

## « Réécrire l'écrit »

Vincent Gautrais\*

[1] Le choix de notre article sur la notion d'écrit, dans cet ouvrage dédié au professeur Prujiner, prend sa source dans une série d'échanges que nous avons eu l'opportunité d'avoir avec le bénéficiaire du présent hommage relativement au « fameux » arrêt *Dell* qui fut rendu par la Cour suprême du Canada en juillet 2007<sup>1</sup>. Il s'agissait en l'occurrence de savoir si un lecteur pouvait raisonnablement prendre connaissance d'une clause compromissoire accessible sur un site Internet, et ce, en cliquant sur un lien hypertexte. Une comparaison devait donc être faite entre la lecture papier et celle s'opérant sur un écran. Le consommateur électronique était-il dans une situation identique à celle de celui qui utilise des voies plus traditionnelles ? Dans cette décision qui fut amplement critiquée<sup>2</sup>, et par le professeur Prujiner le premier<sup>3</sup>, il est une illustration qui nous semble pour le moins fréquente de constater, du moins en Amérique du Nord : contrairement à l'idée reçue, les gens de droit, juges et législateurs, ne sont aucunement réfractaires aux technologies de l'information. Bien au contraire. Il est une sorte de fascination quant à l'usage de ces dernières qui tend à admettre parfois avec peut-être

---

\* Professeur titulaire, Centre de recherche en droit public (CRDP), Faculté de droit, Université de Montréal, titulaire de la Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques. Avocat au Barreau du Québec. Courriel : <vincent.gautrais@umontreal.ca>. Site : <www.gautrais.com>.

1. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.
2. Voir notamment Pierre-Claude LAFOND, « L'arrêt *Dell Computer* et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la mare de l'accès des consommateurs à la justice », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 1 ; Mistrale GOUDREAU, « À propos de l'affaire *Dell* : l'ordre public incompris », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 379 ; Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 407 ; Philippa LAWSON et Cintia ROSA DE LIMA, « "Browse-Wrap" Contracts and Unfair Terms: What the Supreme Court Missed in *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs et Dumoulin* », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 445.

un peu trop d'empressement leur utilisation sans trop se rendre compte de leurs écueils.

[2] Ce constat préliminaire nous est en effet apparu particulièrement vif en lisant la littérature sur l'écrit électronique, notamment dans le domaine de l'arbitrage, où de façon presque unanime la notion d'écrit, en ce vingt-et-unième siècle naissant, se devait d'être interprétée avec toute la souplesse que le monde de l'arbitrage requiert pour devenir en adéquation avec l'électronisation du commerce. L'écrit, s'il reste un vestige des siècles passés, ne doit plus être un empêchement à l'avènement de l'arbitrage électronique. L'écrit traditionnel doit « mourir » ; l'écrit traditionnel est associé à hier et à ce qui ne doit plus être.

[3] Face à ce glissement, face à ce besoin d'un nouveau supposé, notre point de vue se veut volontairement contraire et affirme davantage que le formalisme, comme il a souvent été dans le passé, est un facteur non pas de pesanteur, mais d'une source d'une plus grande efficacité. Aussi, après une analyse de cette dilution recherchée de l'écrit électronique (1), nous croyons bien davantage qu'il faille le reconstruire (2), le redéfinir sans volonté de l'abolir.

## 1. DÉCONSTRUCTION DE L'ÉCRIT

[4] Pour beaucoup, l'écrit se dissout en effet dans la technologie. Ce formalisme fruit du papier gêne avec l'avènement de la généralisation de la dématérialisation. Ceci se vérifie dans l'ensemble des textes, surtout internationaux, qui prirent une incessante et constante habitude de vider de tout sens l'écrit traditionnel (1.1). Une dilution législative qui a forcément une incidence directe sur la manière de le concevoir, apportant une confusion assez notable de la notion (1.2).

### 1.1 Dilution de l'écrit

[5] Depuis quelques années, l'écrit fut largement encadré par plusieurs textes internationaux. Il y eut en premier lieu le domaine de l'arbitrage qui crut nécessaire de compléter la notion notamment en interprétant ce qui en est dit dans la célèbre Convention de New

---

3. Alain PRUJINER, « Canada – Cour suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note », (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 1-41.

York de 1958<sup>4</sup> (1.1.1). Également, et de façon plus transversale, différents textes dédiés au commerce électronique vinrent préciser le concept (1.1.2).

### ***1.1.1 Dilution de l'écrit dans le domaine de l'arbitrage***

[6] La dilution que nous voulons évoquer va suivre, en toute logique, les trois étapes chronologiques qu'il importe de citer en la matière : 1958, 1985 et 2006.

#### ***1.1.1.1 Écrit dans la Convention de New York de 1958***

[7] La Convention de New York de 1958, qui se singularise notamment par la très grande adhésion des pays membres<sup>5</sup>, est explicite quant à l'importance de l'écrit en ce qui a trait à la clause compromissoire et au compromis. Alors que le paragraphe 1 de l'article 5 mentionne le caractère obligatoire de cette exigence formelle<sup>6</sup>, le deuxième précise, définit même, ce à quoi correspond un écrit :

2. On entend par « convention écrite » une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégramme.

[8] Deux commentaires préliminaires semblent pouvoir être apportés à cette clause : en premier lieu, il faut évaluer l'ouverture qui semble découler de ce texte quant à la recevabilité des nouvelles technologies en tant qu'écrit. Deux moyens de communication se dégagent en effet de cette disposition. La première est la référence à un « échange de lettres » qui, si elle réfère au papier, n'empêche pas formellement que cet échange puisse se faire autrement en utilisant, par exemple, un courriel. La seconde est bien sûr beaucoup plus précise. Cela dit, la présence du terme de « télégramme » n'a pas non plus comme effet d'être une fin de non-recevoir à des solutions plus évoluées. En se basant sur une interprétation historique, il serait en effet fort simple de prétendre que cette référence liée à un médium fort

---

4. *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* (ci-après « Convention de New York de 1958 »).

5. Selon le site Internet de la CNUDCI, 146 pays sont parties prenantes à cette Convention.

6. Art. 5, al. 1 : « Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. »

précis n'est pas là pour empêcher l'admissibilité de technologies qui n'existaient pas en 1958 ; au contraire. Évoquer le télégramme à cette période d'après-guerre où le papier régnait encore en maître absolu et même plutôt un signe d'une certaine souplesse des rédacteurs de la présente Convention.

[9] En second lieu, et peut-être surtout, il importe de signaler que l'écrit n'est pas associé au seul « écrit » *stricto sensu*. En effet, la définition précitée réfère expressément à la notion de signature. L'écrit de la Convention de New York de 1958 demande donc que la clause arbitrale soit un écrit signé par celui qui s'engage.

#### 1.1.1.2 *Écrit dans la Loi type de la CNUDCI de 1985*

[10] Une autre référence incontournable en la matière est indiscutablement la Loi type de la CNUDCI de 1985<sup>7</sup> qui est venue préciser, assouplir aussi, un peu, la définition d'écrit. À l'article 7, alinéa 2 de ce texte, on peut en effet lire :

2. La convention d'arbitrage doit se présenter **sous forme écrite**. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un **document signé** par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes **ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence**, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit **sous forme écrite** et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat. (Nos soulignements)

[11] Plusieurs commentaires peuvent aussi être proposés ici. En premier lieu, entre 1958 et 1985, c'est-à-dire 27 ans tout de même, la comparaison des deux textes ne révèle pas de différences notables. En effet, l'écrit est toujours obligatoire et la référence à la signature y est encore associée même si elle ne semble plus formellement obligatoire en toutes circonstances. En deuxième lieu, et surtout, on prend le soin d'ajouter la référence selon laquelle d'autres technologies que celles qui existent en 1985 sont susceptibles de satisfaire cette exigence formelle. Conformément à une explication qui peut être donnée à la

---

7. *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, Résolution de l'Assemblée générale 40/72 (1985).

notion de « neutralité technologique », on introduit une souplesse salubre en invoquant « tout autre moyen de télécommunications » capable de satisfaire à cette obligation d'écrit. En 1985, à une époque où les premiers débats internationaux sur les technologies s'amorcent<sup>8</sup>, on a pleinement pris conscience que l'évolution en la matière est rapide et que les lois doivent disposer de cette généralité qui puisse permettre l'adaptabilité au temps. Par ce texte qui, rappelons-le, n'est pas une « vraie » Convention, mais un document suggestif, on tente d'insuffler une tendance selon laquelle le droit ne doit pas être un empêchement à l'avancement des usages technologiques. Une évolution donc, sans distinction fondamentale avec le document de 1958<sup>9</sup>.

#### 1.1.1.3 Écrit dans la Recommandation de la CNUDCI de 2006

[12] Les deux précédentes étapes sont, nous l'avons dit, interreliées. En revanche, l'étape récente que constitue la recommandation de 2006<sup>10</sup> nous apparaît être l'exemple d'une expérience qui prête aisément à la critique. En effet, ce texte long, optionnel, est en profonde rupture avec le droit antérieur et de surcroît, ne s'imposait pas étant donné l'adaptabilité que l'ancien droit autorisait.

[13] En 2006, plutôt que de s'affronter directement à la Convention de New York de 1958<sup>11</sup>, le changement s'est opéré en modifiant la Loi-modèle de la CNUDCI de 1985 et précisément l'article 7 qui, nous l'avons vu, vint définir la convention d'arbitrage. Une recommandation<sup>12</sup> fut donc adoptée. Le premier point de distinction est le caractère optionnel de la modification, une alternative s'offrant aux pays,

- 
8. On peut notamment citer la *Recommandation de la CNUDCI relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques*, A/CN.9/265.
  9. Nayantara KUTTY, « A second Look at Article II of the New York Convention », (October – December 2010) XLVIII *Indian Council of Arbitration* 4, 5, disponible à <<http://www.icaindia.co.in/october-december2010.pdf>> : « Although the Model Law gives a much wider definition of 'writing' that the New York Convention yet there runs a common thread between the two »
  10. *Recommandation de 2006 relative aux articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958*, 18 décembre 2006, A/RES/61/3.
  11. Il est à parier que la possibilité de modifier l'écrit aurait été très difficile à réaliser du fait du très grand nombre de pays concernés.
  12. Il importe de noter qu'à une disposition qui constitue une norme informelle, s'ajoute le caractère non contraignant lié au fait qu'il ne s'agit que d'une recommandation avec une option.

ce qui traduit sans aucun doute un « accouchement difficile » au sein de la CNUDCI<sup>13</sup>. D'abord, la recommandation propose aux États d'opter pour une définition excessivement large de l'écrit. Ensuite, et de façon encore plus iconoclaste, elle offre la possibilité à ces derniers de tout simplement ôter l'exigence de ce formalisme. La première option, en dépit de sa longueur, se doit d'être citée, en omettant certains paragraphes afin de faciliter sa lecture. Elle se lit comme suit :

- 1) [...]
- 2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme **écrite**.
- 3) Une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné **sous une forme quelconque**, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus **verbalement**, du fait d'un **comportement ou par d'autres moyens**.
- 4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est **accessible pour être consultée ultérieurement** ; le terme « communication électronique » désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données ; le terme « **message de données** » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, **notamment**, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie.
- 5) En outre, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si elle est consignée dans **un échange de conclusions** en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.
- 6) La référence dans un contrat à tout document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage écrite, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat. (Nos soulignements)

[14] Calquant quelque peu le modèle de l'ancien article, cette première solution, si elle garde l'exigence en tant que telle, prend un soin soutenu à diluer l'écrit de toute contrainte formelle. Le guide explicatif relatif à la Loi-modèle, et à ses amendements de 2006, est

---

13. Louis DEGOS, « La CNUDCI abandonne l'exigence d'écrit pour la Convention d'arbitrage », (2007) 114 *Gazette du Palais* 5.

malheureusement peu loquace sur le sujet ; il évoque seulement une « modernisation » des expressions et une libéralisation des formes de la convention d'arbitrage (ne distinguant pas la clause compromissoire du compromis), et ce, à la suite d'une demande de l'industrie<sup>14</sup>. La condition de la signature a, quant à elle, totalement disparu.

[15] Relativement à la seconde alternative, elle présente l'avantage d'être sensiblement plus courte. Elle constitue aussi une mention très claire quant à l'abandon de l'exigence formelle, opérant une rupture indéniable en ôtant la condition de l'écrit, et *a fortiori* également celle de la signature.

Une « convention d'arbitrage » est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel.

[16] Là encore, le guide explicatif ne présente aucun argument qui puisse justifier cette *tabula rasa* formelle<sup>15</sup>. Néanmoins, cette solution a l'avantage d'être sans équivoque ; le formalisme est clairement identifié comme n'étant plus une condition souhaitable à la rédaction de telles clauses. Plusieurs pays ont d'ailleurs déjà traversé le Rubicon en n'exigeant plus pareille condition formelle comme par exemple plusieurs pays scandinaves ou même en France<sup>16</sup>. Plusieurs autres, et notamment l'Égypte ou la Syrie<sup>17</sup>, l'Italie<sup>18</sup>,

---

14. CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006*, Publications des Nations Unies, Vienne, 2008, disponible à <[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf)>. Voir notamment le paragraphe 19. Voir aussi Richard GARNETT and Luke NOTTAGE, « The 2010 Amendements to the International Arbitration Act: A new Dawn for Australia ? », Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 10/88, disponible à <<http://ssrn.com/abstract=1676604>>, 1, 3 : « A major rationale is that writing requirements of any kind are largely anachronistic in a world of customs and business practices which often involve informal and quickly negotiated dispute resolution agreements. »

15. *Ibid.*

16. En droit français par exemple, si la convention d'arbitrage en droit interne est bien assujettie à la condition formelle de l'écrit (art. 1443 C.p.c. : « À peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. »), elle ne l'est pas en ce qui a trait à l'équivalent international, l'article 1507 C.p.c. disposant : « La convention d'arbitrage [internationale] n'est soumise à aucune condition de forme. »

17. Hady SLIM, « Une nouvelle loi relative à l'arbitrage au Proche-Orient : la loi syrienne n° 4 du 25 mars 2008 », (01 avril 2010) n° 2 *Cahiers de l'arbitrage* 551.

18. Edoardo-F. RICCI, « La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage », (17 octobre 2006) n° 290 *Gazette du Palais* 16.

l'Espagne<sup>19</sup>, viennent au contraire d'adopter des dispositions nationales confirmant l'exigence de l'écrit.

[17] Cette solution nous apparaît en fait moins dommageable que la première qui tente d'édulcorer l'écrit sans s'intéresser à ce à quoi il est destiné. Néanmoins, là encore, il est étonnant de constater l'absence de motivation qui justifierait cet abandon formel. Quelques traces peuvent être trouvées dans les différentes discussions colligées au sein de la CNUDCI. Sans plus. La doctrine quant à elle ne s'est pas non plus beaucoup exprimée, évoquant, selon les cas, l'efficacité d'un tel changement, le développement du commerce électronique, le fait que plusieurs États ont déjà opéré cette remise en cause formelle, etc.

[18] Dans le premier cas, on opère une équivalence entre le support papier et le support électronique ; dans le second, on constate la rupture.

### ***1.1.2 Dilution de l'écrit confronté au commerce électronique***

[19] Notons que cette dilution de l'écrit qui s'exprime clairement dans les textes internationaux et dans plusieurs législations nationales ayant trait à l'arbitrage se retrouve plus généralement dans de nombreux textes liés au commerce électronique. En effet, la dématérialisation des affaires est une occasion formidable de repenser des notions comme l'écrit, la signature, l'original, termes qui sont apparus dans le droit alors que le papier régnait comme support absolu. Termes donc qui en bien des cas sont empreints de la matière physique associée inmanquablement au papier. C'est la raison pour laquelle en 1996, une *Loi modèle sur le commerce électronique* est apparue qui vint, en autres choses, définir l'écrit, et ce, de la façon suivante :

(6) 1. Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est **accessible pour être consultée ultérieurement**.<sup>20</sup>  
(Nos soulignements)

---

19. Antonias DIMOLITSA, « L'arbitrage international en Europe : harmonie et diversité suite à la Loi-type CNUDCI, (2006) *Revue Hellénique de Droit international* 129 et s.

20. *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996* (avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998), Résolution 51/162 de l'Assemblée générale.



[20] Une définition qui fut d'ailleurs reprise en 2005 dans une Convention qui voulait ainsi « cristalliser » plus fermement la définition<sup>21</sup>. Avant de critiquer cette tentative définitionnelle dans le prochain paragraphe, il convient à cette étape de mettre l'accent sur le critère unique qu'est celui de la « consultation ultérieure ». Ce qui retient en premier lieu l'attention est la simplicité associée à la réalisation de cette exigence. Ainsi, un document respecte la condition de l'écrit dès lors que l'information peut être retrouvée plus tard. Aussi, et sous prétexte de permettre le développement du commerce électronique, un critère unique et simple est ainsi proposé. En deuxième lieu, il est quelque peu surprenant de constater l'avènement d'un critère nouveau qui est une pure création de la CNUDCI. Au meilleur de notre connaissance, aucune loi voire même doctrine ne semble avoir, avant les travaux onusiens, utilisé celui-ci. En troisième lieu, il est étonnant de constater que ce critère de réalisation prévaut quelle que soit la raison d'être de l'exigence de l'écrit, à savoir que l'écrit soit requis pour des fins probatoires, des fins d'efficacité ou des fins de protection, du moins si l'on reprend les trois fonctions fondamentales qu'une exigence formelle est susceptible de remplir<sup>22</sup>. L'écrit, selon nous, est passablement plus complexe que ce que la Loi-modèle de 1996 et la Convention de 2005 veulent bien nous laisser entendre. C'est donc contre cette simplification que nous nous opposons.

## 1.2 Confusions autour de l'écrit

[21] Après ce premier état des lieux relativement à une notion, l'écrit, qui jusqu'il y a peu, ne bénéficiait pas de définition précise, il est un constat qui est malheureusement passablement présent dans l'ensemble du droit des technologies de l'information : les nouvelles dispositions, censées éclairer les interprètes de leurs lumières, sont souvent, au contraire, la source de confusions. Ceci se vérifie selon nous tant dans la rédaction des textes qu'en ce qui a trait à leur interprétation.

### 1.2.1 Confusions législatives

[22] Si nous nous limitons aux textes eux-mêmes, il est malheureusement important de signaler que la clarté et l'harmonisation

21. *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, adoptée le 23 novembre 2005, A/RES/60/2.

22. Lon L. FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41-5 *Columbia Law Review* 799.

annoncées par les changements législatifs sont loin d'être assurées. Si bien entendu la situation n'était pas toujours uniforme avant l'avènement de ces modifications, nous craignons que la situation soit même peut-être pire aujourd'hui.

[23] Le premier constat qu'il importe de faire est que relativement aux législations sur l'écrit, deux grandes catégories de critères s'opposent. D'un côté, la plupart des textes internationaux<sup>23</sup> et la grande majorité des pays de *common law*<sup>24</sup>, mais aussi quelques pays de droit civil<sup>25</sup>, ont adopté le critère de la « consultation ultérieure » que nous avons présenté plus tôt. De l'autre, une majorité de législations de pays civilistes ont préféré se tourner vers un double critère cumulatif d'intégrité et d'identité de l'auteur pour que l'écrit puisse être reconnu. Le droit français, par exemple, est de ceux-là ; le droit québécois, s'il identifie clairement le critère d'intégrité<sup>26</sup>, semble implicitement valider aussi celui de l'identité de l'auteur<sup>27</sup>.

[24] Aussi, l'objectif d'harmonisation qui est sous-jacent à l'ensemble des travaux de la CNUDCI est malheureusement, relativement à l'écrit<sup>28</sup>, passablement raté. Toujours relativement à la confusion autour de l'écrit, et même si nous en avons déjà dit quelques mots précédemment, il existe également une difficulté quant à l'assimilation faite entre la libéralisation de la notion d'écrit et la libéralisation de l'écrit comme exigence formelle. Encore une fois, il nous

---

23. À savoir notamment la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996*, la *Convention de 2005 des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, mais aussi la *Recommandation de 2006 relative aux articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, et relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, faite à New York le 10 juin 1958.

24. Voir à ce sujet Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », (2008) *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada* disponible à <[http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL\\_gautrais.ELECTRONIC\\_COMMERCE.fr.pdf](http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf)>.

25. *Ibid.*

26. Art. 2838 C.c.Q.

27. Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », (2008) *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada* disponible à <[http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL\\_gautrais.ELECTRONIC\\_COMMERCE.fr.pdf](http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf)>.

28. La situation est très différente vis-à-vis de la signature où les différences définitionnelles sont presque anecdotiques.

apparaît justifiable de prétendre que l'écrit ne s'impose plus. Lon Fuller, en comparant, après Jhéring, les formalités juridiques au langage, évoque ce perpétuel et nécessaire compromis entre le respect de la règle formelle imposée par les producteurs de normes et les « praticiens » qui souhaitent au contraire réarranger ces exigences<sup>29</sup>. En revanche, nous sommes beaucoup plus réticent à édulcorer l'écrit, et ce, en le définissant d'une manière telle qu'il risque d'être vidé de tout sens et de toute contrainte.

[25] Sur le premier point, les seules justifications de la Recommandation de 2006 relativement à l'écrit font état d'une pression de l'industrie. Il est également mentionné que ce changement est conforme à une tendance croissante dans les législations nationales pour favoriser cette libéralisation des formes<sup>30</sup>. Cela dit, les pays qui gardent l'écrit comme exigence formelle dans le domaine de l'arbitrage notamment sont loin d'être isolés<sup>31</sup>. Si la carence des justifications peut paraître surprenante, nous n'avons pas de problème en soi d'expurger pareille exigence<sup>32</sup>. Simplement, en premier lieu, les motivations d'un pareil choix ne doivent pas cacher le jugement de valeur qui est inhérent à une telle préférence, à savoir, l'arbitrage international ne requiert plus cette protection apportée aux parties. En second lieu, nous sommes d'avis que le formalisme n'est pas un empêchement à la réalisation du commerce ; au contraire. Bien souvent, il constitue une exigence qui permet une plus grande efficacité. Nous avons même tendance à croire qu'il constitue un outil qui permet de se substituer à la perte de matérialité que le commerce

29. Lon L. FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41-5 *Columbia Law Review* 799, 802 : « As a final and very obvious point of comparison between the forms of law and those of language, we may observe that in both fields the actual course of history is determined by a continuous process of compromise between those who wish to preserve the existing patterns and those who wish to rearrange them. Those who are responsible for what Ihering called « the legal alphabet » – our judges, legislators, and tex-writers – exercise a certain control over the usages of business, but there are times when they, like the lexicographer, must acquiesce in the innovations of the layman. »

30. Richard GARNETT and Luke NOTTAGE, « The 2010 Amendments to the International Arbitration Act: A new Dawn for Australia ? », Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 10/88, disponible à <<http://ssrn.com/abstract=1676604>>, 1, 3.

31. *Infra*, voir 1.1.1.

32. Lire par exemple Luke R. NOTTAGE and Richards GARNETT, « The Top Twenty Things to Change in or around Australia's International Arbitration Act », dans Luke R. NOTTAGE et Richard GARNETT (éd.), *International Arbitration in Australia*, Federation Press, Sydney, 2010, disponible à <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1378722](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378722)>. Les auteurs se basent notamment sur Lon Fuller pour affirmer que la fonction de précaution n'est pas présente pour une transaction entre des commerçants qui opèrent au niveau international.

électronique implique forcément. Ainsi, la perte du papier est compensée par un processus formel garantissant les fonctions pour lesquelles le papier était utilisé<sup>33</sup>. Le document électronique devrait donc être plus formel que le document papier qui bénéficie de la matérialité inhérente à son support.

[26] En revanche, si nous ne sommes pas drastiquement opposé à la suppression de l'exigence que constitue l'écrit dans une hypothèse comme celle de l'arbitrage, il est fallacieux de croire qu'il faille ôter l'exigence de l'écrit pour autoriser le développement du commerce électronique<sup>34</sup>. En effet, on est parfaitement capable de respecter cette exigence en utilisant des outils aussi modernes que le courriel ou une page internet. Le droit est suffisamment souple pour interpréter cette notion et ne pas l'associer obligatoirement au papier.

### 1.2.2 *Confusions interprétatives*

[27] Contrairement à l'idée reçue, l'écrit est très fréquemment interprété pour autoriser l'utilisation des technologies nouvelles. Si les pays de *common law* ont peut-être davantage que les pays de droit civil intégré dans leur droit cette faveur interprétative, la souplesse interprétative inhérente au droit est dans la plupart des cas suffisante pour s'adapter à l'innovation des usages électroniques du commerce. Paradoxalement, c'est même avec les nouveaux critères proposés dans les nouvelles lois que les problèmes se posent le plus. À titre d'exemple, on peut citer l'état de désarroi dans lequel se trouva une cour albertaine qui en 2008 a eu à décider si un courriel pouvait être considéré comme un écrit<sup>35</sup>. Plutôt que de se baser sur la nouvelle *Loi sur le commerce électronique* qui avait pris le soin de définir l'écrit, d'ailleurs avec le critère de la consultation ultérieure avancé par les travaux de la CNUDCI, la Cour préféra motiver sa position avec des jurisprudences anglaises centenaires et une loi ontarienne abrogée<sup>36</sup>.

---

33. Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002. Lire la Partie 1, Titre 1.

34. Lire dans la recommandation de 2006 (*Articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, et recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*) le préambule justificatif de ces changements.

35. *Leopky c. Meston*, 2008 ABQB 45.

36. Vincent GAUTRAIS, « Give me Five! Traitement jurisprudentiel du commerce électronique », (2009) 21-2 *Cahiers de propriété intellectuelle* 389, 393.

L'innovation législative, si elle n'était pas formellement applicable à l'affaire, ne fut même pas invoquée.

[28] Cette confusion interprétative est également consommée par le fait que le critère de la consultation ultérieure n'est pas celui que l'on trouve dans plusieurs pays de droit civil comme la France et le Québec qui misèrent davantage sur celui de l'intégrité<sup>37</sup>. Certes, certains commentateurs renommés ont avancé que l'intégrité était un critère qui s'appliquait de façon indirecte à l'écrit, et ce, même dans les pays de *common law*<sup>38</sup>. Notamment, il est établi que la fonction probatoire n'était pas visée par la Convention mais simplement celle « d'aide mémoire » que l'écrit autorise. Si cette distinction ne nous semble pas évidente au regard de la lecture du texte de la Convention de 2005, nous sommes quelque peu effrayé par l'interprétation qui devra être faite par les juges en se devant de cumuler un critère explicite inscrit dans le texte (la consultation ultérieure) et d'autres dont l'évidence semble telle que les rédacteurs n'ont pas cru bon de les écrire noir sur blanc dans la Convention (comme l'intégrité)<sup>39</sup>.

[29] Selon nous, le critère de l'intégrité que nous connaissons notamment en France et au Québec apparaît beaucoup plus conforme avec la jurisprudence classique, d'autant que ces deux pays limitent leur définition de l'écrit à la seule fonction probatoire<sup>40</sup>. Car l'écrit ne dispose pas de la même raison d'être selon les hypothèses. Il est donc passablement présomptueux, comme dans la Convention de 2005, de vouloir définir l'écrit sans limiter les fonctions pour lesquelles il est supposé être utilisé. Par exemple, la Convention de 2005 est censée s'appliquer à la Convention de New York de 1958 mais quelle est la fonction de l'écrit requise pour la validité de la clause compromis-

37. Art. 2838 C.c.Q. ; 1316-1 C.c.F.

38. Voir notamment les discussions de John D. GREGORY sur le blogue <<http://www.gautrais.com/Convention-internationale-et-droit>>.

39. Voir aussi, et de façon beaucoup plus approfondie, John D. GREGORY, « Loi uniforme sur la Convention sur les communications électroniques – Rapport et Loi uniforme », dans *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, août 2010, lire les paragraphes 46 à 53 et notamment le paragraphe 51, disponible à <<http://www.ulcc.ca/fr/poam2/LOI%20UNIFORME%20SUR%20LA%20CONVENTION%20SUR%20LES%20COMMUNICATIONS%20ELECTRONIQUES.doc>>.

40. En effet, de manière explicite, le droit français définit l'écrit pour de seules fins probatoires. En ce qui a trait au droit québécois, si l'article 5 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.R.Q., c. C-1.1) n'est pas très clair à ce sujet, l'article 2838 C.c.Q. ne prête pas à confusion et ne vaut que pour cette seule finalité.

soire ? Cette fonction – et bien davantage, ces fonctions – sont-elles les mêmes pour l'écrit exigé à l'article 7 de la Loi-modèle de 1985 et qui s'applique à la sentence arbitrale ? Assurément, la définition unique de la Convention de 2005 pêche, notamment, par son excès de simplicité.

## 2. RECONSTRUCTION DE L'ÉCRIT

[30] Dans la première partie, nous avons évidemment pu donner l'impression d'un point de vue fort critique sur les travaux législatifs liés à l'écrit, et plus particulièrement, à l'endroit des initiatives internationales. Certes. Il nous faut pourtant aussitôt ajouter que les travaux qui ont été accomplis concernent une tâche d'une complexité qu'il importe de ne pas sous-évaluer. La migration des usages du papier vers l'électronique est en effet la cause de changements en profondeur qui doivent nous inviter à la circonspection ; des changements qui nous rappellent que de tout temps, les règles formelles constituent une réponse juridique à une réalité sociale préexistante dont le droit est directement tributaire. Au moyen-âge par exemple, il y a eu un certain délaissement de l'oralité qui fut d'abord et avant tout occasionné par une réaction sociale dont le droit n'était que la conséquence. Certes, il y a eu l'*Ordonnance de Moulins*<sup>41</sup> et le *Statute of Frauds*<sup>42</sup>, mais cette évolution était avant tout dictée par la primauté progressive du support papier que l'on maîtrisait peu à peu, un peu plus, tant dans sa confection que dans sa lecture. Dans le même ordre d'idée, Lon Fuller reprend les propos de Ihéring selon lesquels la rigueur du formalisme romain ne peut se comprendre que par la très grande disponibilité de conseillers juridiques prêts à supporter les acteurs, et ce, gratuitement<sup>43</sup>.

[31] Aussi, ce travail de reconstruction est selon nous susceptible de n'être entrepris qu'à la condition de le complexifier quelque peu, en allant au-delà de la définition unique que nous avons précédemment critiquée (2.2). Mais avant cela, cet exercice exige un outil interprétatif qui puisse s'adapter à la migration d'un support à un autre. Aussi, et cette fois selon une relative unanimité, il semble que

---

41. *Ordonnance sur la réforme de la justice*, 1566, art. 54, dans JOURDAN, ISAMBERT, DECRUSY et TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, Paris, Belin-Leprieur, 1821-1833, p. 189.

42. *Statute of Frauds*, 1677, 29 Car. 2 c. 3.

43. Lon FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41-5 *Columbia Law Review* 799, 802.

pour ce faire, il faille s'intéresser aux fonctions que l'écrit est susceptible de remplir (2.1).

## 2.1 Fonctions de l'écrit

[32] À quoi sert un écrit ? Avant de le définir, il nous apparaît important de tenter de répondre à cette question qui est souvent considérée comme la clé utilisée pour opérer le passage harmonieux entre la société « papier » à celle du tout « électronique ». D'ailleurs, tant les nouveaux textes attachés au commerce électronique que la tradition juridique semblent s'accorder sur la pertinence d'une telle démarche qui peut se formaliser dans l'utilisation du terme largement repris d'équivalence fonctionnelle (2.1.1). Néanmoins, si l'on peut s'accorder quant à la pertinence de cette démarche, de cet outil, il n'en demeure pas moins que les fonctions de l'écrit sont nombreuses et distinctes selon l'angle d'analyse qui est préconisé (2.1.2).

### 2.1.1 Notion d'équivalence fonctionnelle

[33] L'équivalence fonctionnelle fut dès le départ, entendons depuis le tout début des questionnements relatifs à l'encadrement juridique des technologies de l'information, présentée comme une solution incontournable. On considéra en effet que le passage du papier à l'électronique était simplement susceptible de se faire en « reproduisant » les finalités générales du concept concerné. Aussi, rien d'étonnant à ce que l'équivalence fonctionnelle qui provient en tout premier lieu des débats internationaux sur le sujet émerge dès 1996 dans la *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique*<sup>44</sup>, puis dans des textes européens<sup>45</sup> et enfin dans la plupart des lois nationales dédiées au développement du commerce électronique<sup>46</sup>.

[34] Plus précisément, on entend généralement par ce dernier concept l'approche qui consiste à rechercher les fonctions qu'un ins-

---

44. *Loi type de la CNUDCI sur le Commerce électronique de 1996* (art. 2). Voir aussi Convention de la CNUDCI du 9 décembre 2005 s'intitulant *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* (voir notamment le préambule).

45. *Directive communautaire du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques* (art. 5) ; *Directive communautaire du 8 juin 2000 « Commerce électronique »* (art. 9).

46. Voir par exemple *Code civil français* (art. 1316, Art. 1316-1, Art. 1316-4), *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* (art. 29), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (art. 1(3)).

trument juridique possède et à s'assurer que celles-ci soient satisfaites quel que soit le support employé. Claude Fabien s'est penché sur cette question en proposant une solution qui considère que :

[...] Deux documents sont équivalents s'ils ont comme **fonction** de véhiculer la même information, même si leur forme est différente. La loi leur accorde la même valeur juridique : ils produisent les mêmes effets juridiques et sont égaux sur le plan de la preuve. Tel est le sens des articles 5 et 9 de la Loi.<sup>47</sup> (Nos soulignements)

[35] En fait, l'équivalence fonctionnelle fut surtout utilisée pour trois instruments juridiques bien précis, à savoir, l'écrit<sup>48</sup>, la signature<sup>49</sup> et parfois l'original<sup>50</sup>. Ainsi, il s'agissait de s'intéresser aux fonctions de ceux-ci et de se limiter à leur transposition pour définir lesdits instruments<sup>51</sup>.

[36] Mais il est sans doute possible de croire que l'équivalence fonctionnelle est susceptible de s'appliquer à d'autres instruments juridiques différents de ceux précités. Sans doute, les notions de

47. Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) 38 *R.J.T.* 533, à la p. 550.

48. Qui réfère généralement à la notion d'intégrité et, implicitement ou explicitement, d'identité de son auteur. *Infra*, Partie 2.

49. La signature de façon presque systématique est définie fonctionnellement en référant au critère d'identité du signataire et à la manifestation de son consentement. *Infra*, Partie 2.

50. L'original est lui aussi, comme l'écrit, associé à la notion d'intégrité. Si l'on prend l'exemple de la Loi québécoise, il faut aussi y ajouter certains attributs selon les fonctions qui sont attachées à l'original tel que la source première d'une reproduction, le caractère unique ou le lien avec une personne (soit respectivement les trois alinéas de l'article 12 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*).

51. Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) 2 *J.D.I.* 323, 380-382. Ces auteurs expliquent comment s'est formé ce concept. D'abord, il y a la position radicale selon laquelle l'écrit est irréconciliable avec l'électronique ; ensuite, existe une vision qui tend à redéfinir les concepts anciens pour y intégrer la nouveauté. Les équivalents fonctionnels, selon ces auteurs (p. 382), constituent « une voie médiane qui a été adoptée par la CNUDCI. [...] Il faut entendre par là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi-type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles. » Lire aussi le glossaire associé à la loi disponible à la page suivante : <[http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi\\_ti/glossaire/g129.asp](http://www.msg.gouv.qc.ca/gel/loi_ti/glossaire/g129.asp)>.



copie, de double, peuvent être transposées au support électronique. Plus généralement, elle est sans doute capable de s'appliquer à toute forme de formalisme. C'est notamment ce que l'on peut dégager de l'article 1369-10 du Code civil français lorsqu'il dispose beaucoup plus généralement :

Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des **exigences équivalentes**. (Nos soulignements)

[37] La loi québécoise n'y déroge pas non plus et prend même le soin d'asseoir ce principe dans son premier article en prévoyant que :

La présente loi a pour objet d'assurer : [...] ; 3) l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique.<sup>52</sup>

[38] On retrouve aussi expressément la notion dans la plupart des lois canadiennes<sup>53</sup>. En résumé, l'équivalence fonctionnelle apparaît de façon **spécifique** lorsqu'une disposition en particulier définit une notion en « fonction des fonctions » qu'elle est supposée remplir. Par exemple, la signature est unanimement reconnue dès lors que son double rôle d'identification du signataire et de manifestation de volonté est cumulativement réuni, conformément à ce que l'on peut par exemple vérifier à l'article 2827 C.c.Q. :

La signature consiste dans l'apposition qu'une **personne** fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour **manifester son consentement**. (Nos soulignements)

[39] Cet exemple relatif à la signature montre aussi que cette notion d'équivalence fonctionnelle n'est pas juste un néologisme créé récemment par différentes instances qui se sont penchées sur les spécificités du commerce électronique ; elle est en effet inhérente à l'interprétation qui est régulièrement faite par les tribunaux<sup>54</sup>.

52. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (L.R.Q., c. C-1.1).

53. Voir par exemple la Loi ontarienne qui, sous les articles 4 et suivants, dispose d'un titre s'intitulant « Règles relatives aux équivalents fonctionnels ». *Ibid.* en Alberta sous les articles 10 et suivants.

54. *St-Jean Major c. Archambault*, 2004 CanLII 13654 (QC C.A.) : <<http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2004/2004canlii13654/2004canlii13654.html>> : « l'article 714 est une application du principe suivant lequel on ne saurait invoquer qu'une formalité n'a pas été accomplie lorsque le but pour lequel la formalité était exigée a été complètement atteint. »

L'approche fonctionnelle, que l'on retrouve donc dans le *Code civil du Québec* tant pour l'écrit (art. 2838 C.c.Q.) que pour la signature (art. 2827 C.c.Q.), en fait, n'est-elle tout simplement pas une application somme toute identique de l'interprétation téléologique régulièrement utilisée en jurisprudence<sup>55</sup> ?

### 2.1.2 Identification difficile des fonctions de l'écrit

[40] Une fois montrée l'importance de l'approche fonctionnelle, il convient évidemment de s'intéresser aux fonctions de l'écrit. A quoi sert-il ? Aussi surprenant que cela puisse paraître, tenter de répondre à cette question est tout sauf simple.

[41] Si l'on prend par exemple le domaine de l'arbitrage, les fonctions ne nous semblent d'ailleurs pas les mêmes, et ce, bien sûr, même si les textes en cause ne prennent jamais le soin de les préciser. Si parfois, cette quête fonctionnelle tient de la recherche du « sexe des anges », il est néanmoins dans la nature du droit de tenter de la préciser. Prenons en premier lieu, la clause compromissaire. La raison d'être de cette formalité que l'on trouve dans la Convention de New York de 1958 n'est pas tout à fait claire. Ce texte vise assurément à associer une certaine qualité probatoire à cette clause contractuelle. Néanmoins, on ne peut non plus omettre la raison d'être formelle de cette exigence qui vise sans aucun doute à protéger l'acteur qui de ce fait renonce à son droit de recourir à un juge étatique. La condition formelle de l'écrit – tout comme la signature d'ailleurs<sup>56</sup> – est beaucoup plus symbolique que probatoire. La raison d'être de l'article 2 de la Convention de New York de 1958 n'est donc pas que probatoire<sup>57</sup>. En ce qui a trait à l'article 7 de la Loi-modèle de 1985 disposant que la sentence soit écrite, la fonction est assurément différente et vise pour

55. *Kaouk (Succession de) c. Kaouk*, 2008 QCCA 192, <<http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2008/2008qcca192/2008qcca192.html>> : « [29] L'article 2827 C.c.Q. décrit la signification téléologique de la signature. »

56. Isabelle DAURIAC, *La signature*, Thèse de Doctorat, Université Paris 2, 1997, p. 182 : « la fonction d'identification n'est pas une fonction probatoire mais une fonction symbolique. »

57. *Contra* : Luke R. NOTTAGE et Richards GARNETT, « The Top Twenty Things to Change in or around Australia's International Arbitration Act », dans Luke R. NOTTAGE et Richard GARNETT (éd.), *International Arbitration in Australia*, Federation Press, Sydney, 2010, disponible à <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1378722](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1378722)> ; Nayantara KUTTY, « A second Look at Article II of the New York Convention », (October – December 2010) XLVIII *Indian Council of Arbitration* 4, disponible à <<http://www.icaindia.co.in/october-december2010.pdf>>.

le moins à permettre une argumentation suffisamment posée, qui puisse par la suite donner lieu à être retrouvée, éventuellement à être reproduite, notamment. Une chose est sûre, ces deux illustrations de l'écrit dans le monde de l'arbitrage montrent bien la pluralité fonctionnelle de cette exigence.

[42] Aussi, l'on se doit de préciser ce que l'approche fonctionnelle veut dire. La CNUDCI s'y est expressément penchée, et depuis déjà longtemps, en identifiant ni plus ni moins onze fonctions distinctes<sup>58</sup>. Onze fonctions que nous pourrions qualifier d'« **opérationnelles** » tant elles prennent le soin d'identifier les attributs que l'écrit est en mesure de remplir. En deuxième lieu, on peut aussi faire état des fonctions « **juridiques** » d'un écrit en reprenant la distinction classique, depuis le droit romain, entre un écrit *ad probationem* et *ad validitatem*. En troisième lieu, on ne peut passer sous silence les fonctions « **formelles** » présentées par Lon Fuller, et ce, là encore, depuis déjà longtemps<sup>59</sup>. Ainsi, suivant la trilogie fonctionnelle présentée par cet auteur, l'écrit est d'abord susceptible d'être utilisé comme élément de preuve, ensuite comme élément de solennité<sup>60</sup>

---

58. La *Loi type sur le commerce électronique* de la CNUDCI (1996) a largement été reprise, notamment au Canada anglais, (disponible à <<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm>>). Aussi, dans les commentaires qui complètent l'article 6 relatif à la notion « d'écrit », les fonctions attachées à l'écrit sont les suivantes : « 1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles ; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat ; 3) fournir un document lisible pour tous ; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération ; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux ; 8) consigner l'intention de l'auteur de « l'écrit » et conserver la trace de cette intention ; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible ; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires ; et 11) établir l'existence de droits et d'obligations juridiques dans tous les cas où un « écrit » était requis aux fins de validité. »

59. Lon L. FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41-5 *Columbia Law Review* 799.

60. Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002, p. 90-95. Le qualificatif de fonction « rituelle » fut également utilisée (Nicholas KASIRER, « The "Judicial Will" Architecturally Considered », (1996-97) 99 *R. du N.* 3, p. 18) ou même celui de fonction « assurantielle » (Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel Van de KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353, à la p. 363).

(*cautionary*) et enfin comme élément d'efficacité<sup>61</sup> (*channeling*)<sup>62</sup>. En quatrième et dernier lieu, nous voudrions faire état d'une distinction qui est également souvent faite en matière formelle entre le formalisme associé aux actes et celui portant sur les règles de procédure. Ainsi, et si l'on prend encore l'exemple du domaine de l'arbitrage, il est loisible de s'interroger sur les différences ou les similitudes entre le formalisme écrit attaché à la clause compromissoire et celui portant sur le caractère écrit de la sentence arbitrale. À cet égard, il existe deux écoles de pensées : ceux qui croient qu'aucune différence notable n'existe entre les deux hypothèses alors que d'autres militent au contraire pour une appréhension du formalisme qui soit distinguée dans les deux cas, et ce, selon la place apportée à la notion de volonté<sup>63</sup>. Si nous revenons sur cette distinction, ce débat propre à la procédure civile a l'avantage considérable de faire le pont avec d'autres disciplines comme le droit civil ou commercial qui ont malheureusement, face à l'intégration des technologies nouvelles, le regrettable inconvénient de ne pas s'étayer de leurs recherches respectives.

[43] Si l'approche fonctionnelle est assurément l'outil qui semble le mieux adapté à opérer la transition liée au changement de support, elle n'en demeure pas moins source de bien des approximations ; encore une fois, rien de bien étonnant eu égard à la révolution encourue.

- 
61. Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002, p. 90-95. Également dénommée la fonction « opérationnelle » par Jean-Guy BELLEY, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », dans Philippe GÉRARD, François OST et Michel Van de KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 353, à la p. 363.
62. Lon L. FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41 *Columbia Law Review* 799, 800-801.
63. Pour une énumération des deux « écoles », lire Soraya AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », dans Simone GABORIAU et Hélène PAULIAT (dir.), Coll. Entretiens D'Aguesseau, *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Pulim, 2011. Voir notamment les notes 53 et 54 qui énumèrent notamment les auteurs Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Thémis, P.U.F., 1996, voir notamment n<sup>o</sup> 84 p. 374 ; Jacques HERON, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> éd. par Thierry Le Bars, Montchrestien, 2006, n<sup>o</sup> 180 p. 147 ; Emmanuel JEULAND, *Droit processuel, Une science de la reconstruction des liens de droit*, Paris, L.G.D.J., 2007, n<sup>o</sup> 423, p. 368 (pour ceux qui croient qu'il n'y a pas de différence marquée entre les deux) Daniel TOMASIN, « Remarques sur la nullité des actes de procédure », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1981, p. 870 (pour ceux qui au contraire croient à la distinction).

## 2.2 Définitions protéiformes de l'écrit

[44] Face à ce constat quelque peu fataliste, on peut même se demander si la tentative définitionnelle de l'écrit doit être faite, la notion étant trop complexe, trop plurielle, pour être limitée à une tentative définitionnelle. Conformément à l'expression reprise par le Doyen Carbonnier, il faut « légiférer en tremblant »<sup>64</sup> et tenter de définir risque ainsi de gommer la complexité inhérente à la notion dont nous nous occupons. L'action de définir un pareil concept pourrait donc être adressée principalement aux juges plus en mesure de circonscrire la réalité factuelle entourant l'écrit. Le législateur, quant à lui, se doit en premier lieu d'être minimaliste ; il peut aussi, en second lieu, et au regard de nos propos précédents, essayer d'opérer des distinctions selon les fonctions dont nous avons souligné plus tôt l'importance.

[45] C'est cet exercice, bien humblement, que nous allons tenter de réaliser. Et face à la pluralité des fonctions évoquées dans le précédent paragraphe, face à la pluralité des catégorisations qui furent proposées, nous allons malgré tout nous permettre d'en présenter une nouvelle susceptible de s'appliquer à la notion d'écrit. En effet, au regard des lectures entreprises, nous croyons que l'écrit peut se distinguer comme un outil qui sert à communiquer à proprement parler (2.2.1), mais aussi comme un moyen permettant de supporter l'expression, la manifestation d'une volonté (2.2.2). La première hypothèse s'attache à la simple communication d'information, d'un contenu, alors que la seconde concerne une information particulière, à savoir celle qui touche à un engagement d'une partie vis-à-vis d'une autre<sup>65</sup>.

[46] Nous pouvons donner à penser que notre proposition de catégorisation des fonctions de l'écrit est affreusement prétentieuse, et ce, étant donné la pluralité de celles qui existent déjà. En fait, elle

---

64. Jean CARBONNIER, « Scolie sur le non droit », dans *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 50 : « [...] Ce serait déjà un beau résultat si nos hommes du gouvernement consentaient à prendre conseils de quelques maximes, inspirées de l'hypothèse et pourtant raisonnables telles « Ne légiférez qu'en tremblant », ou « Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale ». »

65. Une dichotomie qui peut avoir quelques liens avec celle proposée par le linguiste Robert ESCARPIT, *L'écrit et la communication*, coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 1973, p. 33 : « [n]ous distinguons donc deux fonctions de base du texte : la *fonction discursive* et la *fonction documentaire*. »

tente tout simplement de les concilier et surtout ne prétend pas les remettre en cause.

### 2.2.1 *Écrit et communication*

[47] Le formalisme de l'écrit dont la fonction centrale est associée à l'action de communiquer une information nous semble être, en fait, tant pour un acte de procédure que pour un acte juridique, une question relative à la **gestion du temps**. Introduire une pareille exigence écrite est généralement associée à un moment auquel et à partir duquel un document est susceptible d'avoir des effets juridiques. Pour un acte de procédure, le choix du législateur d'imposer une procédure écrite ou orale est donc souvent associé à un **rythme** qu'il tente d'insuffler à la procédure (2.2.1.1). Pour l'acte juridique, la communication du contenu contractuel par exemple va également avoir une importance en terme de lisibilité par celui qui s'engage (2.2.1.2).

#### 2.2.1.1 *Communication et acte de procédure*

[48] Dans le monde de la procédure civile, et depuis déjà longtemps, un débat existe sur la pertinence de migrer entre oralité et écriture afin d'assurer tant une meilleure efficacité du système de justice qu'une protection satisfaisante des justiciables. Les technologies changent la donne et nous invitent à continuer la discussion :

le développement des nouvelles technologies renouvelle la problématique sur les procédures orales et écrites. Un certain retour de l'oralité grâce aux nouvelles technologies est possible voire le développement d'une forme de communication hybride.<sup>66</sup>

[49] Ce choix entre écriture ou oralité est donc affaire de qualité de la communication et chacun de ces moyens de communication dispose d'atouts respectifs. Alors que l'oralité est particulièrement remarquable pour sa rapidité, sa manière de traiter d'affaires complexes, sa capacité de permettre des débats publics et contradictoires<sup>67</sup>, l'écrit

---

66. Emmanuel JEULAND, *Rapport général au colloque de l'association internationale de DJP de Bahia*, Septembre 2007, cité par Soraya AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », dans Simone GABORIAU et Hélène PAULIAT (dir.), Coll. Entretiens D'Aguesseau, *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Pulim, 2011, n° 3.

67. Jean-Marc SAUVÉ, « La place de l'oralité : support délaissé ou renouvelé dans la juridiction administrative ? », Entretiens D'Aguesseau, 2008, disponible à

autorise une meilleure gestion du temps en posant de façon plus « froide » les débats, respectant aussi par le fait même le principe du contradictoire et une meilleure efficacité. Ainsi, si les deux médiums disposent de leurs formalismes propres, le papier n'étant pas forcément plus formel que l'oralité, ils ont leurs vertus respectives qu'il importe de bien identifier.

[50] Or, les technologies nouvelles changent sensiblement la donne dans la mesure où leur caractère hybride, parfois, rend difficile de les classer dans l'une ou l'autre des catégories. C'est la raison pour laquelle, certains auteurs en procédure civile évoquent la notion « d'oralité secondaire » pour faire état de cette mixité<sup>68</sup>. L'écrit n'est donc peut-être pas si éloigné de l'oralité : d'ailleurs, autrefois, ne fut-il pas défini comme « l'art de peindre la parole et de parler aux yeux »<sup>69</sup>.

[51] Une mixité qui se vérifie sur le plan technologique dans la mesure où il est désormais possible, et facile, par exemple, d'avoir un document correspondant à un enregistrement oral qui puisse être qualifié comme étant un écrit. Assurément, la distinction ne s'opère pas sur le support ou la technologie utilisé. Davantage, et comme mentionné plus tôt, la distinction qui existe entre un débat oral *de visu* et un enregistrement oral, est le **rapport au temps**. Le premier cible le moment présent et permet généralement une discussion synchrone ; le second correspond à un document préconstitué qui peut être utilisé dans le futur. De ce fait, ce dernier s'approche de l'écrit.

[52] De la même manière, il importera d'évaluer si un enregistrement oral – tel une communication effectuée par le biais d'une visioconférence – peut détenir les attributs associés à la communication synchrone en présence des protagonistes – en « présentiel » comme on dit parfois –. Mais nous limiterons notre tâche à définir l'écrit et non l'oral.

---

<<http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/jean-marc-sauve-entretiens-d-aguesseau-7-mars-2008.pdf>>.

68. Voir notamment les débats sur le sujet en droit espagnol repris par Soraya AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », dans Simone GABORIAU et Hélène PAULIAT (dir.), Coll. Entretiens D'Aguesseau, *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Pulim, 2011, n°29.

69. *Le Grand Vocabulaire François*, t. 8, Paris, C. Panckoucke Libraire, 1769, p. 569, v° « Écriture ». La citation est mentionnée dans François SENÉCAL, *L'écrit électronique*, Yvon Blais, 2011, à paraître, voir l'exergue de la Partie 1, Chapitre 1, Section 1.

[53] L'écrit, relativement à la satisfaction de son office de communication, peut donc être défini comme un document dont l'objet est principalement de retranscrire pour le futur une information pré-constituée correspondant à un moment donné<sup>70</sup>. Dans cette hypothèse, nous ne sommes pas réfractaire à la notion de « consultation ultérieure » qui justement est un critère temporel. Mais principalement uniquement ! L'écrit, selon les cas, est susceptible d'être associé à un certain formalisme empreint de solennité, les fonctions étant en effet, souvent interreliées<sup>71</sup>.

### 2.2.1.2 *Communication et acte juridique*

[54] Ce besoin en communication n'est pas l'apanage de la procédure. Tout acte juridique, au-delà de l'expression de volonté que nous verrons sous peu, est également un exercice de communication. Or, le choix de communiquer par écrit, par un support qui peut être à la fois papier, mais aussi électronique et même verbal, est assurément une fonction que l'on se doit de prendre en compte et notamment au regard du fait que la communication est sensiblement différente dans l'un et l'autre cas. Reprenons notre exigence relative à l'écrit obligatoire en matière de clause compromissoire : il importe de signaler que l'on peut s'interroger sur les différences de lisibilité qui sont susceptibles d'apparaître entre la lecture d'un document papier et celle d'un document électronique. En effet, lire sur un site Internet comme dans l'hypothèse factuelle de l'affaire *Dell* qui fut traitée par la Cour suprême du Canada<sup>72</sup> peut être, selon nous, sensiblement différent de l'équivalent papier. En effet, la lecture sur un écran a ses travers, ses écueils et il est dommage que dans cet arrêt les juges n'aient même pas tenté d'évaluer la différence. Également, et même si le questionnement va un peu au-delà de la stricte question de l'écrit, il est étonnant – comme cela le fut pour le professeur Prujiner<sup>73</sup> – de constater les libertés prises par la Cour pour analyser la validité de la

70. Robert ESCARPIT, *L'écrit et la communication*, coll. Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 1973, p. 29-30 : « Limité au chenal oral, le discours est un écoulement de significations dont l'ordre chronologique est irréversible. Il a une durée, mais ne possède d'autre permanence que celle que lui confèrent les mémoires du locuteur et de l'auditeur. La permanence est au contraire le caractère **principal** du texte puisqu'il utilise un système de traces. » (Nos soulignements)

71. Lon L. FULLER, « Consideration and Form », (1941) 41 *Columbia Law Review* 799, 803 et s.

72. *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34.

73. Alain PRUJINER, « Canada – Cours suprême du Canada – 13 juillet 2007 – *Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 : note », (2007) 3 *Revue de l'arbitrage* 1, 31.



clause externe prévue à l'article 1435 C.c.Q. Les juges ont préconisé le critère unique de l'accessibilité pour qualifier – ou non – l'existence d'une clause externe, statuant donc que, dès lors que la clause compromissoire est accessible, il n'y a pas de clause externe<sup>74</sup>. Or, cette solution est, d'une part, en violation avec une longue tradition jurisprudentielle considérant que le critère de l'accessibilité de la clause arbitrale est cumulatif avec l'exigence d'une mise en contexte suffisante pour que la partie qui accepte ladite clause soit parfaitement au courant de son existence. Ainsi, un effort doit être entrepris tant dans le document référant au document annexe que dans ce dernier. D'autre part, il eut été possible de se référer à l'équivalence fonctionnelle pour affirmer que sans cette aide apportée au lecteur, qui adhère au contenu contractuel, dans le document initial, il est difficile de croire qu'il puisse raisonnablement avoir accès à la clause en question. Les vertus de l'écran doivent donc être équivalentes à celle de papier en ce qui a trait à la fonction de communication.

[55] Notons que cette condition d'une mise en contexte suffisante afin d'assurer une lecture de l'information contractuelle n'est aucunement antinomique avec les nouvelles technologies. Au contraire. Il est en effet tout à fait possible d'organiser son site de façon telle que le lecteur ne puisse ignorer pareille clause. D'ailleurs, depuis la décision de 2007, le site *Dell* a modifié ses façons de faire en rédigeant un résumé d'une ligne expliquant que le contrat vis-à-vis duquel le consommateur s'engage contient une clause arbitrale. Cette mention de renvoi est de surcroît mise en valeur avec des astérisques rouges qui renforcent l'accent sur la clause arbitrale<sup>75</sup>. En fait, et pour reprendre l'élément temporel que nous croyons associé à la fonction de communication, il s'agit avec une telle démarche de ralentir le processus de lecture pour améliorer la lisibilité du document<sup>76</sup>. Également, il est tout à fait possible d'imaginer qu'un commerçant diligent rende accessible un fichier « audio » qui correspondrait à une lecture orale du contrat. Son écoute pourrait même être rendue obligatoire permettant avec beaucoup d'assurance que le consommateur devienne au courant – ou puisse l'être – du contenu

74. *Ibid.* : « Ce qui surprend dans cet exercice, c'est l'absence de débat sur la désignation du document auquel l'hyperlien réfère. Un débat majeur porte pourtant sur cet aspect au plan international et en droit québécois. »

75. Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire *Dell Computer* : dommage ! », (2007) 37-2 *Revue générale de droit* 407, 425.

76. Jacques NANTEL et Abdelouahab MEKKI-BERRADA, « L'efficacité et la navigabilité d'un site Web : rien ne sert de courir, encore faut-il aller dans la bonne direction », (2004) 29-4 *Revue Gestion*, disponible à <<http://www.hec.ca/chairerbc/indexf.htm>>.

contractuel. L'oralité est pleine de vertus, aussi, en terme informatif<sup>77</sup> et une telle organisation contractuelle pourrait sans doute remplir l'exigence de l'écrit que la *Loi sur la protection du consommateur* demande, dès lors que le contenu puisse être consulté ultérieurement<sup>78</sup>. Comme le prétend Michel Serres, le passage d'un support à un autre, est source de gains en terme de communication notamment, mais aussi de pertes<sup>79</sup>. Ceci est dans la nature des choses.

### 2.2.2 *Écrit et manifestation de volonté*

[56] Si les actes de procédure comme les actes juridiques sont tous associés à la communication d'information, il est une fonction qui apparaît beaucoup plus prégnante dans l'hypothèse de ces derniers, c'est celle de retranscrire la manifestation de la volonté de celui qui s'engage. En effet, le formalisme de l'écrit, en ce qui a trait aux actes juridiques, est généralement associé à une fonction qui vise à bénéficier à celui qui s'engage. Alors qu'en matière d'acte de procédure, le formalisme est voué à bénéficier à autrui, c'est-à-dire aux justiciables, en matière d'actes juridiques, il vise à protéger celui qui s'engage.

[57] En fait, et afin de ne point pêcher par trop de simplicité, il convient de concilier certaines fonctions vues plus tôt et qui ne s'opposent aucunement. Il y a en effet les trois fonctions identifiées par Lon Fuller qui sont susceptibles de rentrer dans la dichotomie classique selon laquelle l'exigence formelle est soit *ad probationem* soit *ad validitatem*. La fonction probatoire, selon les lois qui exigent le formalisme, en l'occurrence l'écrit, peut donc rentrer dans chacune

---

77. Soraya AMRANI-MEKKI, « L'impact des nouvelles technologies sur l'écrit et l'oral en procédure civile », dans Simone GABORIAU et Hélène PAULIAT (dir.), Coll. Entretiens D'Aguesseau, *La parole, l'écrit et l'image en justice : quelle procédure au XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Pulim, 2011, n° 34. L'auteure cite notamment Henry H. VAUGHAN qui justifie ainsi la supériorité de la leçon sur le livre (1950), cité par Françoise WAQUET, *Parler comme un livre, L'oralité et le savoir (XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle)*, Albin Michel, coll. L'évolution de l'humanité, 2003, p. 266 : « la moitié du symbolisme d'un langage vivant est donc perdu quand il est confié au papier ; et ce symbolisme est le moyen même par lequel les forces mentales de l'auditeur peuvent être le mieux épargnées et le plus agréablement excitées. »

78. Article 54.6 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, qui dispose que : « 54.6. Le contrat doit être constaté par écrit et indiquer : a) le nom et l'adresse du consommateur ; b) la date du contrat ; c) les renseignements énumérés à l'article 54.4, tels qu'ils ont été divulgués avant la conclusion du contrat. »

79. Michel SERRES, « Les nouvelles technologies : révolution culturelle et cognitive », conférence disponible à <[http://interstices.info/jcms/c\\_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive](http://interstices.info/jcms/c_33030/les-nouvelles-technologies-revolution-culturelle-et-cognitive)> (Document vidéo).

de ces deux catégories c'est-à-dire que l'exigence formelle prévue par une loi peut à la fois être analysée comme une condition imposée pour assurer une meilleure preuve, mais aussi comme une condition qui est tellement importante que la validité de l'acte juridique en dépend. Dans ce dernier cas, sans la présence de cette formalité, l'acte est nul alors que quand la fonction de l'exigence formelle est « uniquement » de nature probatoire, il n'y a pas de nullité de principe. Cela dit, l'absence de preuve revient souvent au même résultat que l'absence de respect d'une condition formelle ; ceci amena d'ailleurs plusieurs auteurs à opérer une distinction entre le formalisme indirect et le formalisme direct<sup>80</sup>. Les fonctions de protection et d'efficacité quant à elles doivent généralement être considérées comme un formalisme *stricto sensu* c'est-à-dire que l'exigence est associée à la validité de l'acte.

[58] Relativement à la fonction probatoire, il nous apparaît, comme vu précédemment, que l'écrit sera réalisé sous réserve de prouver à la fois son intégrité et l'identité de l'auteur<sup>81</sup>. En ce qui a trait au rôle formel *stricto sensu* qu'un écrit est capable d'avoir, il est difficile de définir l'écrit autrement que par l'utilisation d'une évidence selon laquelle l'écrit sur un autre support doit respecter des exigences « équivalentes » à celles qu'il était supposé avoir sur le support papier<sup>82</sup>.

[59] Concrètement, et en guise de récapitulatif, si l'on prend une nouvelle fois l'exemple de notre clause compromissaire qui doit être rédigée par écrit, une triple interprétation s'impose. En premier lieu,

---

80. Alain PIEDELIEVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, Thèse française, Paris, 1959, p. 71-72 : « Le formalisme indirect est le régime où l'élément formel n'est pas prépondérant. Au sens strict du mot, il n'y a même pas formalisme puisque, en théorie, l'acte juridique créé sans l'emploi des formes prévues ne sera pas entaché de nullité ; bien au contraire, il conservera toute sa validité. Mais, si l'on passe sur le plan pratique, ou mieux si l'on envisage l'efficacité des droits, on constate que le principe du consensualisme est alors fortement atténué. [...]. Atténuation au consensualisme peut être, mais nous croyons qu'il faut plutôt voir dans ces manifestations un formalisme indirect, car, en pratique, on est obligé de passer par une certaine forme. Que vaut en effet un droit que l'on ne peut ni prouver, ni opposer ! Ce n'est plus qu'une pure vue de l'esprit qui ne permet pas de faire apparaître l'inévitable corollaire du droit en fonction de son existence, la sanction. » Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 93 et s.

81. Conformément à ce qui a été établi aux articles 2838 C.c.Q. et 1316-1 C.c.F.

82. À cet égard, nous considérons que l'article 1369-10 C.c.F. qui définit la condition formelle par la seule expression d'« exigences équivalentes » est d'une simplicité outrancière – certes peu parlante – mais incontournable au regard des différentes sortes de formalismes qui existent dans les lois. Une définition qui n'en est presque pas une et c'est très bien ainsi.

il faut déterminer quelles sont la ou les fonctions associées à cette formalité. En deuxième lieu, il faut considérer si ces dernières sont exigées pour des fins probatoires ou strictement formelles. Enfin, en troisième lieu, il faut analyser si les critères de réalisation de l'une ou l'autre des fonctions sont réalisés.

[60] Or, et au-delà des spécificités propres à chaque affaire, à chaque loi qui exige une formalité, la distinction que l'on est capable de faire est qu'il semble exister une tolérance interprétative qui diffère beaucoup d'une juridiction à une autre et notamment entre les pays de droit civil et ceux de *common law*. Alors que les premiers semblent faire « preuve » d'un plus grand rigorisme, les seconds disposent d'une jurisprudence où la faveur à donner aux nouvelles technologies est souvent mentionnée<sup>83</sup>. Une faveur qui s'applique tant à la souplesse apportée quant aux fonctions que l'acte juridique est susceptible d'avoir – et notamment sur leur moindre caractère de formalisme direct<sup>84</sup> – qu'à l'interprétation à apporter aux critères de réalisation de l'écrit.

## CONCLUSION

[61] Le présent article tente d'objectiver une notion, l'écrit, dont les liens avec le papier étaient inhérents à sa définition ; en dépit de cette connivence, l'avènement des nouvelles technologies n'empêche aucunement sa transposition, mais oblige désormais à la préciser. L'exercice n'est pas facile et le regard proposé exige un recul par rapport aux textes qui traitent de l'écrit, et ce, notamment, en préconi-

83. Pour la rigueur civiliste, voir notamment Luc GRYNBAUM, « Le droit de l'écrit électronique : un frein au commerce en ligne (un e-mail n'est pas un écrit électronique au sens du Code civil, selon la Cour de cassation) », (2011) *R.L.D.I.* 33, 34. Pour la faveur en *common law*, voir par exemple *R. c. McIvor*, 2008 CSC 11. Notons qu'en droit québécois, on peut constater une forte inspiration de la *common law* – ce qui se comprend bien en droit de la preuve où les liens sont historiquement très forts –, l'interprétation jurisprudentielle étant également souvent favorable à l'utilisation des technologies. (Vincent GAUTRAIS, « La formation et la preuve des contrats par télécopieur », (1993) Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, p. 60).

84. Chris REED, « How to Make Bad Law: Lessons from Cyberspace », (Novembre 2010) *73-6 Modern Law Review* 903, 906 : « English law has for centuries taken the view that a signature is a mere matter of evidence, rather than a formal act prescribed by law, and will therefore accept either of these e-signature methods as valid. However, in civil law jurisdictions signatures often have a formal significance which derives from the physical action of writing one's name on paper. Because this physical action cannot be replicated online, those jurisdictions experienced substantial difficulty in accepting the validity of e-signatures. » (Les notes de bas de page ont été enlevées)

sant de ne pas trop aplanir les difficultés propres à cette migration. Aussi, face à l'effort de trop grande « épuration » de l'écrit, dont certaines définitions ne tiennent pas compte de la pluralité des fonctions qu'il entend remplir, nous nous sommes permis de critiquer les travaux internationaux qui préconisèrent le critère unique de la « consultation ultérieure ». Et c'est la raison pour laquelle nous avons préconisé au Gouvernement du Canada de prévoir l'application de l'article 18 al. 1 de la Convention de 2005<sup>85</sup> selon laquelle, dans l'hypothèse où ce dernier voudrait ratifier ladite Convention, cela ne puisse s'appliquer pour le Québec<sup>86</sup>.

[62] Cette reconstruction passe d'abord et avant tout par la proposition d'un outil sur lequel il est possible d'accorder aussi bien les spécialistes du droit des technologies que les « spécialistes de rien » – comme le professeur Pineau se plaisait à qualifier les civilistes – : l'équivalence fonctionnelle. En effet, au-delà de l'innovation que porte ce néologisme, il traduit une sagesse pluriséculaire selon laquelle l'interprétation se doit de respecter les objectifs pour lesquels une loi a été prévue. Mais au-delà de ce principe, il n'en demeure pas moins qu'il faut faire état de la pluralité des fonctions qu'un écrit est susceptible d'avoir. Bien plus que les critères de reconnaissance de l'écrit, des définitions si chères aux juristes, il nous importa de préciser ces fonctions qui changent au regard des circonstances.

---

85. La Convention de 2005 prévoit en effet un article – qui est régulièrement dénommé une « clause Canada » – autorisant un pays à soustraire une ou plusieurs de ses juridictions de l'application de la Convention. L'article 18, al. 1 se lit comme suit : « Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration. »

86. Vincent GAUTRAIS, « Analyse comparative de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux au regard du droit civil québécois », (2008) *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada* disponible à <[http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL\\_gautrais.ELECTRONIC\\_COMMERCE.fr.pdf](http://www.gautrais.com/IMG/pdf/FINAL_gautrais.ELECTRONIC_COMMERCE.fr.pdf)>.

