préparation et de tests des nouveaux supports avant de réaliser l'opération de migration. En outre, plusieurs informations concernant le dispositif de migration doivent être conservées notamment les informations relatives au format et au support d'origine, à la méthode et aux outils utilisés pour effectuer la migration, la liste des documents migrés ainsi que le résultat des tests. Autrement dit, face aux incertitudes de la société de l'information, l'administration de la preuve suppose nécessairement que les entreprises, les administrations voire même les particuliers mettent en œuvre des structures permettant de gérer les risques juridiques liés à l'utilisation de documents faisant appel aux technologies de l'information. À l'instar de cette société de l'information en perpétuelle évolution, le droit de la preuve n'avait pas d'autre choix que d'évoluer, de se moderniser au risque même de se complexifier. D'ailleurs, de ce point de vue, la déclaration qu'avait fait le légiste français Jaubert au Tribunal, en pluviose an XII, afin de présenter le chapitre sur la preuve mérite encore d'être utilement citée à l'ère du numérique :

« Si tous les hommes étaient justes et sincères, on n'aurait pas besoin sans doute de tant de règles. Mais outre que l'expérience n'a que trop appris tout ce qu'on doit redouter du vice et de la faiblesse, ce qui seul justifierait les mesures que la loi prend pour constater les conventions, nous devons aussi reconnaître que les hommes se succédant sur la terre et les obligations se transmettant d'âge en âge, il est indispensable de fixer les formes qui seules peuvent faire retrouver les traces des obligations et des preuves de la libération »⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ AGENCE POUR LES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION DANS L'ADMINISTRATION (ATICA), *Guide pour la conservation des informations et des documents numériques*, (2002), disponible à : <http://www.atica.pm.gouv.fr/servicesenligne/conservation.shtml>

⁴¹⁰ Citation tirée de la Collection Locré, Bibliothèque de l'Assemblée Nationale, Paris, t. XII, p. 505.

BIBLIOGRAPHIE**TABLE DE LA LEGISLATION**Textes québécois

Code civil du Bas-Canada, Wilson & Lafleur Ltée, 1993

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.Q., 2001, c. 32

Loi sur les archives, L.R.Q., c. A-21.1

Loi sur les compagnies au Québec, L.R.Q., 1981, c. C-38

Loi sur le courtage immobilier, L.R.Q., c. C-73-1

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.Q., 2001, c. P-39.1

Loi sur le recouvrement de certaines créances, L.R.Q., c. R-2.2

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., 1983, c. V-1.1

Projet de loi n° 139 révisant la loi sur le notariat, Assemblée Nationale, Première session, Trente-sixième législature, Chapitre 44, 23 novembre 2000

Règlement sur les valeurs mobilières, 1983, 115 G.O. II, 1511

Textes français

Code civil Français

Code de propriété intellectuelle, Journal officiel de la République française : Commission supérieure de codification, Paris, 1996

Code pénal, Loi n° 92-863, 22 juillet 1992, J.O. du 23 juillet 1992

La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information

© Stéphane Caïdi-2002

Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, publié au J.O. n° 77 du 31 mars 2001, p. 5070

Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, J.O. du 10 juillet 1975

Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives, Assemblée Nationale, J.O. du 5 janvier 1979

Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, J.O. du 13 juillet 1980

Loi n° 2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. du 14 mars 2000, art. 1^{er}, III, introduisant dans le nouveau Code civil le nouvel article 1316-1

Loi n° 2000-321 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, Assemblée Nationale, 12 avril 2000, J.O. du 13 avril 2000

Loi de Finances rectificative, 1990, n°90-1169, J.O. du 30 décembre 1990, p.16469

Loi n° 90-1170 sur la réglementation des télécommunications, J.O. du 29 décembre 1990

Projet de loi n° 3143 sur la société de l'information, présenté à l'Assemblée Nationale Française, 14 juin 2000

Textes internationaux et européens

Convention des Nations Unis sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée le 11 avril 1980, Secrétaire général des Nations Unis, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, Vienne, disponible à : <http://www.uncitral.org/french/texts/sales/CISG-f.htm>

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, J.O.C.E. n° L 171 du 17 juillet 1999.

Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J.O.C.E. n° L 013, 19 janvier 2000, p.0012-0020, disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_013/l_01320000119fr00120020.pdf

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), J.O.C.E. n° L178 du 17/07/2000 p.0001-0016, disponible à http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717fr00010016.pdf

Loi luxembourgeoise du 14 août 2000 relative au commerce électronique, Memorial J.O. du Grand-Duché du Luxembourg, A-96, 8 septembre 2000. Loi disponible à : <http://www.etat.lu/EC/lois/comelec.pdf>

Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation, Rés. AG 51/162, Doc. Off. AG NU, 51^e session, Doc. NU A/RES/51/162, 1996 (avec article 5bis tel qu'ajouté en 1998), disponible à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 85/611/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, J.O.C.E. n° C311 E du 31 octobre 2000.

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'intermédiation en assurance, J.O.C.E., n° C29 E du 30 janvier 2001.

Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, J.O.C.E. n° C117 E du 27 juin 2000.

DOCTRINEMonographies et recueils

BASTIEN, H., *Droit des archives*, Paris, La Documentation Française, 1996.

BASQUIAT, J.-P., *Les administrations et les autoroutes de l'information. Vers la cyberadministration : stratégies et pratiques*, Paris, Les Éditions d'organisation, 1996.

BAUDRY-LANCANTINERIE, G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, T. IV., Obligations, R.G.L.A., 1905.

BENSOUSSAN, A., *L'archivage électronique de documents*, Guide juridique Alain Bensoussan, Hermès, 1992.

BIEGEL, S., *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, MIT Press, 2001.

BONNIER, E., *Traité théorique et pratique des preuves*, 4^e édition, Tome II, 1996.

BRUSCHI, M., *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Paris, Economica, 1997.

BUQUET, A., *La signature, du sceau à la clé numérique : histoire, expertise, interprétation*, Édition Service Gutenberg XXI^e siècle, 2000.

CHAMOUX, F., *La preuve dans les affaires, de l'écrit au microfilm*, Paris, Librairies techniques, 1979.

CHAMOUX, F. et M. BOUGON, *Le problème de la valeur légale des microformes*, Paris, Encyclopédie, CIMAB, 1980.

CHAMPIGNY, F., *Informatique et preuve en droit civil québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988.

CHAMPIGNY, F., *L'inscription informatisée en droit de la preuve québécois*, dans *Développements récents en preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Paris, 8^e édition, PUF, 2000.

DAURIAC, I., *La signature*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 1997.

DE BOÛART, A., *Manuel de Diplomatie Française et pontificale*, Paris, tome II : L'acte privé, 1948.

DE LAMBERTERIE, I., *La valeur probatoire des documents informatiques*, Probat, 1990.

DE LAMBERTERIE, I. (dir.), *Les actes authentiques électroniques, réflexion juridique prospective*, Paris, Perspective sur la Justice, Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation Française, 2002.

DE PAGE, H., *Traité*, tome III, 3^e édition, n° 832.

DUCHARME, L., *Précis de la preuve*, Montréal, 5^e Édition, Wilson et Lafleur, 1996.

DUNBERRY, É., *La preuve et l'archivage des documents électroniques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000.

GATHAN, A., *Electronic Evidence*, Toronto, Carswell, 1999.

GAUTRAIS, V., *La formation et la preuve des contrats par télécopieur*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université de Montréal, 1993.

GAUTRAIS, V. (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Les éditions Thémis, 2002.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil, introduction générale*, Paris, 4^e édition, L.G.D.J., 1994.

GOULARD, C., *La conservation des microformes*, Centre de documentation scientifique et technique, Paris, C.N.R.S., 1983.

GOULARD, C., *La réalisation des microformes de première génération*, Centre d'information du matériel, Paris, 1978.

GOULARD, C. et D. LEJAIS, *Microfilms et microfiches*, Paris, Éditions Hommes et techniques, 1985.

HAROLD, E. R. et W.S. MEANS, *XML in a nutshell*, O'Reilly, 2^e édition, 2002.

HOELGEN, D., *Les marchands de l'Internet*, éd. du Téléphone, 1996.

LEGEAIS, R., *Les règles de preuve en droit civil. Permanences et transformation*, Poitiers, thèse de doctorat, 1954.

LESSIG, L., *The future of ideas, the fate of the commons in a connected world*, New York, Random, 2001.

LÉVY-BRUHL, H., *La preuve judiciaire*, Paris, Étude de sociologie juridique, Éditions Marcel Rivière et Cie, 1963.

LINANT DE BELLEFONDS, X. et A. HOLLANDE, *Droit de l'informatique et de la télématique*, 2^e éd., Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1990.

LINANT DE BELLEFONDS, X. et A. HOLLANDE, *Pratique du droit de l'informatique*, Paris, 4^e édition, Delmas, 1998.

MACKAAY, E., *Les incertitudes du droit*, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Centre de recherche en Droit Public, Les Éditions Thémis, 1999.

MALAURIE, A. et L. AYNÈS, *Droit civil: Les obligations*, 8^e édition, Éditions Cujas, 1998.

MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec: les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

MAZEAUD, H., *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du Code civil*, Lyon, thèse de doctorat, 1921.

MERCIER, P.A., F. PLASSARD et V. SCARDIGLI, *Société digitale : Les nouvelles technologies au futur du quotidien*, Paris, Éd. du Seuil, 1984.

Ordre des experts-comptables, *L'archivage électronique*, Paris, Expert-comptable Média, 1999.

PARISIEN, S., G. LEFEBVRE et P. TRUDEL, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Les publications du Québec, 1993.

PARISIEN, S., P. TRUDEL et V. WATTIEZ-LAROSE, *La conservation des documents électroniques : les phases post-transactionnelles du commerce électronique*, Faculté de droit de l'université de Montréal, Centre de recherche en droit public, Montréal, 1998.

TAB, DATAFILE, *Records Retention, Statutes and Regulations*, vol. 3, Ontario, Carswell, 1999.

RELIER, Y., *Le microfilm*, Paris, Presses Universitaires de France, 1966.

RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, 2^e éd., 1955, L.G.D.J., réimpression en 1994.

ROBERT, H., *La preuve dans les télécommunications*, Mémoire de DESS Droit du numérique et des nouvelles techniques, 2000, disponible à http://www.ifrance.com/droitntic/Memoire_Robert.htm

ROUBIER, P., *Théorie générale du droit*, éd. Sirey, 1946.

ROYER, J.-C., *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.

SAFFADY, W. et D. COSTIGAN, *Micrographic Systems*, Silver Spring, MD : Association for Information and Image Management, 3^e édition, 1990.

SUMMERS, K.M., *Automatic discovery of logical document structure*, Thèse de doctorat, Cornell University, 1998.

TERRÉ, J., *Le microfilm et ses applications*, Société Nationale Industrielle Aérospatiale, Paris, édition SoDipe, 1978.

TERROU, F., *L'information*, Paris, Collection Que sais-je? Presses universitaires de France, 1962.

THOMAS, M., *De l'origine des actes sous seing privé*, thèse de doctorat, 1920.

TOURTELIER, F., *L'écriture dans le testament olographe*, Rennes, thèse de doctorat, 1934.

TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, *Le droit du cyberspace*, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Centre de recherche en droit public, Les Éditions Thémis, 1997.

VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991.

VERON, M., *Droit pénal spécial*, Paris, Masson, 5^e éd., 1996.

WRIGHT, B. et J. WINN, *The Law of Electronic Commerce*, New York, 3rd ed., Aspen Law & Business, 1999.

Articles spécialisés

AMORY, B. et M. SCHAUSS, « La formation des contrats par des moyens électroniques », (1987) *R.I.D. et T.*

ANTOINE, M., M. ELOY et J.-F. BRAKELAND, « Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents sur ordinateur », (1989) *C.R.I.D.*, Namur.

ANTOINE, M., M. ELOY et J.-F. BRAKELAND, « Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information », (1992) *Story scientia et C.R.I.D.*, Namur.

ANTOINE, M. et D. GOBERT, « La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? », (2000) *C.R.I.D.*, Droit & Nouvelles Technologies.

AZZABI, S., « Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000 », article disponible sur le site Signelec.com à l'adresse suivante :
http://www.signelec.com/content/se/articles/sofian_azzabi_nouveau_regime_probatoire_francais_html

BARBRY, É., « Le droit du commerce électronique : de la protection ... à la confiance », (1998) *Droit de l'informatique et des télécoms*.

BENYEKHEF, K., « Les transactions dématérialisées sur les voies électroniques : Panorama des questions juridiques », article disponible à
<http://www.lexum.umontreal.ca/fr/equipes/technologie/conferences/ae/benyekhlef.html>

BIBENT, M., « La signature électronique », Jusdata, *Équipe de Recherche Informatique et Droit*, Université de Montpellier I, article disponible à :
<http://www.jusdata.info/fr/pointsur/10102001.html>

BRADFORD, B.C., « Legislating Market Winners : Digital Signatures Laws and the Electronic Commerce Marketplace », (1997) *San Diego Law Review*.

BLANCHETTE, J.-F., « Les technologies de l'écrit électronique : synthèse et évaluation critique », (2001) *Centre d'études sur la coopération juridique internationale*, Centre national de la recherche scientifique, article disponible à :
<http://www.rpi.edu/~blanc/review.pdf>

BORGMAN, C., « Workshop on the social aspects of digital libraries », (1996) *Report to the National Science Foundation of the UCLA-NSF*, Los Angeles.

BOURCIER, D., « la dématérialisation des supports du droit », (1998) Bibliothèque nationale de France, disponible à
<http://www.bnf.fr/pages/pedagos/dossisup/usages/4artdb.htm>

BRETON, J. M., *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Intégrité de l'information », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990.

BULLOCK, A., « La conservation de l'information numérique : ses divers aspects et la situation actuelle » (1999) *Flash réseau* n° 60. disponible à : <http://nlc-bnc.ca/pubs/netnotes/fnotes60.htm>

CAPRIOLI, É.A., *Les incertitudes du droit, Montréal*, « Les tiers de confiance dans l'archivage électronique : une institution juridique en voie de formation », Montréal, Les Éditions Thémis, 1999.

CAPRIOLI, É.A., « La dématérialisation de la facture commerciale au regard de sa polyvalence juridique », (1993) *J.C.P. éd. E*, Cahiers de droit de l'entreprise, n°1.

CAPRIOLI, É.A., « Écrit et preuve électronique dans la loi », n°2000-230, (2000) *JCP Edition Entreprise*, cahiers de droit de l'entreprise, n°2, supplément à la semaine n°30.

CAPRIOLI, É.A., « La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne », (2000) *J.C.P.*, n° 18, 787.

CAPRIOLI, É.A., « Le juge et la preuve électronique », *Juriscom.net*, 10 janvier 2000, texte présenté au colloque de Strasbourg, « Le commerce électronique : vers un nouveau droit », 8-9 octobre 1999, disponible à : <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm>

CAPRIOLI, É.A. et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », (1997) *J.D.I.*, 3.

CATALA, P., *Mélanges Cabrillac*, « Écriture électronique et actes juridiques », Paris, Dalloz, 1999.

CATALA, P., *Entretiens de Nanterre*, « Informatique et droit de la preuve », Parques, Travaux de l'A.F.D.I., 1982.

CATALA, P. et P.-Y. GAUTIER, « L'audace technologique de la Cour de Cassation », (1998) *J.C.P.*, éd. E.

CHARBONNEAU, C., « Le droit de la preuve est un totem moderne (le commerce électronique) », (1999) *Gazette du Palais*, n°91-92 2.

CHAMOUX, F., « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve », (1980) *JCP éd. G, I*, n° 3008.

COUPET, L., « Testaments », *J. Cl. civ.*, art., 970, fasc., 1, n° 60.

CURRAS, E., « Information as the Fourth Vital Element and its Influence on the Culture of Peoples », (1987) 13 *Journal of Information Science*.

DAVIO, E., « Preuve et certification sur Internet », (1997) *Revue Droit Com. (Belge)*, n° 11 660.

DE LAMBERTERIE, I., « L'acte authentique sur support électronique », Annotations en vue de la préparation des décrets d'application de la loi n°2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, disponible à <http://www.gip-recherche-justice.fr/actualite/preuve.htm>

DE LAMBERTERIE, I., *Mélanges Denis Tallon, D'ici, d'ailleurs : Harmonisation et dynamique du droit*, « L'écrit dans la société de l'information », Paris, Société de législation comparée, 1999.

DEMOULIN, M., « La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit », (2000) *Revue européenne de droit de la consommation* 361.

DUCHARME, C., « Du CD-ROM à la numérisation : développer les documents numériques en bibliothèque », (1997) *Institut de formation des bibliothécaires*.

DUCHARME, L., « Le nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec. La réforme du Code civil : priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires, Tome 3, Sainte-Foy, (1993) *Presses Universitaires de Laval*.

DUCHARME, L., « Le Nouveau droit de la preuve en matières civiles selon le Code civil du Québec », (1992) *R.G.D.* 5.

DUMON, F., « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », (1978) *J.T.*

DUPLAT, J., conclusions, (1990) C.A. de Versailles D.

FABIEN, C., *Le droit de la communicatque*, « La communicatque et le droit civil de la preuve », Montréal, Éditions Thémis, 1992.

FÉLIX, J., « La dématérialisation de l'écrit : une révolution juridique et culturelle » (2001) *revue électronique EDHEC*, disponible à http://legal.edhec.com/Showroom/Articles/Art2_2001.htm

FONTAINE, M., *La preuve*, « La preuve des actes juridiques et des techniques nouvelles », Louvain, Colloque UCL, 1987.

- FROMONT, M., « Le principe de sécurité juridique », (1996) *AJDA* n° spécial.
- GAUDRAT, P., *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990.
- GAUTIER, P.-Y. et X. LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », (2000) *JCP- La Semaine Juridique Édition Générale*, n°24.
- GAUTRAIS, V., *Droit du commerce électronique*, « Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », Montréal, Les éditions Thémis, 2002.
- GAUTRAIS, V., « Preuve et formalisme des contrats électroniques : l'exemple québécois », (1999), *Juriscom.net*, disponible à : <http://www.juriscom.net/uni/doc/19990322.htm>
- GILISSEN, J., *La Preuve, recueils de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, « La preuve en Europe (XVIe-XIXe siècle) », Bruxelles, éd. De la Librairie Encyclopédique, 1965.
- GLENN, P., « Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve », (1980) *40 Revue du Barreau* 827.
- GOBERT, D. et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », (2000) *DA/OR*.
- GOBERT, D. et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », (2000) *Journal des Tribunaux*, Larcier, 120^e année, n° 6000.
- GOUBEAUX, G. et P. BIHR, « verbo Preuve », n° 488, *Encyclopédie Dalloz*.
- HASSLER, T., « Preuve et documents stockés sur disque optique », (1996) *R.J. com*.
- HODGE, G. et B.C. CARROLL, « Digital Electronic Archiving : The State of the Art and the State of the Practice » (1999) *International Council for Scientific and Technical Information, Information Policy Committee* 60, disponible à : http://www.icsti.org/icsti/99ga/digarch99_MainP.pdf
- HOENEN, J.-L. et G. BOUCHON, « Panorama des technologies d'archivage optique : DON, CD-Rom, vidéodisque », (1991) *Collection Informatique et Santé*, Nouvelles technologies et traitement de l'information, Volume 4, disponible à : <http://www.cybermed.jussieu.fr/Broussais/InforMed/InforSante/Volume4/pdf4/4-13.pdf>.

KENNEY, A. R. et O.Y. RIEGER, « Developing a Digital Preservation Strategy for JSTOR », (2000) *RLG DigiNews*, vol. 4, n° 4, disponible à : <http://www.rlg.org/preserv/diginews/diginews4-4.html>

KORNOWSKI, J., « The specter of the CyberNotary : Science fiction or New legal speciality? », (1997) *Los Angeles County Bar Association*, disponible à <http://www.lacba.org/lalawyer/tech/notary.html>

KYER, I., « Computer Record as courtroom Evidence », (1984) *Computer Law*, vol. 1, n°8.

LARRIEU, J., *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Identification et authentification », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990.

LARRIEU, J., « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents requise à des écrits sous seing privé », (1988) *Cahiers Lamy Droit de l'informatique* H (novembre) et I (décembre).

LAWRENCE, G., W. KEHOE, O. RIEGER, W. WALTERS et A. KENNEY, « Risk management of digital information : a file format investigation », (2000) *Council on Library and information Resources*.

LECLERCQ, P., *Une société sans papier ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, « Réflexions sur le droit de la preuve », Paris, Notes et Études documentaires, La Documentation Française, 1990.

LECOCQ, P., VANBRABANT, B., *Le Commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », Liège, Éditions du jeune barreau de Liège, 2001.

LEFEBVRE, G., « La preuve en matière d'échange de documents informatisés », (1995) *74 R. du B.* 619.

LEROY, E., *Authenticité et informatique*, « De la force exécutoire des actes notariés : principes, limites et perspectives », Bruxelles, Kluwer-Bruylant, 2000.

LEVASSEUR, D., « L'enjeu de la gestion documentaire électronique », (1997) *Revue Argus*, vol. 26, n° 3.

LINANT DE BELLEFONDS, X., « L'Internet et la preuve des actes juridiques », (2000) *Expertises*, 225→229.

MARTIN, R., « Le microfilm de 35 mm : réalisation et exploitation », (1981) *Enjeux* n° 18.

MASCRE HEGUY Associés, « La signature électronique et le bouleversement du droit de la preuve », (2000) disponible à : http://www.mascre-heguy.com/htm/fr/publications/pub_200003.htm

MASSE, D., « La preuve des inscriptions informatisées », (1997) *Congrès Annuel du Barreau du Québec*, disponible à : <http://www.masse.org/Cic97bar.htm>

MASSE, D., *Développements récents en droit civil*, « La preuve et l'utilisation du courriel à l'insu de son auteur », Montréal, vol. 143, Éditions Yvon Blais, 2000.

MASSE, G., *Développements récents en preuve et procédure civile*, « Du témoignage apparemment admissible à titre de ouï-dire au ouï-dire apparemment admissible à titre d'écrit », Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996.

MOUGENOT, D., « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », (2000) *Ubiquité*, 121→128.

MOUGENOT, R., « La preuve », (1997) *Répertoire Notarial*, Bruxelles, Larcier 2^e édition.

OUTERBRIDGE, I.W., « The admissibility of Computer-Produced Evidence », (1985) *The Advocate's Society Journal* 113.

PATENAUDE, P., *Développements récents en droit civil*, « Science et techniques en preuve : nécessaire réforme du droit civil, indispensable adaptation du système et des acteurs », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992.

PATENAUDE, P., « Les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve », (1986) 46 *Revue du Barreau*.

PERELMAN, C. et P. FORIERS, *La preuve en droit*, « Classification des preuves dans l'histoire du droit », Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches de logiques, Établissements Émile Bruylant, 1981.

PHILLIPS, M. E., « Ensuring Long-Term Access to Online Publications », (1999) *The Journal of Electronic Publishing*, vol. 4, no 4, disponible à : <http://www.press.umich.edu/jep/04-04/phillips.html>

PONSOT, D., « Valeur juridique des documents conservés sur support photographique ou numérique », (1995) *Documentation Française*, rapport disponible à <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr/BRP/964066700/0000.pdf>

POULLET, Y., « Droit de la preuve : de la liberté aux responsabilités », texte d'une conférence présentée au colloque annuel de 1992 de l'Association québécoise pour le

développement de l'informatique juridique, disponible à <http://www.lexum.umontreal.ca/fr/equipes/technologie/conferences/aqdi/Congres92/POULLET.html>

PRÜM, A., *Mélanges Michel Cabrillac*, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », Paris, Litec, 1999.

REIDENBERG, J. R., « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », (1996) 45 *Emory Law Journal* 911.

REIDENBERG, J. R., « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », présentation au colloque « Les incertitudes du droit? », Faculté de droit, Université de Montréal, 23 mars 1998, disponible à <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/conferences/C60.pdf>

REUTER, N., « La main du testateur », (1976) *J.C.P.* I 2829.

ROBILLARD, Y. et B. SAUVÉ, « La preuve des communications à l'ère électronique... », (2000) disponible sur le site <http://www.avocat.qc.ca/affaires/iitechno.htm>

RUSSELL, Kelly, « CEDARS : Long-term Access and Usability of Digital Resources. The Digital Preservation Conundrum », *Ariadne*, no 18, décembre 1998. <http://www.ariadne.ac.uk/issue18/cedars>

SAVATIER, R., « L'écriture du testament olographe », (1936) *Rép. Gén. Not.* 198.

SÉDALLIAN, V., « Preuve et signature électronique », (2000) [Juriscom.net](http://www.juriscom.net), article présenté lors du séminaire franco-allemand organisé par l'Association Française des Avocats, Conseils d'Entreprises et le Deutscher Anwalt Verein à Nice le 14 et 15 avril 2000. Article disponible à <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm>

SMITH, L.C., « The Evidence Act 1995 (cth) : Should Computer Data Be Presumed Accurate ? », (1996) *Monash University Law Review*, vol. 22, n°1.

THÉVENET, M., « L'infosphère, lieu d'existence de l'objet numérique », 3 octobre 2002, disponible à http://www.boson2x.org/article.php?id_article=50

TROTIER, B., « L'archivage des documents sous forme électronique : aspects pratiques et légaux », (1997) *Congrès du Barreau du Québec*.

TRUDEL, P., « Les mutations du droit à l'âge numérique », juillet 2002, *Revue Droit & Toile*, disponible à <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt1-reflexion.html>

TRUDEL, P., « L'influence d'Internet sur la production du droit », disponible à http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf

VIVANT, M., « Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information », (1999) *Lamy- Droit de l'informatique et des réseaux*, n° 117.

WIGMORE, J.-H., « Evidence in Trials at Common Law », (1999) *Little, Brown & Business*, vol. 1, n° 7 A, Toronto.

WILMS, W., *Mélanges Jean Pardon*, « De la signature au « notaire électronique ». La validation de la communication électronique », Bruxelles, Bruylant, 1996.

Documents et rapports officiels

AGENCE POUR LES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION DANS L'ADMINISTRATION (ATICA), *Guide pour la conservation des informations et des documents numériques*, 2002, disponible à : <http://www.atica.pm.gouv.fr/servicesenligne/conservation.shtml>

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Projet de loi sur la société de l'information n°3143*, enregistré le 14 juin 2001 et disponible à <http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3143.asp>

ASSOCIATION FRANÇAISE DE NORMALISATION, NF Z42-013, *Archivage électronique- Spécifications relatives à la conception et à l'exploitation de systèmes informatiques en vue d'assurer la conservation et l'intégrité des documents stockés dans ces systèmes*, décembre 2001.

ASSOCIATION PREUVE ET MICROGRAPHIE, *Rapport portant intégration des supports et techniques micrographiques aux termes de la loi 2000-230 du 13 mars 2000*, Preuve et Micrographie, Paris, mai 2001.

ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES INFORMATIENS ET INFORMATIENNES DU QUÉBEC, *La loi uniforme sur la preuve électronique*, mémoire présenté à la conférence pour l'harmonisation des lois au Canada par le comité d'évaluation des critères d'expertises de l' Association professionnelle des informaticiens et informaticiennes du Québec, Mai 1997, disponible à <http://www.apiiq.qc.ca/public/communication/appiq/rapports/preuve.html>

BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire concernant la loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, présenté à la Commission de l'Économie et du Travail, 3^e trimestre 2000.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE DU CANADA, Groupe de coordination des collections électroniques. *Politiques et directives relatives aux publications électroniques diffusées en réseau*, octobre 1998.

BUREAU DE NORMALISATION DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, présenté à la Commission de l'économie et du travail de l'Assemblée Nationale, le 15 août 2000.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS (CCIP), *Position de la CCIP en vue de la réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologies*, 2 décembre 1999, disponible à <http://www.ccip.fr/etudes/propos/qjurid/sai9912/sai9912.htm>

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, Montréal, Commission de l'économie et du travail, 2000.

CHANTIER EN INGÉNIERIE, Glossaire de l'ingénierie documentaire, Rapport de synthèse, *La gestion des documents adaptés à l'inforoute gouvernementale*, janvier 1999, c.2, p.6-14.

CHLC, Documents de consultation et comptes rendus de réunions annuelles en matière de preuve électronique disponibles au site <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc>.

CLEYET-MICHAUD, R., C. DHÉRENT et G. ERMISSE, *Remarques de la Direction des Archives de France sur la dématérialisation des actes authentiques*, janvier 2001.

CIRCULAIRE D'INFORMATION, *Conservation et destruction des livres et des registres*, n° 78-10R2, juillet 1989 et révisée n° 78-10R2SR, février 1995.

CIRCULAIRE D'INFORMATION, *Livres, registres et autres exigences auxquelles doivent satisfaire les contribuables ayant des corporations étrangères affiliées*, n° 77-9R, juin 1983.

COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, t.II, Québec, Publications du Québec, 1993, pp. 1775-1777, art. 2837-2839.

CONFÉRENCE MINISTÉRIELLE D'OTTAWA du 7 au 9 octobre 1998, *Un monde sans frontières : Concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial*, OCDE, SG/EC (98) 14/Rev6, p.4 et les Annexes 1 et 2.

CONSEIL INTERNATIONAL DES ARCHIVES, *Guide for managing electronic records from an archival perspective*, février 1997.

CONSEIL D'ÉTAT, *Internet et les réseaux numériques*, Section du rapport et des études, étude adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'État, 2 juillet 1998, disponible à <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/rap2.htm>

EDIFICAS & IALTA, « Guide de l'archivage électronique sécurisé », recommandations pour la mise en œuvre d'un système d'archivage interne ou externe utilisant des techniques de scellement aux fins de garantir l'intégrité, la pérennité et la restitution des informations, version V, 12 juillet 2000.

GREGORY et TOLLEFSON, "Projet de loi uniforme sur la preuve électronique", Annexe N, *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, disponible au site <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc>.

GROUPE DES RESPONSABLES DE LA GESTION DES DOCUMENTS DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Mémoire transmis à la Commission parlementaire de l'économie et du travail concernant l'avant-projet de Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, en collaboration avec l'Association des archivistes du Québec, août 2000.

MINISTRE DE LA JUSTICE, Intervention à propos du projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique de Mme Elisabeth Guigou, Garde des sceaux, Assemblée nationale française, 29 février 2000.

KEN, C., *Computer-Produced Records in Court Proceedings*, Uniform Law Conference of Canada, juin 1994.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES, Service Central d'Organisation et Méthodes, *Méthodologie d'emploi de la micrographie*, 3^e édition, 1983.

MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE, *L'acte authentique sur support électronique*, Annotations en vue de la préparation des décrets d'application de la loi n°2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, dossier rédigé par De Lamberterie Isabelle, disponible à : http://www.gip-recherche-justice.fr/dossiers/preuve_electronique.htm

OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *Mémoire présenté à la Commission de l'économie et du travail concernant l'avant-projet de Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l'information*, le 11 août 2000.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE (OCDE), *The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce : Preliminary Findings and Research Agenda*, disponible à http://www.onlineaustralia.net.au/publications/other/OECD/ottawa98/e_simpact.pdf (site Web consulté le 25 octobre 2002)

ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, *Modèle de référence CCSDS 650.0-W-4.0*, disponible à <http://nssdc.gsfc.nasa.gov/pub/sfdu/isoas/int07/CCSDS-650.0-W-4.pdf>

PROJET E-JUSTICE, *Rapport final, Commission IV, Droit de la preuve*, sous la direction du professeur Yves Pouillet, C.R.I.D., F.U.N.D.P., Namur, 2001.

RAPPORT CHARLES JOLIBOIS, Commission des lois, n° 203, 1999-2000, disponible sur <http://www.senat.fr/rap/199-203/199-203.html>

RAPPORT DU CONSEIL NATIONAL DU CRÉDIT ET DU TITRE, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiements et de titres*, sous la présidence de M. Noël Chahid-Nourai, 1997.

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES MÉTADONNÉES ET LES STRUCTURES LOGIQUES, *Les composantes d'un document électronique*, Collection en ingénierie documentaire, réalisé dans le cadre du Chantier en ingénierie documentaire, Conseil du trésor du Québec, Sous-secrétariat à l'inforoute gouvernementale et aux ressources informationnelles, janvier 1999.

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LES APPLICATIONS ET LES LOGICIELS, *Choisir un environnement logiciel approprié au cycle de vie du document*, Collection en ingénierie documentaire, réalisé dans le cadre du Chantier en ingénierie documentaire, Conseil du trésor du Québec, Sous-secrétariat à l'inforoute gouvernementale et aux ressources informationnelles, 1999.

RESOURCE DESCRIPTION FRAMEWORK (RDF), *Model an Syntax Specification*, Recommandation du W3C (World Wide Web Consortium), 22 février 1999, disponible à : <http://www.w3.org/TR/REC-rdf-syntax/>

TASK FORCE ON THE ARCHIVING OF DIGITAL INFORMATION, *Preserving digital information : report of the Task Force on Archiving of Digital Information*, Commission on Preservation and Access et le Research Libraries Group, Washington, 1996.

UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, *Les nouvelles technologies informatiques et l'acte authentique*, Rapport de la Sous-Commission, sous la présidence de Me G. Rouzet, Amsterdam, Fondation pour la promotion de la Science Notariale, 2001.

TABLE DE JURISPRUDENCE

Jurisprudence québécoise

Banque Nationale du Canada c. Simard, (1996) J.E. 96-1172 (C.Q.)

Bleau c. Bélair compagnie d'assurance, (1999), n° 505-05-000614-948, (C.S.Q.)

Bérubé c. Banque Scotia, (2000), n°200-32-022011-992 (C.Q.)

Boulos c. Beauchamp (Succession de), J.E. 98-1069, REJB 98-06928 (C.S.)

Hydro-Québec c. Benedek, (1995), R.L. 436

Lavoie c. Boivin, J.E. 95-640 (C.S.)

Rioux (succession de), J.E. 97-263 (C.S.)

Mercier et Mercier-Charron, [1995] R.J.Q. 1446 (C.S.)

Paradis c. Groleau-Roberge, [1999] R.J.Q. 2585 (C.A.)

Perreault c. Desrochers, J.E. 2000-102 (C.S.)

Poste de camionnage en vrac région 06 Inc. c. Sinatra Inc., (2001), n° 540-22-005344-014 (C.Q.)

Transport Dragon Ltée c. Mauro Grillo Excavation Inc., (1997) REJB 1997-02049 (C.Q.)

Tremblay c. Roy, J.E. 2001-60 (C.S.)

Jurisprudence française

Aix, 27 janvier 1846, D. 1846.II.250

Besançon, 6 juin 1882, D.P.1883.II.60

Cass. Req., 17 juillet 1906, D.P.1907.I.121

- Civ., 6 août 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.II
- Civ., 1^{ère}, 6 janvier 1936, D.H., 1936.I
- Civ., 1^{ère}, 16 novembre 1977, Bull. civ., 1977, n° 393
- Civ., 1^{ère}, 15 juillet 1957, Bull., I, 1957, n°329
- Civ., 1^{ère}, 24 juillet 1960, Bull., I, 1960, n°127
- Civ., 3^e, 5 mars 1980, Bull. Civ. III, n°52
- Civ. 1^{ère}, Sté Crédicas, 8 novembre 1989
- Com., 15 décembre 1992, Bull. n° 419
- Com., 2 décembre 1997, D. 1998.192, note Martin
- Civ., 1^{ère}, 14 février 1995, J.C.P. 1995.II.22.402, note Charlier
- Civ., 1^{ère}, 25 juin 1996, Contr. Cons. consom. 1996.183, obs. Leveneur
- Civ., 1^{ère}, 10 mars 1993, J.C.P. N.1994.J.191, note Camoz
- Crim., 12 décembre 1984, Bull. crim., 1984, n° 403
- Nancy, 26 juin 1986, JCP.N.1987.II, 96, note Venandet
- Paris, 19 avril 1983, JCP.1983.II.310
- Paris, 22 mai 1989, Gazette du Palais, 1989, 2^e sem.
- Paris, 21 octobre 1999, 1999/11865
- Toulouse, 15 octobre 1996, Dr. Fam. 1997, n° 149, note Beignier
- Trib. civ., Beauvais, 1^{er} juillet 1897, D.P.1898, II.502

