

La couleur du consentement électronique

par

Vincent Gautrais*

Introduction	3
Partie 1 - Consentement électronique <i>stricto sensu</i>	6
A – Consentement électronique et lisibilité	7
i) Principes généraux face à la réalité du consentement électronique	8
ii) Solutions proposées	11
B – Consentement électronique et manifestation de volonté	14
i) Réalité relative au « wrap »	16
a) Réalité juridique du « wrap »	17
b) Réalité communicationnelle du « wrap »	21
ii) Solutions proposées	23

* Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Directeur de la Maîtrise pluridisciplinaire en commerce électronique. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca. Site Internet: <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm>. Cette recherche a été facilitée par une subvention obtenue auprès du CRSH, programme INÉ (Initiative nouvelle économie). À cet égard, je remercie Me. Karine Lefebvre pour son travail de recherche sur certains des thèmes traités.

Partie 2 - Signature électronique	28
A – Spécificités conceptuelles de la signature électronique	31
i) Neutralité technologique	31
a) Concept à géométrie variable	32
b) Dogme sur le plan de la réalité	34
1) Réalité historique	35
2) Réalité juridique	37
ii) Différences entre la signature manuscrite et la signature électronique	40
a) Multiplicité des formes	40
b) Place de l’environnement et du processus	42
B – Critères de réalisation de la signature électronique	44
i) Critères techniques	45
a) Critère de fiabilité	46
b) Obligations des intervenants dans un processus de signature	49
ii) Critères personnels	50
a) Marque habituelle et personnelle comme identifiant	50
b) Limites d’utilisation reliées à la protection des renseignements personnels	51
Conclusion	53

Introduction

« Le contrat est la loi des parties »¹. L'affirmation est commune et constitue un lieu commun un peu trop souvent avancé, péremptoirement, au gré de la doctrine. Un précepte courant faisant pourtant l'objet de controverse, d'un débat passionnant aussi. Ce dernier, dont l'essence porte sur la place du vouloir, de l'individu, comme fondement du contrat², permet également de faire un lien, d'une part, avec l'opposition de plus en plus contestée entre formalisme et consensualisme³ et, d'autre part, avec l'encadrement grandissant auquel le droit des contrats est sujet. De plus en plus donc, le caractère public du contrat⁴ se fait sentir. Cet état de fait est, selon nous, d'autant plus important dès lors que l'on se situe dans un contexte électronique où un formalisme particulier devra combler la perte de matérialité que le papier offrait, naturellement, du fait de son caractère physique⁵ : aussi, dans le domaine contractuel, autant le support papier fait référence au concept « d'acte », autant le support électronique réfère davantage à celui de « processus »⁶. Sans rentrer dans la comparaison entre papier et électronique, afin de savoir si le nouveau ressemble ou diffère à l'ancien – la question relevant au fait de savoir si la bouteille est à moitié pleine ou à moitié vide – il n'en demeure pas moins que des éléments de distinctions existent et qu'il est impossible de ne pas les considérer.

¹ On peut aisément faire référence à l'article 1434 C.c.Q. selon lequel « [L]e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi. » mais peut-être encore davantage à son homologue français, l'article 1134 C.c.F, qui prévoit que « [L]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. » Voir aussi sur cette notion Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 422 et suivantes.

² Voir par exemple, Ian R. MACNEIL, «The Many Futures of Contracts», (1974) 47 *Southern California Law Review* 691, Grant GILMORE, *The Death of the Contract*, Columbus (Ohio), State University Press, 1974.

³ Jacques FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », dans *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle - Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 93, à la page 114. Élise CHARPENTIER, « Un paradoxe de la théorie du contrat : l'opposition formalisme / consensualisme », (2002) 43-2 *Cahiers de droit* 275.

⁴ Conformément à l'expression consacrée par Louis JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », (1940) *Dalloz* 5.

⁵ Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 96 et suivantes. Vincent GAUTRAIS, « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé (EDI) », (1996) 37-1 *Cahiers de droit* 121.

⁶ Voir notamment les propos développés par Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129: « Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process ». Voir aussi Ethan KATSH, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, New York / Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 92 : « moving information electronically does not simply transport data faster and over greater distances than other media but transforms it in the process. Most of the time, the transformation is imperceptible to the receiver. When compared with print, however, the process is less trustworthy and open to some doubt. The process of breakdown and restoration always has the possibility of intentional or accidental misuse. Digitalization thus has two equal potentials : to copy and communicate the original in a highly accurate manner; to distort reality so profoundly but imperceptibly that the receiver of the communication cannot know whether the copy as received is the same as the original or, if different, different to what degree from the original. »

Aussi, face à ces différences, l'utilisateur final, qu'il soit consommateur ou adhérent, a besoin de savoir à quoi il s'engage; et même, simplement, de savoir s'il s'engage et où est-ce qu'il se situe dès lors qu'il est impliqué dans un processus contractuel. Si l'on prend des illustrations récentes qu'Internet offre, plusieurs histoires « cocasses » doivent pourtant être signalées : de l'acheteur d'eBay qui achète sans se rendre compte qu'il achète⁷, à celui qui achète un « Playstation » sans se rendre compte que c'est seulement la boîte qui est proposée à la vente⁸, en passant par les contrats électroniques qui diluent certaines clauses relatives au paiement dans le cœur du contrat, et ce, sans que la plupart des acheteurs ne s'en rendent compte⁹ et enfin des contrats de dizaines voire de centaines de pages qu'un contractant non-averti ne peut pas raisonnablement comprendre¹⁰. Sans aucun doute, ces illustrations constituent autant de preuve de la relative adolescence de l'encadrement juridique que l'on peut trouver sur Internet. Une immaturité qui d'ailleurs nuit tout autant au rédacteur commerçant du contrat électronique qu'à son destinataire, le consommateur-adhérent¹¹, en créant une incertitude induite.

Aussi, le présent propos se veut volontairement concret : plutôt que d'évoquer la reconsidération théorique du contrat, ce sur quoi nous nous sommes déjà commis¹², nous aimerions proposer un guide d'évaluation afin de s'assurer en premier lieu que le consentement électronique peut légalement et efficacement s'exprimer par le biais d'un document électronique (**Partie 1**). En effet, face à la tendance à admettre trop rapidement cette possibilité, qui existe effectivement et que nous ne chercherons pas à nier, nous développerons les solutions pour accentuer la réalisation du consentement dans un contexte électronique. En second lieu, il s'agira d'analyser la signature, forme particulière pour manifester ledit consentement, et de rechercher les éléments permettant de satisfaire au mieux les particularités propres aux nouveaux modes de communication (**Partie 2**). Dans cette seconde partie, il sera néanmoins nécessaire d'évaluer quelques concepts plus théoriques qui sont souvent imposés dans les lois et qu'il convient de nuancer, de critiquer aussi.

Quelques lignes donc qui cherchent à identifier les spécificités des technologies de l'information afin de s'assurer qu'elles puissent être en conjonction tant avec les principes théoriques du droit pluriséculaires qu'avec les nouvelles dispositions qui ont été récemment entérinées dans le droit positif. Qu'Internet que l'on cherche à encadrer, et notamment le « clic », soit conforme tant avec

⁷ Un jeune de 13 ans a ainsi acheté pour plus de trois millions de dollars sur le site d'eBay en prenant part à des ventes aux enchères.

⁸ Une enchère s'est rendu à plus de trois cents dollars, plusieurs acheteurs ayant cru, malgré ce qui était pourtant inscrit sur la page, que la vente concernait le contenu et non le contenant de la dite boîte.

⁹ L'on peut également citer l'affaire dite de Madagascar où des usagers d'un site pour adultes voyaient transférée leur communication locale par modem sur une ligne d'interurbains, précisément comme s'ils appelaient à Madagascar. Cette modalité de paiement déguisée se trouvait effectivement dans un contrat électronique et serait indubitablement valable en droit classique des contrats. Pourtant près de 50 000 personnes en Amérique du Nord ont été « trompées ».

¹⁰ *Infra*, Partie 1, paragraphe A, i).

¹¹ Lydia WILHELMI, « Ensuring Enforceability : How Online Businesses Can Best Protect Themselves From Consumer Litigation », (2002) 86 *Marquette Law Review* 181.

¹² V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 5.

le juste que l'utile¹³, tant avec la pratique des affaires que les principes juridiques. Entre description et construction¹⁴.

Cet article veut donc évoquer les spécificités quant à l'expression, à la forme, de la manifestation de volonté d'un contrat électronique; nullement, ou alors très indirectement, à celles relatives au contenu de pareils contrats¹⁵. Le domaine est neuf, l'éclatement sectoriel des intervenants est consacré, le caractère international du domaine n'aide pas à l'harmonisation. Autant de raisons pour être en présence d'une matière en quête de maturité juridique et qui mérite assurément qu'on s'y arrête.

¹³ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35.

¹⁴ Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U.F., 1985, (Collection « Les voies du droit »), pp. 106-107. Cet auteur, sans prendre vraiment partie, présente les diverses fonctions que peut suivre une bonne théorie : ce peut être « celle qui rend mieux compte du droit positif. (...) celle qui fournit des réponses satisfaisantes (...) aux questions nouvelles » ou celle qui favorise « la sélection de solutions justes ». Voir aussi Vittorio VILLA, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans Paul AMSELEK, *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., 1994, p. 288.

¹⁵ Il est en effet loisible de s'interroger sur la légalité de clauses que l'on peut trouver dans certains contrats électroniques. En effet, il est par exemple fréquent de s'interroger sur le caractère abusif de clauses que l'on trouve dans les contrats de licences électroniques (et sur l'interrelation entre droit d'auteur et droit des contrats) ou dans les contrats d'hébergement (voir notamment à cet effet la recommandation fort illustrée et détaillée n° 03-01 de la Commission des clauses abusives relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, adopté le 26 septembre 2002 sur le rapport de Laurent Leveneur et publié au BOCCRF du 30 janvier 2003 et disponible à : http://www.foruminternet.org/documents/rapports_avis/lire.phtml?id=496, et qui évoque vingt-huit types de clauses de nature problématique).

Partie 1 - Consentement électronique *stricto sensu*

Le consentement, en tant que pilier du contrat, est un précepte juridiquement appréhendé, sans doute l'élément essentiel en droit des contrats. Or, sous ce concept large, il est possible d'analyser un certain nombre de problématiques nouvelles posées par la réalité des communications électroniques. Qu'en est-il des notions d'offre et d'acceptation¹⁶, de lieu et de formation des contrats électroniques¹⁷, d'automatisation des volontés¹⁸, et bien d'autres¹⁹. Dans le cadre du présent article, nous avons voulu statuer sur deux questions peut-être moins étudiées. La première porte sur les différences de lisibilité qu'un écran est susceptible de présenter en comparaison à un document papier (A). la seconde s'attachera davantage à la manifestation de volonté et, en les resituant dans la perspective électronique, de la manifestation de volonté (B).

Aussi, nous ne reprendrons pas toute la problématique qui existe relativement aux contrats d'adhésion. Leur admissibilité est désormais acquise, en droit bien sûr²⁰, mais surtout dans les faits, eu égard à leur utilisation généralisée, notamment dans le domaine du commerce électronique. Simplement, les propos qui suivent vont s'intéresser à la prise en compte du destinataire du document, l'adhérent ou le consommateur, dans la rédaction d'un contrat électronique. Ceci est presque à contre-courant de l'idée selon laquelle, étant donné que l'adhérent ou le consommateur ne lit pas les contrats qui lui sont proposés, il importe davantage d'encadrer le contrat avec des concepts englobant comme la bonne foi²¹ ou les clauses abusives²². Si cela est vrai, comme nous le croyons, cela n'empêche pas que la qualité rédactionnelle d'un contrat est un élément qui compte dans une perspective de concurrence²³, d'une part, et dans une

¹⁶ Vincent GAUTRAIS, « Les principes UNIDROIT face au contrat électronique », (2002) 36-2 *Thémis* 481, aux pages 500 et suivantes.

¹⁷ *Id.*, aux pages 506 et suivantes. Voir aussi, V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 5, aux pages 127 et suivantes.

¹⁸ V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 5, aux pages 139 et suivantes.

¹⁹ L'on peut penser par exemple aux conditions formelles de validité des contrats, du contrôle de la capacité, etc., sans lesquelles, selon les circonstances, il n'y a pas de contrat valide.

²⁰ L'article 1379 C.c.Q. en donne par exemple une définition expresse : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. »

²¹ L'article 1375 dispose : « La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction. » Pour une approche en droit comparé, voir notamment V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 5, aux pages 47 et suivantes.

²² L'article 1437 C.c.Q. dispose : « La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. »

²³ Robert A. HILLMAN et Jeffrey J. RACHKLINSKI, « Standard-Form Contracting in the Electronic Age », (2002) 77 *New York University Law Review* 429, aux pages 441 et suivantes : « Furthermore, even though many, if not most, consumers lack the time, skill, or desire to shop carefully among contract terms, economists argue that

autre concernant la réputation²⁴, d'autre part, donnée encore plus importante dans la nouvelle économie²⁵. Évidemment, ces considérations ne valent que dans le cadre d'un secteur d'activité où une véritable concurrence se fait sentir, ce qui n'est pas forcément le cas dans notre domaine d'intérêts qui a subi une large vague de fusion et de regroupement dans les années 1999-2000. Il s'agit peut-être d'une des raisons pour laquelle les « grands de ce monde » ont grandement fait avancer la question à ce sujet : *Microsoft, Yahoo!, AOL, Netscape, etc.*, ont en effet eut parfois, comme nous le verrons, des attitudes quelque peu prédatrices dans leurs relations avec leurs clients²⁶.

A – Consentement électronique et lisibilité

Au départ, il y a donc la loi et concernant notre propos, l'article 1399 C.c.Q. qui dispose que « [l]e consentement doit être libre et éclairé. »²⁷ Cette notion est juridiquement appréhendée²⁸ et depuis longtemps²⁹. Certes, il existe sans doute encore des oppositions doctrinales ou jurisprudentielles sur le sujet³⁰; certes, des recherches captivantes sur la volonté comme fondement de la force obligatoire du contrat pourront et devront être encore menées³¹. Le présent propos n'est pas là. Il réside seulement dans l'affirmation suivante : si le consentement est une

even a small percentage of savvy, vigilant consumers create adequate incentives to make businesses competitive. Unless a business easily can identify these alert consumers and offer more favorable treatment to them, it must choose between losing a small group of customers and offering efficient terms to the entire market. In a competitive market, providers of goods and services cannot afford to lose even a small group of customers. Consequently, businesses must write their boilerplate so as to compete effectively for the small group of savvy consumers. » Voir aussi Richard CRASWELL, « Remedies When Contracts Lack Consent: Autonomy and Institutional Competence, (1995) 33 *Osgoode Hall Law Journal* 209, 225.

²⁴ *Id.*, page 444-445 : « Despite these concerns, courts recognize that the combination of businesses' efforts to compete for savvy consumers and businesses' concerns with their reputations often will dissuade them from attempting to exploit consumers with standard terms. Courts are also mindful of their own limited ability to distinguish exploitation from sensible business practices and of the costs associated with mistakenly refusing to enforce the latter. The adverse consequences of judicial reliance on market discipline might, in many cases, be less harmful than the consequences of judicial interference with sensible business practices. Therefore, courts should be certain that they have identified some failure of the market or of firm reputation before deciding to strike a standard term. »

²⁵ *Id.*, aux pages 469 à 471.

²⁶ *Supra*, note 15.

²⁷ Gil RÉMILLARD, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 1993, p. 7, commentaires de l'article 1399 : « Le consentement doit non seulement *exister*, mais doit aussi être *libre*, c'est-à-dire donné librement et *non point sous la menace*, la crainte ou la contrainte, et *éclairé*, c'est-à-dire *intègre*, donné en toute connaissance de cause, renseignements pris et donnés. » Aussi, *Griggs c. Goyette*, (1999) REJB 1999-16592 : « Dans l'appréciation de ces *qualités* du consentement (être libre et être éclairé) les circonstances sont souveraines. Ainsi, le Tribunal doit prendre en considération toutes les circonstances de personnes, de lieu et d'état. »

²⁸ Voir par exemple Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5ième éd., Éditions Yvon Blais, 1998, pp. 177 et suivantes; Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil – La formation du contrat*, 3ième éd., Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 349 et suivantes.

²⁹ Alfred RIEG, *Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français*, Travaux association Henri Capitant, 1968, p. 43, n°3.

³⁰ Notamment sur la question de savoir si la volonté doit être interne ou peut être uniquement déclarée.

³¹ *Supra*, note 5.

condition *sine qua non* à tout contrat³², encore faut-il que celle-ci se manifeste de façon suffisante et de manière non équivoque. Aussi, une page électronique représentant, « portant », un contrat constitue-t-elle une forme d'expression suffisante pour remplir cette exigence? Cette question doit être, d'une part, étudiée au regard des capacités propres du médium électronique et, d'autre part, en recherchant ou en rappelant les fonctions communicationnelles de tout support. Ce traitement sera donc fait d'abord au regard des principes qui existent en la matière (i). Ensuite, nous envisagerons les solutions qui ont été proposées par différentes communautés impliquées en la matière (ii).

i) Principes généraux face à la réalité du consentement électronique

Nous croyons donc que les capacités de lecture, sur un document électronique sans être forcément meilleures ou moins bonnes, sont assurément différentes de celles du papier. De ce constat découlent nécessairement des incidences juridiques.

En premier lieu, l'écran ne dispose pas des mêmes qualités de lisibilité que le papier. Or, ce concept a été juridiquement appréhendé³³ mais aucunement dans une perspective électronique. Il y a donc lieu de revisiter une telle notion en tenant compte de cette réalité. Jakob Nielsen fut l'un des protagonistes à l'affirmer haut et fort, parvenant à quantifier les lacunes du support électronique par rapport au papier³⁴. Ainsi, si la prise en compte du lecteur, généralement consommateur ou adhérent, est une notion qui a été déjà considérée afin d'améliorer la mise à la connaissance par un langage clair et non juridique³⁵, il nous apparaît évident qu'il est encore plus important de considérer cet élément dans un cadre électronique³⁶.

³² Tel qu'exprimé à l'article 1385 : « Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle. Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet. »

³³ 1436 C.c.Q. : « Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, la clause illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent. » Lire à ce propos l'article de Benoît MOORE, « Autonomie et spécificité de l'article 1436 C.c.Q », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 595.

³⁴ Jakob NIELSEN, « Writing for the Web », <http://www.sun.com/980713/webwriting>. Ce spécialiste en communication électronique prétend qu'il faut repenser l'écriture pour obtenir un niveau d'efficacité comparable à celui du papier. Sur cet auteur, Vincent GAUTRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE, *Contrats spéciaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 279, à la page 296 : « Le document écran est source de beaucoup plus d'imprécisions, d'éventuels quiproquos, encore que l'utilisateur ne manquera pas de faire preuve, face à un document électronique, de sa désinvolture habituelle. S'il se donne la peine de « scroller » (*scrolling*), c'est-à-dire de faire défiler le texte, il n'absorbe pas vraiment le contenu du texte et ne va pas voir d'éventuels liens hypertextes insérés dans le texte initial, pour finir par « cliquer » sans forcément avoir pleinement conscience de ce à quoi il s'engage. » Lire aussi A. Dillon, « Reading from paper versus screens: a critical review of the empirical literature », (1992) 35 *Ergonomics* 1297-1326; Kathy HENNING, « Writing for readers who scan », (2001, February 6) *clickz.com* disponible à http://www.clickz.com/design/onl_edit/print.php/836621; Claire GÉLINAS-CHEBAT, Clémence PRÉFONTAINE, Jacques LECAVALLIER et Jean-Charles CHEBAT, « Lisibilité - Intelligibilité de documents d'information », (1993) *ling.uqam.ca* Disponible à <http://www.ling.uqam.ca/sato/publications/bibliographie/C3lisib.htm>.

³⁵ Cette question nous fait penser à la notion de « Plain English » qui fut largement développée dans la doctrine, notamment dans le domaine de la consommation. Voir Carl FELSENFELD et Alan SIEGEL, *Writing*

En deuxième lieu, les commerçants qui proposent des contrats électroniques ont tendance à les rendre très longs dans la mesure où ils n'ont pas de limites techniques pour ce faire³⁷. Sur un support physique, on ne peut pas toujours proposer un contrat de plusieurs pages dans la mesure où le contrat risquerait d'être plus encombrant que le produit lui-même. De plus, des éléments de coûts sont directement associés à la « publication » du contrat papier. Sur un support électronique, la mise à la disposition³⁸ du document est sans limite physique voire financière. Or, l'influence de la longueur est directe sur la compréhension du lecteur³⁹.

En troisième lieu, cette longueur est d'autant plus problématique que le destinataire du contrat électronique a des attentes de vitesse et qu'il procède ainsi souvent pour gagner du temps⁴⁰. Cette particularité exacerbe donc le problème de la longueur.

Encore, on peut noter, en quatrième lieu, l'absence de standard quant à l'emplacement des clauses contractuelles⁴¹. Une certaine pratique tend à positionner ce type de clauses en bas de la

Contracts in Plain English, St. Paul, Minn., West, 1981; Jeffrey DAVIS, « Protecting Consumers from Overdisclosure and Gobbledygook: an Empirical Look at the Simplification of Consumer-Credit Contracts », (1977) 63 *Virginia Law Review* 841; Robert C. DICK, « Plain English in Legal Drafting », (1980) 18 *Alberta Law Review* 509; Carl FELSENFELD, « The Plain English Movement in the United States », (1981) 6 *Canadian Business Law Journal* 408; David M. LAPRAIRIE, « Note Taking the "Plain Language" Movement too far: The Michigan Legislature's Unnecessary Application of the Plain Language Doctrine to Consumer Contracts », (2000) 45 *Wayne Law Review* 1927-1952. Voir aussi Melvin A. EISENBERG, « The Limits of Cognition and the Limits of Contract », (1995) 47 *Stanford Law Review* 211; Melvin A. EISENBERG, « Text Anxiety », (1986) 59 *Southern California Law Review* 305.

³⁶ Judee K. BURGOON, Joseph A. BONITO, Artemio RAMIREZ, Norah E. DUNBAR, Karadeen KAM et Jenna FISCHER, « Testing the Interactivity Principle: Effects of Mediation, Proximity, and Verbal and Nonverbal Modalities in Interpersonal Interaction », (2002) *Journal of Communication* 657.

³⁷ À titre d'illustration, on peut tenter de lire le contrat d'utilisation (User Agreement) du site de *eBay* (<http://pages.ebay.com/help/community/png-user.html>) avec un texte d'une vingtaine de pages et des liens hypertextes multiples, le contrat de service (Terms of Service) de *Yahoo!* (<http://docs.yahoo.com/info/terms/>) ou le CPS (Certification Practice Statement) de 105 pages de *Verisign* (<http://www.verisign.com/repository/CPS2.1/cps2-1.pdf>).

³⁸ Nous utilisons volontairement la « mise à la disposition » plutôt que la « mise à la connaissance », dans la mesure où justement, la longueur du document contractuel nuit à la compréhension et à l'appréhension par le destinataire.

³⁹ R. A. HILLMAN et J. J. RACHKLINSKI, *loc. cit.*, note 23, 451-452 : « To simplify matters, people tend to reduce their decisions to a small number of factors, even as they claim to use multiple factors. This narrow cognitive focus might be sensible, in fact. Numerous studies indicate that people who rely on simplified decisionmaking models also tend to make better decisions than if they used complicated models. Some scholars have argued that this tendency to simplify decisionmaking means that people essentially cannot evaluate the many situations covered by the terms in standard-form contracts. Instead, they focus their attention on a small number of aspects of a contract, such as price and quantity.

⁴⁰ *Id.*, 479 : « Furthermore, e-consumers might be more impatient, rather than more informed. Because of their relative youth and their frequent use of the Internet to save time, e-consumers might be a little too eager to complete their transactions. » Les auteurs citent à ce sujet Naveen DONTU et Adriana GARCIA, « The Internet Shopper », (1999) 39 *J. Adver. Res.* 52, 56.

⁴¹ Lire notamment Santiago CAVANILLAS MÚGICA, « Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le regard d'un juriste de droit civil », dans CAHIERS DU CENTRE DE RECHERCHES INFORMATIQUE ET DROIT, *Commerce électronique – Le temps des certitudes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 99, à la page 102 :

page, ce qui n'est d'ailleurs pas toujours très efficace sur le plan de la qualité communicationnelle dans la mesure où cela oblige l'acheteur à faire du défilement (scrolling) pour parvenir au document contractuel. Certes, il ne s'agit pas d'imposer une façon de faire plutôt qu'une autre; certains se sont néanmoins commis à développer des critères de qualité à ce point de vue⁴².

Enfin, en cinquième lieu, il est à noter qu'Internet présente certaines spécificités non pas seulement quant à la lecture à proprement parler mais quant au processus d'achat. Ainsi, l'achat est souvent un cheminement complexe, dans lequel le consommateur ou autre adhérent ne manque pas d'être passablement perdu⁴³. Cette succession d'étapes se traduit généralement par une multiplicité de formulaires, dans lequel le consommateur a un rôle actif en déterminant d'abord le bien ou le service, ensuite les modalités de paiement, le lieu de livraison, l'adresse de l'acheteur, la façon d'expédier ledit achat, etc. Par la suite, le commerçant peut adresser plusieurs courriels afin de tenir l'acheteur au courant de la disponibilité du bien ou du service, du suivi de la vente, voire un simple accusé de réception faisant état de l'existence du contrat. Certes, plus le commerçant sera diligent, et plus il va offrir un service personnalisé et à haute teneur d'information au consommateur. Il faut néanmoins avoir conscience du changement d'habitudes que cela requiert et de l'importance d'offrir un suivi approprié au « cyberacheteur ». Une nouvelle fois, ceci vaut d'autant plus qu'il est possible de constater des différences d'approches entre les différents sites commerciaux⁴⁴.

« Tout ce qui apparaît dans les pages du site Web du vendeur peut s'incorporer au contrat, mais suivant deux règles différentes. D'abord, toute information ou toute clause pouvant être considérée (en tenant compte de sa situation et de sa clarté) comme acceptée par l'acheteur (du moins tacitement, puisqu'il a eu accès à cette information ou à cette clause) s'incorpore au contrat avec une force bilatérale, c'est-à-dire en obligeant aussi bien le vendeur que l'acheteur. Mais tout le reste – c'est-à-dire tout ce quoi, du fait de sa situation ou de son manque de clarté, ne peut être considéré comme faisant l'objet d'une acceptation véritable ou comme, du moins, ayant été mis à la disposition de l'acheteur – qui, dans une certaine mesure, a pu influencer l'acheteur, joue le rôle de la publicité et oblige donc le vendeur mais n'engage pas l'acheteur. » Lier aussi Santiago CAVANILLAS MUGICA, « Research Paper on Contract Law », dans ECLIP à : http://www.eclip.org/documents/deliverable_2_1_7_bis_contract.pdf. Voir aussi le principe 2 établi par le BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique et documents connexes*, 1999, disponible à <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01185f.html>, selon lequel un contrat de cyberconsommation doit être constitué d'information qui devrait être « divulguée de manière évidente ». Voir aussi, du même organisme, BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, janvier 2003, disponible à <http://strategis.ic.gc.ca/pics/caf/protectionconsommateurs03.pdf> (le document est encore sujet à modification).

⁴² BUREAU DE LA CONCURRENCE, Guide de conformité à la *Loi sur la concurrence* concernant les annonceurs dans Internet, 2001, disponible à <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ct02186f.html>. Ce texte développe certains critères de présentation afin que « l'impression générale » et que les « points importants » de la publicité, deux concepts clés de la loi, soient convenablement retranscrits. On évoque ainsi la qualité des avertissements, leur grosseur, leur lisibilité, etc.

⁴³ Voir à ce point de vue BUREAU DE LA CONSOMMATION, *précitée*, note 41, article 1, qui statue tant sur la clarté des documents contractuels que sur celle du processus d'achat.

⁴⁴ L'une des différences majeures est celle concernant le besoin d'enregistrement préalable de l'acheteur. Avec cette façon de faire, le consommateur peut acheter en éludant certaines étapes du processus contractuel.

La vulnérabilité du lecteur est donc accrue du fait des spécificités de l'écran et du médium. Pourtant, les lois, jurisprudence ou autres documents ont rarement tenu compte de ce contexte électronique⁴⁵.

ii) Solutions proposées

Face à cette réalité, il importe par conséquent de tout mettre en œuvre pour que l'apport visuel de l'écran puisse être d'une qualité suffisante. Ces carences sont d'autant plus préjudiciables lorsqu'elles concernent des actes juridiques d'importance qui bénéficient souvent d'une protection particulière. L'on peut notamment penser aux contrats d'assurance qui ont été juridiquement encadrés afin de permettre une meilleure communication des points sensibles⁴⁶. Il en va de même des stipulations d'importance, comme les clauses de responsabilité⁴⁷ ou celles concernant la protection des renseignements personnels, dont les législations, la jurisprudence ou la doctrine exigent un formalisme accru afin d'assurer une meilleure prise de conscience du contenu⁴⁸. Plus généralement, car la liste d'exemples de protection juridique afin d'assurer une meilleure connaissance contractuelle pourrait être longue, il importe de considérer cet objectif d'une bonne mise à la connaissance de l'information dès lors que l'une des parties est dans une situation de vulnérabilité, comme un consommateur par exemple.

⁴⁵ SERVICE D'AIDE AU CONSOMMATEUR, *Les assurances sur Internet*, <http://www.service-aide-consommateur.qc.ca/fra/accueil/assurancessurinternet-SAC.pdf>, page 50 : « Certaines transactions, telles que l'acquisition d'un produit d'assurance, n'ont pas été conçues pour être appliquées dans un environnement électronique. Donc, la personne qui effectue une de ces transactions par Internet n'est pas nécessairement protégée à tous les niveaux par les lois québécoises et/ou par les lois fédérales. »

⁴⁶ Par exemple article 2416 C.c.Q. qui dispose : « L'assureur doit, dans une police d'assurance contre la maladie ou les accidents, indiquer expressément et en caractères apparents la nature de la garantie qui y est stipulée. Lorsque l'assurance porte sur l'invalidité, il doit indiquer, de la même manière, les conditions de paiement des indemnités, ainsi que la nature et le caractère de l'invalidité assurée. À défaut d'indication claire dans la police concernant la nature et le caractère de l'invalidité assurée, cette invalidité est l'inaptitude à exercer le travail habituel. »; voir aussi *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, L.R.Q., c. D-9.2, articles 28 ou 431. Voir encore Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 3^{ième} éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, notamment aux pages 58 et suivantes.

⁴⁷ Sur les clauses de limitation de responsabilité, voir Marcus MAHER, « Open Source Software : The Success of an Alternative Intellectual Property Incentive Paradigm », (2000) 10 *Fordham Intellectual Prop. Media & Ent. L. J.* 619, note 339 qui prétend que cela dépend si l'adhérent est en mesure de remarquer la clause en question. Même chose dans David SLEE, « Liability for Information Provision », (1992) *The Law Librarian* 155, 157, où la connaissance de l'existence de la clause en cause est un facteur déterminant. En droit civil québécois, voir Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R. J. T.* 176, disponible à <http://www.themis.umontreal.ca/revue/rjtvol28num1/moore.html>.

⁴⁸ Voir par exemple l'article 14 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, disponible à <http://www.cai.gouv.qc.ca/fra/docu/loiprive.pdf> qui prévoit : « Le consentement à la communication ou à l'utilisation d'un renseignement personnel doit être manifeste, libre, éclairé et être donné à des fins spécifiques. Ce consentement ne vaut que pour la durée nécessaire à la réalisation des fins pour lesquelles il a été demandé. Un consentement qui n'est pas donné conformément au premier alinéa est sans effet. » Voir aussi l'annexe 1, principe numéro 3, de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, disponible à <http://lois.justice.gc.ca/fr/2000/5/230.html#rid-324>.

« cybercommerçants » en recherchant ainsi à protéger l'information du « cyberconsommateur », et en tout premier lieu, son consentement.

Parmi les éléments mis en l'avant, on peut, en premier lieu, citer les comportements habituellement préconisés pour améliorer la mise à la connaissance d'un contenu textuel, tel que l'absence d'un langage juridique⁵⁴, une présentation calculée et agréable⁵⁵, et ce, quel que soit le support que l'on utilise⁵⁶. S'y ajoute donc ceux qui ont été précédemment identifiés relativement à la lecture électronique.

En deuxième lieu, un autre élément important concerne l'utilisation mesurée des liens hypertextes. Certes, les contrats électroniques n'ont pas le monopole des clauses par référence, ou clauses externes, qui sont interprétées avec suspicion par le droit en général⁵⁷. Pourtant, elles constituent un outil fort efficace de mise à la connaissance du cyberconsommateur. Ainsi, un équilibre s'impose entre l'obligation pour ce dernier à se rendre « activement » vers un autre texte et le fait que ce procédé permette à la fois l'existence d'un lien direct avec ce à quoi l'adhérent s'oblige ainsi que plus de concision. Si le lecteur aguerris dispose de la liberté et de l'efficacité offerte par l'hyperlien, qu'en est-il de celui qui ne souhaite pas se donner la peine de prendre connaissance d'un contenu qui nécessite une action? Aussi, au regard des difficultés de lisibilité que le procédé occasionne⁵⁸, il est sans aucun doute nécessaire de repenser l'utilisation des hyperliens⁵⁹. D'ailleurs, c'est dans cette perspective que les principes du *Bureau de la*

CONSOMMATEUR DE SHAWINIGAN, « Projet Accréditation Inter-Nette », disponible à <http://www.opc.gouv.qc.ca>.

⁵⁴ BUREAU DE LA CONSOMMATION, *op. cit.*, note 41, article 1.1 a).

⁵⁵ Bertrand LABASSE, « La lisibilité rédactionnelle : fondements et perspectives », (1999) 121 *Communications & langages* 86.

⁵⁶ Là encore, le domaine des assurances offre des solutions envisageables pour permettre une meilleure communication. Voir par exemple le GROUPE DE TRAVAIL SUR L'AVENIR DU SECTEUR DES SERVICES FINANCIERS CANADIEN, *Rapport du groupe de travail*, 1998, 294 p., disponible à http://finservtaskforce.fin.gc.ca/rpt/pdf/main_F.pdf; CONSEIL CANADIEN DES RESPONSABLES DE LA RÉGLEMENTATION D'ASSURANCE, *Rapport de consultation du groupe de travail sur les initiatives de protection des consommateurs*, 1999, disponible à http://www.ccir-ccra.org/publications/pdf/rapport_init_protec_consom.pdf.

⁵⁷ En droit québécois, la disposition reine est assurément l'article 1435 C.c.Q. qui prévoit : « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties. Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. »

⁵⁸ Sur la question de l'hypertexte, on peut notamment lire Christian VANDENDORPE, « De la textualité numérique : l'hypertexte et la « fin » du livre », (1997) 17 *Recherches sémiotiques / Semiotic Inquiry* 271. Cet article met notamment l'accent sur l'ambiguïté communicationnelle de l'hypertexte, de l'hyperlien. Lire aussi Christian VANDENDORPE, *Du papyrus à l'hypertexte : essai sur les mutations du texte et de la lecture*, 1999, Montréal, Boréal, 271 p.; Christian VANDENDORPE, « Sur l'avenir du livre: linéarité, tabularité et hypertextualité », dans J. BÉNARD et J.J. HAMM *Le livre. De Gutenberg à la carte à puce*. New York, Ottawa /Toronto, Legas, 1996, p. 149-155.

⁵⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION, « DotCom Disclosers », disponible à <http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/dotcom/index.html> qui prévoit : «When using hyperlinks to lead to disclosures, - make the link obvious; - label the hyperlink appropriately to convey the importance, nature and relevance of the information it leads to; - use hyperlink styles consistently so that consumers know when a link is

consommation d'Industrie Canada ont souligné l'importance pour les commerçants d'offrir des conditions de vente qui soient en un seul et même document⁶⁰.

En troisième lieu, et même si l'on s'écarte un peu de la forme du consentement électronique pour s'approcher davantage des questions de fond, il est une tendance de plus en plus consacrée selon laquelle il importe que l'adhérent électronique puisse bénéficier de la part du commerçant d'un support « post-contractuel ». Il faut entendre par cette expression que le commerçant qui offre des biens ou services en ligne doit être en mesure de faciliter, d'une part, la prise de conscience de l'action de l'adhérent et, d'autre part, la mise à la connaissance du contenu du contrat à ce dernier. Ce peut être fait, d'abord, par le biais d'un accusé de réception reprenant les éléments essentiels du contrat⁶¹. On trouve aussi de plus en plus l'obligation pour le commerçant d'archiver le document contractuel et de la rendre accessible à la demande au contractant⁶². Enfin, et sur le même registre, il est parfois exigé que le commerçant facilite la conservation dudit document en permettant que l'acheteur, généralement le « cyberconsommateur », puisse l'imprimer; il faut donc l'y inciter et en faciliter le processus, notamment dans un format aisément lisible⁶³.

B – Consentement électronique et manifestation de volonté

Il est étonnant de constater la rapidité avec laquelle la doctrine⁶⁴, moindrement les lois⁶⁵, ont voulu valider les différents comportements que l'on peut considérer comme étant une

available; - place the hyperlink near relevant information and make it noticeable; - take consumers directly to the disclosure on the click-through page; - assess the effectiveness of the hyperlink by monitoring click-through rates and make changes accordingly. »

⁶⁰ Voir BUREAU DE LA CONSOMMATION, *op. cit.*, note 41, l'article 1.4 *in fine* selon lequel : « [t]outes les conditions relatives à la vente devraient pouvoir être consultées à un même endroit. »

⁶¹ Si la solution est grandement généralisée, on peut citer le BUREAU DE LA CONSOMMATION, *op. cit.*, note 41, l'article 1.5 : « [d]ès que possible après la conclusion de la transaction, les commerçants devraient fournir aux consommateurs un reçu de l'opération, indiquant les principaux détails de celle-ci. Lors d'une vente, les consommateurs devraient obtenir un reçu de la transaction effectuée, comme preuve d'achat, ainsi qu'un document pouvant être imprimé décrivant les conditions du contrat. »; OCDE, *op. cit.*, note 51, principe 4 s'intitulant « Processus de conformation ».

⁶² Jérôme HUET, « La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 », (décembre 1999) *Communication-commerce électronique* 9. Une idée que l'on trouve reprise dans le *Projet de loi français pour la confiance dans l'économie numérique du 15 janvier 2003*, disponible à <http://www.assemblee-nat.fr/12/pdf/projets/pl0528.pdf>, article 16 : « Il est inséré, après l'article L. 134-1 du code de la consommation, un article L. 134-2 ainsi rédigé : « Art. L. 134-2.- Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande. » »

⁶³ Par exemple, GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*, note 52, art. 3 (2) : « For the purposes of subsection (1), a supplier is considered to have disclosed to the consumer the information described in subsection (1)(a) if the information is (...) (b) made accessible in a manner that ensures that (...) (ii) the consumer is able to retain and print the information ». OCDE, *op. cit.*, note 51, principe 3C qui utilise l'expression : « permettre une trace appropriée ». Même chose pour le code australien, *op. cit.*, note 52, (art. 34) et le code de la Nouvelle Zélande, *op. cit.*, note 52, (art. 24).

⁶⁴ Par exemple Olivier ITEANU, *Internet et le droit*, Paris, Eyrolles, 1996, p. 86.

manifestation de consentement valide. Certes, pourquoi en serait-il autrement, eu égard à la liberté généralement prônée en pareilles circonstances. Un contrat peut en effet se former dès lors qu'un accord de volontés s'est manifesté; de la paumée, à la paille⁶⁶, aux ondes micro-ondes, en passant par les signaux de fumée⁶⁷ ou tout type de câble⁶⁸. Pourtant, selon nous, l'acceptation d'un « clic » et encore plus, le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site Internet, ne répondent pas forcément aux critères requis pour emporter qualification d'une manifestation de volonté. Certes, il serait contestable d'interdire une telle façon de faire pour contracter; il en serait tout autant de l'accepter sans réfléchir aux spécificités du médium. Ces deux procédés font donc l'objet d'une jurisprudence fournie que nous étudierons maintenant.

Dans le contexte électronique, le consentement contractuel peut se manifester de bien des façons. L'une des manifestations qui est souvent citée et qui est particulièrement utile à nos propos par l'analogie qu'elle permet se dénomme habituellement le « shrinkwrap »⁶⁹. Ce néologisme fait référence au comportement de plus en plus courant selon lequel un adhérent est censé accepter un certain nombre de clauses contractuelles en déchirant une pellicule de cellophane qui entoure généralement un logiciel ou un disque. Notons que les clauses en question sont généralement reproduites sur la boîte⁷⁰ afin de permettre une mise à la connaissance facilitée au lecteur, à l'adhérent⁷¹. La même problématique a ensuite été reprise pour les contrats électroniques avec les

⁶⁵ On peut notamment citer l'article 19 (1) de la *Loi ontarienne de 2000 sur le commerce électronique* qui prévoit (<http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/textes/loiontario16102000.pdf>) : « Une offre, l'acceptation d'une offre ou toute autre question liée à la formation ou à l'effet d'un contrat peut être exprimée : (...) i) toucher l'icône appropriée ou un autre endroit sur un écran d'ordinateur ou cliquer sur l'un ou l'autre ». Même chose dans la loi de Terre-Neuve, (2001) *An Act to Facilitate Electronic Commerce by Removing Barriers to the Use of Electronic Communication*, disponible à <http://www.gov.nf.ca/hoa/bills/Bill0135.htm>, où l'article 20 prévoit qu'un contrat peut être formé : « (b) by an action in electronic form, including touching or clicking on an appropriately designated icon or place on a computer screen or otherwise communicating electronically in a manner that is intended to express the offer, acceptance or other matter. »

⁶⁶ Conformément à son étymologie latine (stipulare), le terme proviendrait d'un acte de formalisme, justement, qui consistait à « casser une paille » afin de mieux signifier la formation d'une entente.

⁶⁷ L'exemple était validé par Lord Denning dans *Entores. c. Miles Far East Corporation*, [1955] 2 Q.B. 327, 333; [1955] 2 All. E.R. 493.

⁶⁸ *Howley c. Whipple*, (1869) 48 N. H. 487.

⁶⁹ Si l'office de la langue française ne semble qualifier cet anglicisme que par le terme de « pellicule rétractable », la doctrine française utilise davantage la notion de « clause étiquette ».

⁷⁰ Souvent, la mise à la connaissance des clauses est pour le moins virtuelle dans la mesure où il faut acheter le produit pour prendre avoir accès au contrat de licence. Ce fut notamment le cas dans l'affaire célèbre *ProCD* que nous verrons plus loin.

⁷¹ En bien des cas, les clauses contractuelles sont à l'intérieur de la boîte ce qui pose un problème majeur dans la mesure où on opère alors une dissociation entre le contrat de vente de l'objet et la licence de droit d'auteur (*North American Systemshops c. King*, (1989) 68 *Alberta Law Reports* (2d) 145, 26 C.I.P.R. 165 (C.A.)). Un véritable problème relatif à la qualification dudit contrat est posé. Voir à ce sujet Noriko KAWAWA, « Contract Law Relating to Liability for Injury Caused by Information in Electronic Form : Classification of Contracts – A Comparative Study, England and the US » (2000) 1 *Journal of Information Law and Technology* <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-1/kawawa.html>; Pierre-Emmanuel MOYSE, « Le dynamisme contractuel », (2000) disponible à <http://www.robic.com/publications/Pdf/252-PEM.pdf>; Philippe LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, coll. « Dalloz référence », Paris, Dalloz, 2002, pp. 133-134; Michel VIVANT (Dir.), *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2001, pp. 838 et suivantes.

concepts de « clickwrap »⁷² (« clic » d'un icône) ou de « browsewrap » (lien hypertexte généralement en bas d'une page)⁷³ qui présentent tous les deux un certain nombre de différences⁷⁴. Cette pratique a donné lieu à beaucoup de jurisprudence⁷⁵, principalement américaine, directement pertinente à notre propos, à savoir : ce comportement, cette action, est-elle suffisamment significative pour, d'une part, manifester le consentement de celui qui s'engage et d'autre part, lui permettre une mise à la connaissance suffisante du contenu du contrat? (i) Nous mettrons ici l'accent sur la première composante de cette question qui est directement reliée au « clic » alors que la seconde porte davantage sur la lisibilité de l'écran, ce que nous avons précédemment étudié⁷⁶. Aussi, qu'est-il possible de faire pour améliorer les qualités du consentement électronique? (ii)

i) Réalité relative au « wrap »⁷⁷

La question est donc là : la mise à la connaissance est une notion pourtant fondamentale qui n'a pas souvent été identifiée comme étant la condition nécessaire à tout contrat⁷⁸. Il existe pourtant

⁷² Afin de traduire cet anglicisme, l'office de la langue française a introduit la notion de « contrat d'achat au clic ». Eu égard, à l'incompréhension soulevée par ce néologisme, fort peu suivi, nous nous limiterons à l'expression originale.

⁷³ Que plusieurs auteurs appellent aussi « webwrap ». Il n'existe pas à notre connaissance de tentative à trouver un équivalent français.

⁷⁴ Sur la différence entre « clickwrap » et « browsewrap », voir Kaustuv M. DAS, « Forum-Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browsewrap Agreements and the Reasonably Communicated Test », (2002) 77 *Washington Law Review* 481, aux pages 499-500: « There are three important differences between clickwrap and browsewrap agreements. First, in the case of clickwrap agreements, users have constructive notice of the terms of the agreements because they are presented with all the terms of the agreements prior to entering into the agreement. However, with browsewrap agreements the terms of the agreement are displayed to users only if they click on the hyperlink that brings up the "terms and conditions" page. Second, in order to carry out their primary purpose (e.g., downloading software or purchasing tickets online), users must acknowledge the presence of both the clickwrap agreement and the displayed terms by clicking on a button. With a browsewrap agreement, users can carry out their primary purpose without ever clicking on the hyperlink that links to the "terms and conditions" and without ever seeing the agreement or its terms. Finally, with a browsewrap agreement users may not even realize that a contract is being formed. It is precisely because of these differences that courts have treated enforcement of these agreements differently. »

⁷⁵ L'une des rares références législatives que l'on peut citer est le *Software License Enforcement act* de Louisiane qui prévoit : « means any written document on which the word "license" either alone or in combinaison with other words, appears prominently at or near the top of such document in such a situation of prominence so as to be readily noticeable to a person of average literacy viewing such document ». Voir Françoise GILBERT, « Louisiana software license enforcement act under judicial scrutiny: what impact on shrink-wrap license agreement? », (1987) 5-12 *Software Protection* 1; Scott J. SPOONER, « The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's UCITA », (2001) 7 *Richmond Journal of Law and Technology* 27.

⁷⁶ *Supra*, Partie 1, paragraphe A, i).

⁷⁷ Voir notamment sur le sujet V. GAUTRAIS et E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 34, 279.

⁷⁸ Barry B. SOOKMAN, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, vol.1, Toronto, Carswell, 2000, p. 2-73 : « The enforceability of shrink wrap licences has not yet been tested in the courts in Canada. It is submitted that they will not be enforceable against an ordinary vendee, unless there is some clear communication of the shrink wrap terms at the time of purchase to the party to whom the software is sold. The reason is that an ordinary vendee without knowledge of any restrictions affecting the use of goods is not bound to honour any restrictions concerning the goods since restrictive conditions do not run with them. If the vendor sells, imposing no restriction or condition upon his purchaser at the time of sale, he cannot impose a condition subsequently by a delivery of the goods with a

une réalité à décrire que ce soit sur le plan juridique (a) ou sur le plan communicationnel (b). C'est ce que nous verrons successivement.

a) Réalité juridique du « wrap »

S'il est possible de faire un rapide historique des décisions rendues en la matière, au Canada mais surtout aux États-Unis, l'accent a surtout été mis sur les décisions qui ont accepté de reconnaître la validité d'un tel procédé. Pourtant, nous croyons qu'en bien des cas, il importe d'examiner ces décisions judiciaires dans leur ensemble et si le juge a pris la bonne décision, il n'est pas toujours possible d'en tirer des principes généraux. Nous verrons successivement une affaire américaine sur les « shrinkwraps », puis une en droit canadien sur les « clickwraps », avant d'examiner le traitement apporté à un « browsewrap » aux États-Unis.

À cet égard, et concernant le « shrinkwrap », il est d'abord possible de penser à la célèbre affaire *ProCD c. Zeidenberg*⁷⁹ où, en appel, une personne qui avait reproduit une banque de données non protégée par le *Copyright Act* était néanmoins soumise à une clause contractuelle que l'on trouvait à l'intérieur de la boîte, contenant du produit en question. En conséquence, ladite clause a été considérée comme ayant été valablement acceptée et donc cette forme de manifestation de volonté a été reconnue. Cette affaire a permis la consécration d'une telle pratique et la jurisprudence précédente jusqu'alors réfractaire a été vite oubliée⁸⁰, exerçant une influence indéniable par la suite⁸¹. « Juste » sur le plan « moral », un entrepreneur faisant les frais d'un individu, Monsieur Zeidenberg, ayant eu un comportement pour le moins opportuniste⁸², et « utile » sur le plan économique⁸³, l'on peut s'étonner de l'absence de principes de base ou de critères de reconnaissance de cette validité⁸⁴. Plus précisément, nous n'avons pas été totalement conquis par les propos de la cour qui tente de démontrer que le fait que les clauses en cause étaient à l'intérieur de la boîte et non sur la couverture elle-même, et donc pas immédiatement

condition endorsed upon them or on the package in which they are contained. Unless the purchaser knows of the condition at the time of sale, he has the benefit of the implied licence to use the article free from conditions ». Extrait reproduit et utilisé dans *North American Systemshops c. King*, précitée.

⁷⁹ (1996) 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996) (également disponible à <http://www.complaw.com/lawlibrary/procd.html>).

⁸⁰ *Step-Saver Data System c. Wyse Technology*, (1991) 939 F. 2d 91 ; *Vault c. Quaid Software*, (1988) 847 F. 2d 255 ; *Arizona Retail System c. Software Link*, (1993) 831 F. supp. 759.

⁸¹ Ryan J. CASAMIQUELA, « Contractual Assent and Enforceability in Cyberspace », (2002) 17 *Berkeley Technology Law Journal* 475, 478.

⁸² Il s'agissait d'un particulier qui avait repris le contenu d'une base de données accompagné d'un logiciel non protégeable (car il s'agissait d'une liste de numéros de téléphone non sujette à la protection du *Copyright Act* selon la décision *Feist Publications c. Rural Telephone Service*, (1991) 499 U.S. 340) et qui, avec quelques modifications, l'avait offert contre rémunération sur l'Internet, contrairement à ce qui était permis aux termes de la licence. Le « copieur » avait fait des bénéfices importants avec ce nouveau produit au détriment de l'auteur initial, qui avait dépensé des sommes considérables pour réaliser ce produit et entendait protéger sa mise au moyen du contrat.

⁸³ Robert W. GOMULKIEWICZ, « The License Is the Product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing », (1998) 13 *Berkeley Technology Law Journal* 871, 902-903.

⁸⁴ Si ce n'est la référence qui y est faite à l'article 2-204 du *Uniform Commercial Code* américain qui prévoit : « A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract »

accessible à l'adhérent, n'est pas un élément déterminant. Globalement, la motivation employée tourne autour de l'usage, des pratiques, de ce qui se fait déjà⁸⁵. Deux motivations particulières méritent d'être discutées plus avant. Tout d'abord, la comparaison avec les contrats d'assurance⁸⁶, où effectivement, la protection peut avoir lieu avant qu'il y ait eut une acceptation formelle de l'assuré, ne nous apparaît pas pertinente dans la mesure où l'on cherche dans ce cas particulier d'offrir à la partie faible, l'assuré, une protection le plus rapidement possible. Ce rapport de force, cet élément factuel et la considération d'ordre public qui apparaissent dans ce cas ne nous semblent pas présents dans l'exemple de l'industrie du contenu qu'est celui de *ProCD*. En outre, une énumération de contrats de consommation où l'acceptation du consommateur intervient une fois le contrat formé est proposée⁸⁷. Néanmoins, là encore, et sans les prendre tous, il nous semble qu'il y a souvent des éléments de distinction avec la situation qui est la nôtre⁸⁸. Ce peut être l'enjeu en cause, l'importance de la restriction que la clause présente, l'impossibilité de faire autrement, etc. Plus généralement, cette approche rhétorique basée sur l'exemple ne nous apparaît pas totalement convaincante.

De la même manière, la décision *Rudder c. Microsoft* rendue par la Cour supérieure de l'Ontario⁸⁹ a souvent donné lieu à une acceptation jugée inconditionnelle par un juge canadien, et cette fois, directement sur la notion de « clickwrap ». De la même manière également, si la décision paraît bonne, elle n'est assurément pas transposable à toutes les situations de contrats électroniques. D'abord, parce que la requête initiée par deux étudiants en droit pour une somme de 75 millions de dollars semblait quelque peu frivole, et ce, en dépit de l'absence d'explication des faits dans la demande. En effet, l'action visait un recours collectif au nom de 89 000 abonnés payants du service d'information MSN. Aussi, l'étape préliminaire consistait à rendre inapplicable une clause d'attribution de compétence d'un juge situé dans l'État de Washington, lieu du siège social de Microsoft. Ensuite, parce que le juge Winkler considère que les requérants n'ont pas fait la preuve, d'une part, qu'il devait regarder avec suspicion la clause d'attribution de

⁸⁵ *ProCD c. Zeidenberg*, précité, note 79, paragraphe 2: « Transactions in which the exchange of money precedes the communication of detailed terms are common. »

⁸⁶ *Id.*: « Consider the purchase of insurance. The buyer goes to an agent, who explains the essentials (amount of coverage, number of years) and remits the premium to the home office, which sends back a policy. On the district judge's understanding, the terms of the policy are irrelevant because the insured paid before receiving them. Yet the device of payment, often with a "binder" (so that the insurance takes effect immediately even though the home office reserves the right to withdraw coverage later), in advance of the policy, serves buyers' interests by accelerating effectiveness and reducing transactions costs. »

⁸⁷ La Cour d'appel évoque l'achat d'un billet de concert, l'achat d'une radio, l'achat d'un médicament, etc., mais aussi la réalité des ventes en ligne et on peut y lire ce qui suit : « Next consider the software industry itself. Only a minority of sales take place over the counter, where there are boxes to peruse. A customer pay place an order by phone in response to a line item in a catalog or a review in a magazine. Much software is ordered over the Internet by purchasers who have never seen a box. Increasingly software arrives by wire. There is no box; there is only a stream of electrons, a collection of information that includes data, an application program, instructions, many limitations ("MegaPixel 3.14159 cannot be used with BytePusher 2.718"), and the terms of sale. The user purchases a serial number, which activates the software's features. »

⁸⁸ À cet égard, nous y reviendrons quand nous évoquerons les solutions envisageables dans Partie 1, paragraphe B, ii) a) s'intitulant *Les critères subjectifs*.

⁸⁹ (1998) Cour supérieure de l'Ontario, disponible à http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/_textes/rudder.doc.

compétence en cause⁹⁰ et, d'autre part, ce qui est plus directement relié à notre questionnement, que la mise à la connaissance par le biais d'un support électronique n'était pas substantiellement différente de ce qui se passe sur un support papier⁹¹. Ce dernier point, évidemment, nous intéresse particulièrement dans la mesure où il s'agit d'une des rares décisions qui mesure « un peu » l'un et l'autre support⁹². Une chose qui nous apparaît clairement est que la qualité des requérants, juristes, mais surtout le fait qu'ils semblaient avoir une connaissance effective de la clause litigieuse⁹³, ont été pris en compte.

En revanche, et dans une situation sensiblement différente, il nous est difficile de trouver des arguments pour justifier la décision dans *Kavitz c. Rogers Cable*⁹⁴ où, toujours en Ontario, une Cour supérieure considère qu'une clause amendée et « posée » sur un site Internet est un mode suffisant de mise à la connaissance. Outre les remarques quant au fond qu'il est possible de faire sur une telle pratique⁹⁵, dans cette affaire, et malgré les arguments du demandeur relatifs à la

⁹⁰ *Id.* : « Forum selection clauses are generally treated with a measure of deference by Canadian courts. Madam Justice Huddart, writing for the court in *Sarabia v. "Oceanic Mindoro"* (1996), 4 C.P.C. (4th) 11 (B.C.C.A.), leave to appeal denied [1997] S.C.C.A. No. 69, adopts the view that forum selection clauses should be treated the same as arbitration agreements. She states at 20: Since forum selection clauses are fundamentally similar to arbitration agreements, ...there is no reason for forum selection clauses not to be treated in a manner consistent with the deference shown to arbitration agreements. Such deference to forum selection clauses achieves greater international commercial certainty, shows respect for the agreements that the parties have signed, and is consistent with the principle of international comity. »

⁹¹ *Id.* : « The argument advanced by the plaintiffs relies heavily on the alleged deficiencies in the technological aspects of electronic formats for presenting the terms of agreements. In other words, the plaintiffs contend that because only a portion of the Agreement was presented on the screen at one time, the terms of the Agreement which were not on the screen are essentially "fine print". I disagree. The Member Agreement is provided to potential members of MSN in a computer readable form through either individual computer disks or via the Internet at the MSN website. In this case, the plaintiff Rudder, whose affidavit was filed on the motion, received a computer disk as part of a promotion by MSN. The disk contained the operating software for MSN and included a multi-media sign up procedure for persons who wished to obtain the MSN service. As part of the sign-up routine, potential members of MSN were required to acknowledge their acceptance of the terms of the Member Agreement by clicking on an "I Agree" button presented on the computer screen at the same time as the terms of the Member Agreement were displayed. »

⁹² *Id.* Néanmoins, « there are no physical differences which make a particular term of the agreement more difficult to read than any other term, (...) no fine print. (...) The terms are set out in plain language, absent words that are commonly referred to as 'legalese.' »

⁹³ *Id.* : « Rudder admitted in cross-examination on his affidavit that the entire agreement was readily viewable by using the scrolling function on the portion of the computer screen where the Membership Agreement was presented. Moreover, Rudder acknowledged that he "scanned" through part of the Agreement looking for "costs" that would be charged by MSN. He further admitted that once he had found the provisions relating to costs, he did not read the rest of the Agreement. » D'ailleurs, il est intéressant de voir dans *Forrest c. Verizon Communications*, (2002) 805 A. 2d 1007, 1009, que l'appelant est lui-même un avocat employé par le ministère de la justice.

⁹⁴ (2002) 58 O. R. 3rd 299, également disponible à : http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf.

⁹⁵ Notons seulement que certains systèmes de droit ont pris l'initiative d'interdire de telles pratiques à moins qu'une notification explicite ait été faite au consommateur dans la mesure où cela crée un déséquilibre indu entre les parties. En France, voir l'article *R. 132-2 alinéa 2 du Code de la consommation*, cité dans Commission des clauses abusives relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, *op. cit.*, note 15.

forme du contrat⁹⁶ selon lequel 1) la notification aurait du être effectuée par courriel⁹⁷, 2) le contrat en cause aurait du être sur la page d'accueil du site⁹⁸ et 3) la clause d'arbitrage en question était « enterrée » (buried) dans un ensemble d'autres clauses, le juge considéra l'amendement valable. Il statua en effet que le contrat initial prévenait l'adhérent que le rédacteur du contrat pouvait à sa convenance modifier le contrat de la sorte. Il tint compte par ailleurs de la nature du service et prétendit :

« I am also mindful, in reaching my conclusion on this point, of the fact that we are dealing in this case with a different mode of doing business than has heretofore been generally considered by the courts. We are here dealing with people who wish to avail themselves of an electronic environment and the electronic services that are available through it. It does not seem unreasonable for persons, who are seeking electronic access to all manner of goods, services and products along with information, communication, entertainment and other resources, to have the legal attributes of their relationship with the very entity that is providing such electronic access, defined and communicated to them through that electronic format. »⁹⁹

Même si la preuve laisse suggérer que le plaignant aurait admis s'être rendu sur la page mentionnant que le contrat avait été amendé¹⁰⁰, cette situation qui s'apparente à une situation de « browswrap » ne nous paraît ni à l'écoute des arguments du client, qui, il est vrai, n'a pas semblé dégager les efforts optimums pour faire valoir sa cause¹⁰¹, ni tenter d'offrir des guides de comportement à une industrie naissante qui en a pourtant bien besoin, ni enfin conforme aux principes qui tendent de plus en plus à se dégager en gestion électronique¹⁰². Aussi, même si le

⁹⁶ Nous ne présentons et n'interprétons pas ici les arguments quant à la question d'iniquité (unconscionability) d'une telle clause que le juge n'a d'ailleurs pas reconnue, nos propos visant, comme vu précédemment, les arguments de forme et moindrement les arguments de fond.

⁹⁷ Ce qui constitue techniquement une opération somme toute facile à effectuer, dans la mesure où cela peut être automatisé par le fournisseur d'accès. D'ailleurs, au regard des usages de la communauté, plusieurs compagnies importantes agissent désormais de la sorte. Voir aussi Jean BRAUCHER, « Replacing Paper Writings with Electronic Records in Consumer Transactions: Purposes, Pitfalls and Principles », (2003) 7 *North Carolina Banking Institute* 29, 36.

⁹⁸ En effet, pas moins de cinq « clics » étaient nécessaires pour accéder au document en question.

⁹⁹ *Précitée*, note 94, paragraphe 32.

¹⁰⁰ *Id.*, paragraphe 25.

¹⁰¹ *Id.*, paragraphe 12 : « Before turning to my analysis of the issues, I should also mention that on this motion there were two affidavits filed. For the plaintiffs, an affidavit from the plaintiff, Hugh Wallis, was filed and on which he was cross-examined. For the defendant, an affidavit from Vic Pollen, Vice-President of Customer Operations, was filed. No cross examination took place on that affidavit. There are two consequences that flow from this. One is that the evidence of the defendant is largely unchallenged. The other is that I have only the evidence of one of the representative plaintiffs regarding the circumstances surrounding the execution of the user agreement, the efforts made to access the defendant's web site for updates to the user agreement, the alleged lack of notice to customers of the amendments to the user agreement, the allegations of unconscionability and so on. ».

¹⁰² Si la notion de confiance est le maître mot qui découle du domaine de la consommation électronique et si son absence est souvent pointée du doigt comme la cause première de la « gueule de bois » du commerce

plaignant avait une bonne connaissance du domaine et n'était peut-être pas dans une réelle situation de vulnérabilité¹⁰³, nous croyons qu'il est difficile d'attribuer une portée générale à la présente décision¹⁰⁴.

Cette situation est d'autant plus surprenante qu'aux États-Unis, toujours concernant les « browsewrap », l'affaire la plus retentissante *Specht c. Netscape*¹⁰⁵ a davantage fait preuve de mesure. Sans totalement condamner cette façon de faire, une distinction est néanmoins apparue avec le procédé de « clickwrap ». Aussi, et se basant sur l'affaire *Pollstar*¹⁰⁶, le juge considère que le défendeur n'a pas fait preuve de la diligence nécessaire pour offrir une mise à la connaissance suffisante aux plaignants. D'ailleurs, les autres produits *Netscape* ne peuvent être téléchargés que si un « clic » a été expressément actionné¹⁰⁷. La réponse à cette dernière façon de contracter paraît donc plus limpide et beaucoup moins aléatoire.

Une chose est sûre, il est difficile de considérer que ces décisions « phares » puissent à elles seules dégager des principes de base eu égard à l'importance de la situation qui les caractérise. Il importe donc d'aller plus loin dans la recherche de critères. Mais ceci demande au préalable une analyse extra-juridique de ce qu'est le « clic ».

b) Réalité communicationnelle du « wrap »

électronique, l'une des solutions qui est la plus souvent utilisée pour pallier ce manque est justement de personnaliser la relation avec le client consommateur. Ainsi, une technique impersonnelle comme celle utilisée par le défendeur est assurément difficile à conseiller sur le plan commercial.

¹⁰³ L'attitude du plaignant, qui dispose d'une maîtrise en informatique, a en effet été qualifiée de « non sincère » (disingenuous) (paragraphe 29). Et le cœur du débat est peut-être situé ici. En fait, il nous apparaît que les motivations profondes du juge sont davantage de nature subjective relativement tant à la qualité du demandeur que sur la façon dont il a orchestré sa demande.

¹⁰⁴ J. BRAUCHER, *loc. cit.*, note 97, 37 : « Consumer protection enforcement actions have focused on misleading or unfair practices with respect to changes in terms, such as price increases or loss of aspects of service. If, for example, a consumer signs up for an initial term of access to an online service, notice should be given at that time that price and services may change upon renewal. Furthermore, when the renewal date arrives, it is safest to get active assent after disclosure, requiring the customer to send a message or to click to sign up for renewal. The customer should have a clear option to terminate the service to avoid the changed terms. Blanket assent to later changes, given at the time of contracting, is insufficient. Tricky practices with respect to renewal are very annoying to customers. They are not a recipe for long-term customer loyalty or trouble-free relationships with regulators. » (les notes de bas de page ont été enlevées).

¹⁰⁵ (S.D.N.Y. 2001) 150 F. Supp. 2d 585, également disponible à <http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/pdf/D02NYSC/01-07482.PDF>.

¹⁰⁶ *Pollstar c. Gigmania*, (E.D. Cal. Oct. 17, 2000) No. CIV-F-00-5671, 2000 WL 33266437 : « Viewing the web site, the court agrees with the defendant that many visitors to the site may not be aware of the license agreement. Notice of the license agreement is provided by small gray text on a gray background. . . . No reported cases have ruled on the enforceability of a browse wrap license. . . . While the court agrees with [the defendant] that the user is not immediately confronted with the notice of the license agreement, this does not dispose of [the plaintiff's] breach of contract claim. The court hesitates to declare the invalidity and unenforceability of the browse wrap license agreement at this time. »

¹⁰⁷ *Specht c. Netscape*, précitée, note 105, page 14.

Pourtant, il est difficile de ne pas tenir compte de la réalité que ces phénomènes, le « clic » et le lien hypertexte, constituent. En effet, il importe de considérer certains éléments qui nuisent aux fonctions qu'ils sont censés remplir, à savoir, en l'occurrence la manifestation de volonté. D'abord, et si l'on étudie particulièrement le cas du « clic », ce procédé est banal, trop banal, et il apparaît clairement que le « cliqueur » appui sur un icône ou un bandeau sans toujours avoir à l'esprit que son acte est susceptible de conséquences juridiques¹⁰⁸. Il est donc facile pour l'internaute de cliquer de façon compulsive, d'autant plus qu'il aura effectué le même geste pour simplement ouvrir son ordinateur. Ensuite, ce comportement demande à être socialement et psychologiquement appréhendé, ce qui n'est pas encore le cas semble-t-il. Plutôt que de s'associer à un texte, se l'approprier, le « cyberlecteur », conformément aux propos de Christian Vandendorpe, « zappe »¹⁰⁹, butine. L'auteur écrit à ce sujet :

« Comment retenir le lecteur de cliquer tous azimuts, et de passer ainsi à côté de développements que l'auteur considère comme importants? En soi, chaque bouton à cliquer est une invitation à aller plus loin, une promesse de contenu. »¹¹⁰

Autre élément, il est de la nature même d'Internet d'aller vite et de voler les étapes¹¹¹. Il serait donc peut-être nécessaire de sciemment tenter de ralentir le processus; de donner du temps au temps pour permettre l'appréciation des clauses contractuelles.

Sans doute, il est donc impérieux que le caractère passif du « clic » soit insufflé de davantage de prise de conscience par celui qui s'oblige; qu'il soit consécutif d'une action plus significative dans l'esprit du « cliqueur ». C'est ce que nous verrons maintenant avec des illustrations de solutions.

¹⁰⁸ Un « clic » peut en effet être utilisé pour des actions variées comme l'ouverture d'une session d'utilisation de logiciel, comme un mode de navigation sur Internet, etc.. Il est notamment possible de penser à tous les « clics » opérés, le matin, afin d'ouvrir son ordinateur, et ce, sans qu'il n'y ait forcément manifestation de volonté consécutive d'une formation d'un contrat.

¹⁰⁹ C. VANDENDORPE, *loc. cit.*, note 58, 14.

¹¹⁰ *Id.* On peut lire également : « Par le mécanisme de dévoilement qui lui est inhérent, ce système en appelle particulièrement à la psychologie infantine. Valéry a noté combien l'enfant tend à faire fonctionner tout ce qui est susceptible d'un fonctionnement : S'il y a un anneau, on tend à le tirer, une porte, à l'ouvrir, une manivelle, à la tourner - une culasse, à la faire jouer. (...) S'il y a un escalier, à le gravir... un morceau de bois, à le mordre, un bassin d'eau, à y jeter toute chose. (*Cahiers I*, p. 912) De façon générale, le déplacement par clics de souris contribue à donner au lecteur le sentiment d'avoir le plein contrôle de l'objet (dans la mesure où le programmeur a bien voulu laisser ce contrôle au lecteur...) et de pouvoir suivre souverainement ses impulsions. Par la médiation technologique, l'usager se donne ainsi un sentiment de puissance bien supérieur à celui que procure la manipulation des pages d'un livre. En somme, la souris produit un effet analogue à celui de la télécommande dans le domaine de la télévision. Le simple fait de pouvoir changer de chaîne à partir d'une légère impulsion du pouce encourage une consommation frénétique de miettes d'émissions. De même, la navigation par souris tend à encourager des déplacements chaotiques et extrêmement rapides, au cours desquels le lecteur n'a pas toujours le temps d'assimiler l'information qui lui est présentée. »

¹¹¹ Roger E. SCHECHTER, « The Unfairness of Click-On Software Licenses », (2000) 46 *Wayne Law Review* 1735, 1742-1743. *Supra*, Partie 1, Paragraphe A, I).

ii) Solutions proposées

Le droit du commerce électronique est parfois qualifié de « zone de non-droit »; la notion de « vide juridique »¹¹² fut plusieurs fois considérée comme étant associée au cyberspace et aux tentatives de son encadrement. Il n'y a rien de plus faux si l'on se base tant sur la jurisprudence¹¹³ que sur la doctrine¹¹⁴ qui apportent en matière de consentement électronique un lot fort fourni d'exemples, de solutions aussi.

¹¹² André LUCAS, « La réception des nouvelles techniques dans la loi: l'exemple de la propriété intellectuelle », dans Ysolde GENDREAU (dir.), *Le lisible et l'illisible*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 125, à la page 134 : « Il y a un véritable fantôme, relayé par les médias et souvent par les responsables politiques, du vide juridique. La vérité est que les groupes de pression appellent vide juridique la règle existante qui ne leur convient pas. Prétendre légiférer à chaque nouvelle percée technique, c'est se condamner à une fuite en avant qui ne peut être que porteuse d'insécurité juridique. »

¹¹³ Par exemple *America Online c. Booker*, (Fla. Dist. Ct. App. Feb. 7, 2001) No. 3D00-2020, 2001 WL 98614; *America Online c. Super. Ct. (In re Mendoza)*, (2001) 108 Cal. Rptr. 2d 699; *Caspi c. Microsoft Network*, (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999) 732 A.2d 528; *Celmins c. America Online*, (1999) 748 So. 2d 1041; *Compuserve c. Patterson*, (1996) 89 F.3d 1257; *Groff c. America Online*, (R.I. Super. Ct. May 27, 1998) No. PC 97-0331, 1998 WL 307001; *Hotmail c. Van\$ Money Pie*, (N.D. Cal. Apr. 16, 1998) Nos. C-98JW PVT ENE, C 98-20064JW, 1998 WL 388389; *Lieschke c. RealNetworks*, (N.D. Ill. Feb. 11, 2000) Nos. 99 C 7274, 99 C 7380, 2000 WL 198424; *In re RealNetworks*, (N.D. Ill. May 8, 2000) No. 00 C 1366, 2000 WL 631341; *Williams c. American Online*, (2001) 43 U.C.C. Rep. Serv. 2d 1101; *Specht c. Netscape Communications*, précitée, note 105; *Ticketmaster c. Tickets.com.*, (C.D. Cal. Mar. 27, 2000) No. CV 99-7654 HLH, 2000 WL 525390; *Williams c. America Online*, (Mass. Super. Ct. Feb. 8, 2001) No. CIV A. 00-962, 2001 WL 135825; *Mortenson c. Timberline Software*, (1999) 970 P. 2d 803; *Forrest c. Verizon Communications*, précitée, note 93.

¹¹⁴ On peut citer sur le sujet les auteurs suivants : Anthony M. BALLOON, « From Wax Seals to Hypertext: Electronic Signatures, Contract Formation, and a New Model for Consumer Protection in Internet Transactions », (2001) *Emory Law Journal* 905; Melissa ROBERTSON, « Is Assent still e Prerequisite for Contract Formation in Today's economy? », (2003) *Washington Law review* 265; Mark A. LEMLEY, « Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses », (1995) 68 *Southern California Law Review* 1239, aussi disponible à <http://cyber.law.harvard.edu/property/alternative/lemley1.html>; Richard G. KUNDEL, « Recent Developments in Shrinkwrap, Clickwrap and Browsewrap Licenses in the United States », (2002) 9-3 *E LAW – Murdoch University Electronic Journal of Law* disponible à <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v9n3/kunkel93nf.html>; Jennifer FEMMINELA, « Online Terms and Conditions Agreements: Bound by the Web », (2003) *Saint John's Journal of Legal Commentary* 87; Sean F. CROTTY, « The How and Why of Shrinkwrap License Validation under the Uniform Computer Information Transaction Act », (2000) 33 *Rutgers Law Journal* 745; David L. HAYES, « The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-line and Off-line », (1997) disponible à http://www.fenwick.com/pub/ip_pubs/Enforceability%20Shrinkwrap/shrinkwrap.htm; Francis M. BUONO et Jonathan A. FRIEDMAN, « Maximizing the Enforceability of Click-Wrap Agreements », (1999) 4-3 *Journal & Technology Law Journal* 3, disponible à http://journal.law.ufl.edu/~techlaw/4-3/friedman.html#ren*; David A. EINHORN, « Shrink-wrap Licenses: the Debate Continues », (1998) 38 *IDEA* 383; Peter BROWN, « Validity of Clickwrap Licenses », (2002) *Practising Law Institute* 45; Daniel B. RAVICHER, « Facilitating Collaborative Software Development: The Enforceability of Mass-Market Public Software Licenses », (2000) 5 *Virginia Journal of Law and Technology* 11 disponible à <http://www.vjolt.net/vol5/issue3/v5i3a11-Ravicher.html>; Martin H. SAMSON, « Click-Wrap Agreement Held Enforceable », (2000) <http://www.phillipsnizer.com/artnew27.htm>; Jean BRAUCHER, « Delayed Disclosure in Consumer E-Commerce as an Unfair and Deceptive practices », (2000) 46 *Wayne Law Review* 1805; Mark BUDNITZ, « Consumers Surfing for Sales in Cyberspace: What Constitutes Acceptance and What Legal Terms and Conditions Bind the Consumer? », (2000) 16 *Ga. St. Univ. L. Rev.* 741; Francis M. BUONO, Demetrios A. ELEFTHERIOU et Stephanie PODEY, « The Hype over Hyperlinked Terms of Service - They are Likely Unenforceable », (déc. 2000 – jan. 2001) *E-Com. L. Rpt.* 2; Dawn DAVIDSON, « Click and Commit: What Terms Are Users Bound to When They Enter Web Sites? », (2000) 26 *William Mitchell Law Review* 1171; Jane M. ROLLING, « The UCC Under Wraps: Exposing the Need for More Notice to Consumers of Computer Software with Shrinkwrapped Licenses », (1999) 104 *Commercial Law Journal* 197 (1999); Zachary M.

Mais avant de les découvrir dans le détail, il nous apparaît que le traitement de nombreuses sources juridiques nous amène à considérer, comme le juge Easterbrook l'affirme accessoirement dans l'affaire *ProCD c. Zeidenberg*, que la question du consentement en est une de « coût de transaction »¹¹⁵. Aussi, et eu égard à notre perspective axée sur la recherche de solutions, il nous est possible d'identifier deux grandes catégories de critères.

En premier lieu, l'on peut identifier certains critères subjectifs et parmi eux, cette notion pourrait être évaluée au regard, de l'importance de la clause contractuelle en cause, de la facilité à la faire connaître au mieux à l'adhérent, de la qualité de l'adhérent ou encore de la connaissance effective de ce dernier. Plus généralement, il importe d'évaluer l'effort déployé par le rédacteur pour faire connaître les clauses contractuelles à celui qui souscrit. Un autre critère subjectif tient lieu également, nous l'avons vu dans *ProCD*, de l'attitude opportuniste de certains profiteurs¹¹⁶. Plus généraux, ces critères subjectifs découlent en grande partie du bon sens. En effet, ce formalisme indirect¹¹⁷ demande qu'une adéquation soit faite entre l'importance de la transaction et l'effort mis en œuvre pour la conclure. Une balance doit donc être proposée entre la diligence employée

HARRISON, « Just Click Here: Article 2B's Failure to Guarantee Adequate Manifestation of Assent in Click-wrap Contracts », (1998) 8 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 907; Darren C. BAKER, « ProCD v. Zeidenberg: Commercial Reality, Flexibility in Contract Formation, and Notions of Manifested Assent in the Arena of Shrinkwrap Licenses », (1997) 92 *North Western University Law Review* 379; Joseph C. WANG, « ProCD, Inc. v. Zeidenberg and Article 2B: Finally, the Validation of Shrinkwrap Licenses », (1997) 16 *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 439; Donnie L. KIDD et William H. DAUGHTREY, « Adapting Contract Law To Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions », (2000) 26 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 215; Mark SELICK, « E-Contract Issues and Opportunities for the Commercial Lawyer », (2000) 16 *Banking and Finance Law Review* 1; David WHITETAKER, « An Overview of Some Rules and Principles for Delivering Consumer Disclosures Electronically », (2003) 7 *North Carolina Banking Institute* 11; Batya GOODMAN, « Honey, I Shrink-Wrapped the Consumer: The Shrink-Wrap Agreement as an Adhesion Contract », (1999) *Cardozo Law Review* 319; David E. CASE, « Common Mistakes Made by Licensors in Administrating Clickwrap Agreements », (2002) 19 *Computer and Internet Lawyer* 16; R. A. HILLMAN et J. J. RACHKLINSKI, *loc. cit.*, note 23; R. E. SCHECHTER, *loc. cit.*, note 111; Lydia WILHELMI, *loc. cit.*, note 11; R. J. CASAMIQUELA, *loc. cit.*, note 81; K. M. DAS, *loc. cit.*, note 74; S. J. SPOONER, *loc. cit.*, note 75; J. BRAUCHER, *loc. cit.*, note 97.

¹¹⁵ *ProCD c. Zeidenberg*, précité, note 79, paragraphe 2: « accelerating effectiveness and reducing transactions costs ».

¹¹⁶ C'est le cas dans *ProCD c. Zeidenberg*, précité, note 79, mais aussi dans *Rudder c. Microsoft*, précité, note 89. L'on peut également citer *Register.com c. Verio*, (1998) 126 F. Supp. 2d 238 (individu utilisant les listes de personnes inscrites sur ce registre de noms de domaine pour faire du pourriel et même si le contrat électronique en était un de « browsewrap »).

¹¹⁷ Par formalisme indirect, entendons une forme qui n'est pas prépondérante à la validité d'un acte mais qui aide à sa preuve. Voir Jérôme HUET et Herbert MAISL, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 657; Alain PIEDELIEVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, Thèse française, Paris, 1959, pp. 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 la 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. ». Voir aussi Jacques FLOUR, *op. cit.*, note 3, à la page 101.

par le commerçant pour faire connaître les clauses contractuelles en question et un mode de formation des contrats électroniques qui soit rapide et efficace. Il s'agirait donc de mettre en place une sorte de « test de proportionnalité »¹¹⁸, comme il s'en exerce en droit constitutionnel ou administratif.

Aussi, face au caractère général des critères subjectifs, nous mettrons l'accent sur les autres critères. En effet, et en second lieu, la jurisprudence et la doctrine ont tenté de proposer des critères objectifs comme la capacité de vérifier les éléments essentiels du contrat avant de contracter, la clarté des clauses et du processus contractuel, l'aménagement de l'espace visuel de l'acceptation de l'adhérent, etc. En fait, ces critères objectifs permettent d'apprécier le quatrième et dernier critère subjectif, à savoir, l'effort du commerçant à faire connaître le contenu de son contrat. Des critères qui permettraient en effet d'amorcer une tentative d'encadrement d'une pratique qui tirerait profit d'une meilleure harmonisation¹¹⁹.

Parmi les critères objectifs qui aident tant à la lisibilité du document qu'à la prise de conscience du « clic », à sa validité, un groupe d'auteurs¹²⁰, sur la base de la jurisprudence américaine, en a identifié cinq catégories majeures¹²¹ qui permettent de faire une synthèse de ce qui a parfois déjà été étudié.

En premier lieu, et ce peut paraître une évidence¹²², l'adhérent ou le consommateur doit être en mesure d'accéder aux clauses contractuelles avant la conclusion proprement dite du contrat électronique¹²³. Sans ce préalable, il ne doit pas pouvoir avoir accès aux bien, service ou licence

¹¹⁸ K. M. DAS, *loc. cit.*, note 74.

¹¹⁹ Allan FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company 1990, Section 4.26 : « Standardization of agreements serves many of the same functions as standardization of goods and services; both are essential to a system of mass production and distribution. Scarce and costly time and skill can be devoted to a class of transactions rather than the details of individual transactions. ».

¹²⁰ Christina L. KUNZ, Heather THAYER, Maureen F. DEL DUCA, et Jennifer DEBROW, « Click-Through Agreements: strategies for avoiding disputes on validity of assent », (2001) [http://www.steptoe.com/webdoc.nsf/Files/220b/\\$file/220b.pdf](http://www.steptoe.com/webdoc.nsf/Files/220b/$file/220b.pdf); AMERICAN BAR ASSOCIATION, « Bibliography on Click-Through Agreements » (2002) <http://www.abanet.org/buslaw/cyber/sub/econtracting/materials/20020930bib.pdf>.

¹²¹ Ces cinq grands groupes sont inspirés par cette dernière référence.

¹²² Pourtant, Jean Braucher, professeure américaine, qui a participé à la rédaction d'un projet fédéral sur les ventes en ligne d'œuvres protégés par le droit d'auteur (UCITA), prétendait en 1999 que sur 64 compagnies qui vendaient en ligne de tels produits bénéficiant des protections contractuelles spécifiques, huit seulement permettaient à l'acheteur de les connaître avant que le paiement ne soit fait.

¹²³ *Ticketmaster c. Tickets.com*, précité, note 113; *Williams c. American Online*, précité, note 113; *Specht c. Netscape Communications*, précité, note 105; *Pollstar c. Gigamania*, précité, note 106. Mentionnons également la *Loi ontarienne de 2002 sur la protection du consommateur*, L.R.O. 2002, c. 30, articles 37 à 40 portant sur les « Conventions électroniques », disponible à <http://www.canlii.org/on/loi/icon/20030205/1.o.2002c.30ann.a/tout.html> qui prévoit à l'article 38 (1): « Le fournisseur divulgue au consommateur les renseignements prescrits avant de conclure une convention électronique avec lui. » *Loi manitobaine sur la protection du consommateur*, C.P.L.M. c. C200, disponible à <http://www.canlii.org/mb/loi/cplm/20030312/c.p.l.m.c.c200/tout.html>, articles 127 à 135 dans une section s'intitulant « Conventions Internet » et qui prévoit : « 129 (2) Pour l'application du paragraphe (1), le vendeur est réputé avoir fourni par écrit à l'acheteur les renseignements prescrits s'il : a) les a envoyés à l'adresse électronique que l'acheteur lui a donnée à cette fin; b) les a mis sur Internet de telle sorte que l'acheteur : (i) y ait accédé avant de conclure la convention, (ii) puisse les conserver et les imprimer. » *An Act to Amend The Consumer*

qu'il entend acquérir¹²⁴. De plus, les clauses contractuelles doivent être facilement lisibles¹²⁵, à savoir, notamment, que l'usage des liens hypertextes doit être calculé et, par exemple, que l'impression doit pouvoir être facilitée. Enfin, l'accès au contrat devrait pouvoir être également disponible une fois le contrat conclu¹²⁶.

En deuxième lieu, les auteurs identifient des critères reliés à la présentation générale des clauses contractuelles qui doit être de bonne qualité, adaptée au support, et conforme aux exigences formelles comme celles d'écrit¹²⁷ ou de signature.

En troisième lieu, le consentement doit être explicite. Pour y parvenir, plusieurs propositions peuvent être préconisées. D'abord, il peut être utile que l'acceptation soit mise en perspective à côté d'une alternative de refus. Ainsi, le bouton « j'accepte » doit être positionné à côté d'un autre inscrit « je refuse »¹²⁸. Dans ce dernier cas, le bien ou le service sera refusé au cocontractant. Ensuite, et cela paraît évident, l'icône de dialogue doit être claire et sans ambiguïté¹²⁹. Encore, il importe que le procédé utilisé pour manifester le consentement de celui qui s'engage soit sans équivoque et ne corresponde pas à un comportement utilisé dans le cours normal de l'utilisation du site¹³⁰. De façon encore plus explicite, et afin d'éviter tout risque, il est

Protection Act, Saskatchewan, 2002, chapter 16, disponible à <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/Chapters/2002/chap-16.pdf>, articles 75 (5) à 75 (9) dans une section s'intitulant « Internet Sale Contract » et qui dispose : « 75.52 (1) Before entering into an Internet sales contract with a consumer, a supplier must: (a) disclose to the consumer the information prescribed for the purposes of this section; and (b) provide to the consumer an express opportunity: (i) to accept or decline the Internet sales contract; and (ii) to correct errors immediately before entering into the Internet sales contract. (2) A supplier is considered to have disclosed to the consumer the information prescribed pursuant to clause (1)(a) if the information is: (a) prominently displayed in a clear and comprehensible manner; and (b) made accessible in a manner that ensures that the consumer: (i) has accessed the information; and (ii) is able to retain and print the information. ».

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *In re RealNetworks*, précité, note 113; *Rudder c. Microsoft*, précité, note 89.

¹²⁶ *Supra*, Partie 1, Paragraphe A, i), notamment en ce qui a trait à la situation européenne (*Directive sur le commerce électronique*, précitée, note 49). Ce dernier élément n'est également pas sans nous rappeler la notion de « consultation ultérieure » que l'on trouve dans la *Loi modèle sur le commerce électronique* de la CNUDCI (disponible à <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm>) pour définir la notion d'écrit.

¹²⁷ *In re RealNetworks*, précité, note 113. Dans cette affaire, le litige portait sur une clause arbitrale qui doit être « écrite ». Le juge, ignorant les critères habituels de « consultation ultérieure » (comme dans les provinces du Canada anglais) ou « d'intégrité » (comme au Québec et en France), préfère avancer celui selon lequel le document pouvait être « printed and stored ».

¹²⁸ *Caspi c. Microsoft Network*, précité, note 113; *Groff c. American Online*, précité, note 113; *Specht c. Netscape Communications*, précité, note 105. La encore, voir la *Loi ontarienne 2002 sur la protection du consommateur*, précitée, note 123, article 38 (2) : « Le fournisseur donne expressément au consommateur la possibilité d'accepter ou de refuser la convention et de corriger les erreurs immédiatement avant de la conclure. »

¹²⁹ *Specht c. Netscape Communications*, précité, note 105.

¹³⁰ L'on peut notamment penser à *Register.com c. Verio*, précité, note 116, où le contrat se concluait par le biais de la phrase suivante : « by submitting this query [to the web site's database], you agree to abide by these terms ». Ainsi, la manifestation de volonté était matérialisée par l'envoi du message, ce qui selon *Specht c. Netscape Communications*, précité, note 105, ne constitue pas un comportement significatif susceptible de valoir manifestation de volonté.

possible de faire en sorte que le consentement se manifeste par le biais d'une zone de saisie où l'adhérent intégrerait son nom ou tout autre identifiant permettant de symboliser son action.

En quatrième lieu, le procédé contractuel doit pouvoir permettre une correction adaptée à ce à quoi l'adhérent ou le consommateur s'est obligé. Si les auteurs sur lesquels nous nous basons prennent appui sur ce point sur le *Uniform Electronic Transaction Act* qui a son article 10 (2) permet à l'adhérent d'aussitôt annuler l'action qu'il vient d'entreprendre par erreur¹³¹, solution que l'on retrouve d'ailleurs dans la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹³², cette correction peut prendre différentes formes. Ainsi, elle peut se matérialiser dans les lois qui permettent en certaines circonstances un droit de repentir ne demandant aucune justification¹³³, dans certaines jurisprudences qui considèrent qu'un consentement est effectif dès lors que le consommateur n'a pas effectué le droit de repentir qui lui était conventionnellement octroyé¹³⁴ ou dans la doctrine qui prône un droit de correction, généralement d'une journée ou deux, plus connu sous l'appellation de « cooling-off period »¹³⁵.

Enfin, et en cinquième lieu, eu égard au caractère tri-temporel du contrat électronique¹³⁶, il importe qu'une trace de ce contrat puisse être accessible. Cela peut se faire soit par l'incitation de l'adhérent à imprimer les conditions de vente du contrat, soit en réservant la tâche au commerçant lui-même¹³⁷.

Ces cinq catégories constituent assurément une ébauche de systématisation de la forme qu'un contrat électronique diligemment traité devrait idéalement satisfaire; et satisfera vraisemblablement bientôt quand le marché se rendra compte de l'importance commerciale de prendre en considération l'utilisateur final.

¹³¹ Disponible à <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/ueta99.htm>.

¹³² *Précitée*, note 49, art. 35 : « La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire. »

¹³³ Par exemple, et sauf exceptions, la *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, article 6.

¹³⁴ *Hill c. Gateway*, (1996) <http://www.law.emory.edu/7circuit/jan97/96-3294.html>; *Bischoff c. DirectTV*, (2002) 180 F. Supp. 2d 1097, 1107.

¹³⁵ Par exemple Anthony T. KRONMAN, « Paternalism and the Law of Contracts », (1983) 92 *Yale Law Journal* 763, 764.

¹³⁶ Ian R. MACNEIL, « The Many Futures of Contracts », (1974) 47 *Southern California Law Review* 691, 706. Il évoque notamment cette question de la multiplicité temporelle dans un paragraphe dénommé « Conscious Awareness of Past, Present and Future ». Cela rejoint le point développé par E. KATSH, *op. cit.*, note 6, p. 129.

¹³⁷ *Supra*, Partie 1, Paragraphe A, ii), et notamment les notes 62 et 63.

Partie 2 - Signature électronique

Une fois le consentement électronique disséqué, il est utile de s'interroger sur la forme la plus commune de le manifester : la signature. La forme la plus commune, certes, mais pas la seule, le droit, et principalement la jurisprudence¹³⁸, accordant une certaine souplesse pour apprécier la réalisation du consentement : les pratiques, des attitudes conventionnellement acceptées¹³⁹, le comportement, une machine¹⁴⁰, le silence même,¹⁴¹ peuvent chacun constituer une forme pour manifester un consentement. Outre cette souplesse dans l'appréciation de la signature, et sauf exception formelle¹⁴², la signature n'est qu'une des façons de faire pour le manifester. L'intention prime et pour plagier l'expression de De Jouvenel, une formalité se doit d'être la servante du contrat, non sa maîtresse. Ainsi, par exemple, des juges ont, tant en *common law* qu'en droit civil, admis qu'une succession de messages pouvait constituer, ensemble, une manifestation de consentement, une intention pour ce faire¹⁴³.

¹³⁸ *Supra*, les propos tenus par le doyen Flour, note 3, quant au rôle de la jurisprudence face à l'appréciation du formalisme.

¹³⁹ Les conventions sur la preuve étant généralement considérées comme étant d'ordre privé. Largement développées en matière d'É.D.I. (échanges de documents informatisés), les conventions relatives à la preuve sont également appelées « accord d'interchange » ou « accord d'échange ». En l'espèce, il s'agira d'un contrat-cadre par lequel deux ou plusieurs personnes, physique ou morale, établissent les conditions juridiques et les techniques d'utilisation de leurs ordinateurs dans le cadre de leurs relations contractuelles commerciales. Sur la question, en droit français, voir par exemple *Cass. Civ. 8 juin 1896*, [1897] 1 D.P. 464; *Cass. Civ. 6 janvier 1936*, [1936] D.H. 115; *Cass. Civ. 6 mars 1958*, [1958] 2 J.C.P. 10902; *Cass. Civ. 16 novembre 1977*, 3 Bulletin civil n°393; *Cass. Civ. 8 novembre 1989*, 1 Bulletin civil n°312; Isabelle de LAMBERTERIE, « De la validité des conventions de preuve (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 novembre 1989) », (août 1990) *Cahiers Lamy de l'informatique* F 1. Elle est corroborée par la doctrine Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil - Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1990,, n°595, p. 559. En droit québécois, voir notamment Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans les échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

¹⁴⁰ Par exemple Jérôme HUET, « Le consentement échangé avec la machine », (1995) 39 *Revue de jurisprudence commerciale* 124; Tom ALLEN et Robin WIDDISON, « Can Computers Make Contracts ? », (1996) *Harvard Journal of Law and Technology* 25; Christopher C. NICOLL, « Can Computers Make Contracts ? », (janvier 1998) *Journal of Business Law* 35; Marshall S. WILLICK, « L'intelligence artificielle : les approches juridiques et leurs implications », dans *Ordre juridique et ordre technologique*, Cahiers S.T.S., numéro 12, Paris, Éditions du CNRS, 1986, p. 54; Lawrence B. SOLUM, « Legal personhood for Artificial Intelligences », (1992) 70 *North Carolina Law Review* 1231; Leon E. WEIN, « The Responsibility of Intelligent Artifacts : Toward an Automation Jurisprudence », (1992) 6 *Harvard Journal Law and Technology* 102, 116-118; Roger PENROSE, *The Emperor's New Mind : Concerning Computers, Minds, and the Laws of Physics*, Oxford / Toronto, Oxford University Press, 1989; John P. FISCHER, « Computers as Agents : A Proposed Approach to Revised U.C.C. Article 2 », (1997) 72 *Indiana Law Journal* 545.

¹⁴¹ Par exemple Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil*, « La formation du contrat », 3ième éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 358 et suivantes.

¹⁴² Par exemple, l'article 2826 C.c.Q. : « L'acte sous seing privé est celui qui constate un acte juridique et qui porte la signature des parties; il n'est soumis à aucune autre formalité. »

¹⁴³ Dans le cas des contrats électroniques qui nous intéressent, il s'agit de savoir si l'un d'eux pourrait être formé, non pas, situation classique, par la succession de l'offre et de l'acceptation, mais par un faisceau d'indices susceptible de montrer l'intention des parties. (la terminologie « indice » est utilisée par Jean-Pierre GRIDEL, *Le*

Néanmoins, l'incertitude est peu appréciée, en droit et en commerce, et la signature présente l'avantage de la simplicité, de l'habitude. La signature est un comportement socialement apprécié. La rigueur est donc à conseiller ce qui est d'autant plus vrai dans un contexte électronique où la matérialité physique a disparue¹⁴⁴.

Aussi, face aux changements découlant de l'avènement des nouvelles technologies, il a fallu repenser le concept de signature. Comment la définir? Est-elle reliée à un support en particulier? À cette dernière question, la réponse est nécessairement « non », le droit n'ayant pas pour fonction d'empêcher l'avancement du progrès¹⁴⁵. D'un autre côté, la signature est chargée d'attributs auxquels des conséquences juridiques sont attachées.

signe et le droit : les bornes - Les uniformes, la signalisation routière et autres, vol. 162, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 23-24. Selon ce dernier, il faut opposer le « signe juridique (...) en une manifestation sensible porteuse d'une notion immatérielle » et « l'indice », phénomène constaté, qui est un « événement quelconque dans lequel l'observateur découvre un sens à partir d'une interprétation raisonnée ». Sur la base de cet auteur, J. GHESTIN, *op. cit.*, note 141, p. 353; élabore une distinction entre ces deux degrés de manifestation de volonté : l'une est expressément exprimée, l'autre ne l'est qu'implicitement. « La manifestation de volonté, expresse ou tacite, constitue un signe; ce qui veut dire qu'elle doit avoir été accomplie par son auteur avec l'intention de communiquer à autrui ce pour quoi il s'engage. En revanche, lorsque derrière le fait pris en considération on ne discerne aucune volonté qui ait entendu conférer à celui-ci une signification à l'intention d'autrui, il ne s'agit que d'un indice, à partir duquel l'expression d'une volonté peut seulement être présumée ». Un essaim de correspondances ou de messages convergents, détenant dans leur globalité une volonté réelle, pourront-ils être pris en compte comme éléments constitutifs d'un contrat? Sans être obligé de reproduire une liste exhaustive de traités des contrats qui reprennent cette distinction comme une des bases conceptuelles d'une opération contractuelle, aussi bien dans les pays de droit civil ou de *common law*, il peut être instructif de citer certains points de vue quelque peu divergents remettant en cause ce postulat.

Cette question a donné lieu à davantage d'illustrations en *common law* qu'en droit civil. Un des avis le plus instructif se trouve présenté par Lord Denning, alors juge à la Cour d'appel anglaise, dans l'arrêt *Gibson c. Manchester City Council* ([1978] 2 All. ER. 583, 586 (C.A.)). « To my mind it is a mistake to think that all contracts can be analysed into the form of offer and acceptance (...) as I understand the law, there is no need to look for a strict offer and acceptance. You should look at the correspondence as a whole and at the conduct of the parties and see therefrom whether the parties have come to an agreement on everything that was material. If by their correspondence and their conduct you can see an agreement on all material terms, which was intended thenceforward to be binding, then there is a binding contract in law even though all the formalities have not been gone through ». Dans le même sens, le juge Rand de la Cour suprême du Canada (*Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] S.C.R. 868, 874-875) estimait qu'au lieu de rechercher formellement la succession d'une offre et d'une acceptation, les juges devraient plutôt s'attacher, conformément à l'expression du célèbre juge américain Cardozo, « with an obligation imperfectly expressed » (*Wood c. Lady Duff-Gordon*, (1917) 222 N.Y. 88, 90). Ce point de vue est d'autant plus étonnant de la part d'auteurs de doctrine de *common law*, où il est ordinairement consacré que le juge qui étudie le contrat, n'a pas à déterminer l'intention des parties au-delà de ce qui est déclaré, « domaine où de tout temps les cours anglaises ont marqué une grande répugnance à pénétrer ». (René DAVID, « Cause et consideration », dans *Mélanges Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 111, 118). Cette attitude n'a pourtant pas été suivie par la Chambre des Lords qui prétendait, sauf cas exceptionnel, que la combinaison classique de l'offre et de l'acceptation ne devait pas être remise en cause. (*Gibson c. Manchester City Council* [1979] 1 All E.R. 972 (H.L.)). Il en va de même pour la jurisprudence canadienne de *common law* qui ne semble aucunement vouloir se dispenser de cette exigence formelle requérant la présence matérielle d'une offre et d'une acceptation pour qu'un contrat soit conclu. (Philip SLAYTON, « The Supreme Court of Canada and the Common Law of Contract », (1971) 17 *McGill Law Journal* 476, 479-484).

¹⁴⁴ Sur le fait que le contrat électronique est davantage formel que le contrat sur support papier, voir V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 5, p. 83 et suivantes.

¹⁴⁵ Par exemple, *Rolling c. Williann Investments Ltd.*, (1989) 70 O.R. 2d 578 (C.A.) : «Where technological advances have been made which facilitate communications and expedite the transmission of documents we see no reason why they should not be utilized. Indeed, they should be encouraged and approved ».

C'est la raison pour laquelle, sur le plan de la conception juridique, il est possible d'identifier une première étape où l'avènement de la signature électronique a donné lieu à l'identification des deux fonctions propres à toutes signatures, qu'elles soient manuscrites ou électroniques : l'identification de l'auteur, d'une part, et la manifestation de volonté, d'autre part. Cette appréciation s'est d'ailleurs manifestée tant dans la doctrine¹⁴⁶, la jurisprudence¹⁴⁷ que les lois¹⁴⁸ et a donné lieu au concept désormais consacré « d'équivalence fonctionnelle ». Ce dernier principe, récemment adoubé dans la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁴⁹ et la plupart des autres lois nationales sur le sujet¹⁵⁰, provient de la *Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique*¹⁵¹ qui dispose que :

« [D]ans 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. »¹⁵²

Il est néanmoins apparu récemment que cette première période, certes nécessaire, ne suffisait pas du fait de plusieurs éléments qui sur le plan conceptuel viennent compliquer la donne. D'autres

¹⁴⁶ Par exemple Jean CARBONNIER, *Droit civil – Les obligations*, coll. « Thémis droit privé », t. 4, Paris, Presses universitaires de France, 1994, n°97 : « est exigée à la fois pour identifier les parties et attester leur volonté »; Dirk SYX, « Vers de nouvelles formes de signature? », (1986) *Droit de l'informatique* 133; P. TRUDEL, G. LEFEBVRE et S. PARISIEN, *op. cit.*, note 139.

¹⁴⁷ Au Québec, voir la jurisprudence citée par François LANGELIER, *De la preuve en matière civile et commerciale*, Québec, Darveau, 1894, n°417, p. 180. En France, par exemple *C.A. Paris 22 mai 1975*, [1976] D.S. 8.

¹⁴⁸ Par exemple 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. ».

¹⁴⁹ Loi disponible à http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/loi/loi%20161_francais.pdf. Article 1 : « La présente loi a pour objet d'assurer : [...] 3) l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique. »

¹⁵⁰ L'on peut notamment penser à la *Loi ontarienne sur le commerce électronique, précitée*, note 65; les deux lois américaines (*Uniform Electronic Transaction Act* (<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/eta1299.htm>) et l'*Uniform Computer Information Transaction Act* (<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.htm>) et la *Loi française du 13 mars 2000* (http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=JUSX9900020L).

¹⁵¹ Disponible à <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-e-comm-f.htm>.

¹⁵² Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) 2 *Journal de droit international* 323, 382. Pour d'autres développements sur le concept, Vincent GAUTRAIS, « le contrat électronique au regard de la Loi relative à l'encadrement des technologies de l'information », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 3, aux pages 9-10.

critères de réalisation devaient être identifiés pour compléter ces deux fonctions essentielles (B), et ce, en tenant compte de spécificités conceptuelles propres au médium électronique (A). Ces deux parties permettront donc d'analyser les caractéristiques propres de la signature électronique tant au niveau conceptuel que pratique.

A – Spécificités conceptuelles de la signature électronique

En effet, au regard des lois qui sont intervenues autour de la signature électronique, il est possible d'apercevoir trois préoccupations qui colorent l'encadrement juridique de cette institution : d'abord, il ne fallait pas rendre la signature électronique moins probante et moins recevable que son équivalent papier. Ensuite, il importait de ne pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre. Enfin, le traitement du concept de signature devait être totalement indépendant de son support. Ces trois éléments, forts louables au demeurant, ne sont en revanche pas dénués de conséquences sur l'interprétation du concept de signature. Ceci est en effet dû tant aux spécificités propres à la signature électronique (i) qu'aux différences inhérentes entre la signature papier et son homologue papier (ii); des différences qui selon nous ont été trop rapidement oubliées.

i) Neutralité technologique

Pour parvenir à rendre possible les trois précédentes volontés, un concept a été inventé : celui de neutralité technologique. Un concept qui, pour le moins, présente des différences d'appréciation selon les auteurs et les sources utilisés. D'ailleurs, une recherche préliminaire et pluridisciplinaire semble clairement dégager que ce principe de neutralité technologique sans être une spécificité juridique, fait l'objet d'un débat très aiguisé en philosophie notamment. En effet, et outre le plaidoyer de Marshall McLuhan dans les années mille neuf cent soixante selon lequel « le message c'est le médium »¹⁵³, plusieurs scientifiques se sont rendus compte que la technologie a une incidence directe tant sur la substance, les relations humaines que sur les valeurs qu'elle implique¹⁵⁴. Davantage ciblé sur nos propos, l'on peut facilement énoncer que les technologies de l'information opèrent des changements suffisamment importants pour considérer qu'elles ne sont pas sans incidences sur le droit¹⁵⁵. Nous avons pu le vérifier plus tôt avec la notion de consentement¹⁵⁶, où la capacité de lecture n'est pas uniforme. Il en est sans doute de même quant à la capacité de signer par le biais d'un « clic »¹⁵⁷. Mais avant de considérer que ce principe ne se vérifie pas dans la réalité (b), nous aimerions essayer d'éclaircir un concept mal appréhendé (a).

¹⁵³ Marshall MCLUHAN, *Understanding Media : The Extensions of Man*, MIT Press, 1994, p. 7, disponible à <http://heim.ifi.uio.no/~gisle/overload/mcluhan/umtoc.html>.

¹⁵⁴ Gilbert SIMONDON, *Du mode d'existence des objets techniques*, Paris, Aubier, 1958; Jacques ELLUL, *La technicité ou l'enjeu du siècle*, Paris, Armand Colin, 1954 ; Gilbert HOTTOIS, *Simondon et la philosophie de la culture technique*, De Boeck Université, 1993.

¹⁵⁵ Laurence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2000. Frank EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », (1996) *University of Chicago Legal Forum* 206; Laurence LESSIG « The Law of The Horse - What Cyberlaw Might Teach », (1999) *Stanford Technology Law Review* 501, aussi disponible à <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>.

¹⁵⁶ *Supra*, Partie 1, paragraphe 1.

¹⁵⁷ *Supra*, Partie 1, paragraphe 2.

a) Concept à géométrie variable

Parmi les tentatives de délimitation du concept de neutralité technologique, on peut identifier deux tendances¹⁵⁸ : la première consiste à considérer que ce principe fait référence au fait qu'une loi ne cherche pas à favoriser une technologie plutôt qu'une autre - l'électronique par rapport au papier - ou l'inverse¹⁵⁹; la seconde implique davantage que le traitement d'un document est indépendant du support utilisé, qu'il doit être interprété et évalué juridiquement sans référence directe à son support mais simplement quant à la qualité de son contenu. Parmi les définitions qu'il est possible de trouver¹⁶⁰, il existe selon nous, une distinction fondamentale quant à la notion de neutralité technologique. En effet, si certains considèrent clairement que le concept s'attache aux lois, d'autres prétendent que les technologies sont neutres. Les premiers affirment que le concept se définit par le fait, pour une loi ou un règlement, de ne pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre. Les seconds tendent à avancer que la technologie est neutre dans le sens où elles offrent toutes des capacités de communications similaires.

La première approche présente des avantages indéniables et notamment celui de ne pas avoir à modifier toutes les lois qui font référence, par exemple, à un écrit, une signature, un original. *A priori*, il est facile de s'accorder avec ceux qui prétendent qu'il est préférable d'avoir un législateur « avare » plutôt que « bavard » quant aux développements technologiques, la neutralité présentant des avantages de meilleure adaptation et d'une moins grande obsolescence¹⁶¹. Pourtant, certaines nuances peuvent être avancées : d'une part, une loi technique, quant elle traite d'un domaine technique comme celui des technologies de l'information, risque d'être mieux comprise par les « administrés ». D'autre part, le temps des lois immémoriales est révolu et sans parler de lois « Kleneex », de lois jetables, l'on doit constater que la durée de vie des lois est dans les faits moindre dans un monde trépidant et transitoire comme le nôtre¹⁶². En revanche, il nous apparaît que le point de vue selon lequel une technologie est neutre est un principe faux.

Applicable tant à l'écrit, à l'original qu'à la signature, il permet de niveler les différences entre les supports en identifiant les lieux communs. Les prochaines lignes, justement, se propose de faire le contraire : identifier les distinctions et volontairement stigmatiser les différences. Évidemment, l'objectif n'est pas de prétendre à l'incapacité de la signature électronique qui a

¹⁵⁸ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 152, p. 11.

¹⁵⁹ Dans la loi québécoise, *précitée*, note 49, on considère par exemple que les contrats de consommation réclamant certaines formalités *ad validitatem*, comme l'écrit, le double ou une signature, doivent obligatoirement être formés sur support papier. Article 103.

¹⁶⁰ D'autres auteurs préfèrent évoquer les notions de neutralité technique et médiatique. Nous ne croyons pas qu'il y ait de différences substantielles entre les concepts. Sur ces notions, voir aussi Éric CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique », (1999) Juriscom.net disponible à <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm#fnB65>; É. CAPRIOLI et R. SORIEUL, *loc. cit.*, note 152, 382 et suivantes.

¹⁶¹ André LUCAS, « le droit d'auteur et les mesures techniques », rapport général sur le droit d'auteur et les protections techniques *in* le droit d'auteur en cyberspace, journées d'études Amsterdam, 4-8 juin 1996, ALAI, Otto Cramwinkel, 1997, p.348; É. CAPRIOLI et R. SORIEUL, *loc. cit.*, note 152, 382 citant Pierre Leclercq à ce sujet.

¹⁶² A. LUCAS, *loc. cit.*, note 112, aux pages 128 et suivantes quant à la perte de permanence et de généralité des lois. Face à cette réalité, l'auteur implore le législateur à davantage de simplicité.

bien des égards présente des attributs de sécurité et de confort beaucoup plus grands que son homologue papier. Néanmoins, la construction conceptuelle pour mettre en place la notion de neutralité technologique recèle, selon nous, des éléments de nature dogmatique.

Dans la première catégorie qui consiste à considérer la neutralité technologique comme une « façon de faire », les interprétations ont donné lieu à certaines nuances plus ou moins floues. Une première approche est de clairement faire un lien entre le principe de neutralité technologique et la façon de faire une loi. Pour souligner cette vision, nous retiendrons d'abord la définition proposée par les professeurs Trudel et Poulin dans le cadre de la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui définissent le concept de la façon suivante :

« Neutralité technologique : Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place.

La loi ne spécifie pas la technologie qui doit être installée pour la réalisation et le maintien de l'intégrité des documents et l'établissement d'un lien avec un document. De plus, elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre. La détermination de la valeur juridique des documents et des procédés d'authentification s'appuie sur des critères n'emportant pas l'obligation d'agir selon des normes ou standards particuliers. »¹⁶³

Cet élément s'est également traduit dans plusieurs lois ou textes internationaux par le fait que l'on ne pouvait refuser une technologie sur la seule base qu'elle est de nature électronique¹⁶⁴, ce qui d'ailleurs ne s'est quasiment jamais révélé dans une jurisprudence¹⁶⁵. D'autres sources misent

¹⁶³ 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, septembre 2001, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/glossaire/g109.html.

¹⁶⁴ Par exemple, l'article 5 de la *Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique, précitée*, note 126, prévoit : « L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données. » La même idée est développée dans la *Loi modèle de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, 05 juillet 2001, A/CN.9/483, disponible à <http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf>, article 3 : « Aucune disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable. » Voir aussi l'article 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, précitée*, note 49.

¹⁶⁵ Une des rares illustrations que l'on peut déceler un juge faire preuve d'intransigeance à l'utilisation d'une nouvelle technologie est en droit français où, du fait de certaines dispositions du Code civil associant la signature au caractère manuscrit, quelques décisions semblaient faire état d'un refus sur cette seule base.

davantage sur le fait qu'aucune discrimination ne soit faite¹⁶⁶ ou, ce qui peut être considéré comme étant similaire, qu'une technologie ne soit favorisée¹⁶⁷. Pourtant, plusieurs lois ont sans coup férir favorisé certaines technologies : précisément, nous verrons plus loin, que l'encadrement des certificats permet de dégager des « signatures sécurisées, qualifiées ou avancées » qui bénéficient d'un régime probatoire plus conséquent¹⁶⁸. Certes, d'autres modes de signatures sont possibles; il n'en demeure pas moins que certaines sont favorisées.

La seconde approche est plus substantielle et dispose de liens si forts avec la première qu'il existe souvent une confusion, voire une fusion, des deux éléments. Cette fusion, justement, est susceptible d'être aperçue à l'article 2 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui prévoit :

« À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil.

Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique. »¹⁶⁹

Si le premier paragraphe établit clairement que sauf exception, aucune technologie ne peut être occultée, le second est davantage un jugement de valeur ayant des conséquences substantielles.

b) Dogme sur le plan de la réalité

S'il existe une distinction de principe entre ces deux approches, neutralité des lois vis-à-vis des technologies, et neutralité des technologies, une confusion s'est instaurée entre les deux. Ceci est susceptible de se vérifier tant dans une perspective historique (1) que juridique (2).

¹⁶⁶ CNUDCI, « Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session, » (2001) A/CN.9/484, page 7, n°23, disponible à <http://www.uncitral.org/french/sessions/unc/unc-34/484.pdf>: « En ce qui concerne le paragraphe 5, on a demandé ce que signifiaient les mots « une approche techniquement neutre ». On a reconnu que ces mots, tels qu'ils étaient utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, exprimaient le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique. Il a été néanmoins généralement convenu que le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques devait également refléter le principe selon lequel aucune discrimination ne devait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé « neutralité technologique. » Voir aussi UNCITRAL, « Electronic Signatures Draft Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures », (2001) A/CN.9/WG.IV/WP.88, p. 37, disponible à http://www.uncitral.org/english/sessions/wg_ec/wp-88e.pdf.

¹⁶⁷ John D. GREGORY, « Technology Neutrality and the Canadian Uniform Acts », dans Daniel POULIN, Actes du colloque international « Internet pour le droit », 2002, Montréal, disponible à <http://www.canlii.org/conf2002/actes/gregory.pdf>.

¹⁶⁸ *Infra*, Partie 2, Paragraphe B), i) a), s'intitulant *Critère de fiabilité*.

¹⁶⁹ *Précitée*, note 49.

1) Réalité historique

L'histoire, outil d'interprétation souvent utilisé en droit, apporte son lot d'illustrations dès lors que l'on cherche à l'appliquer à la signature. Ceci est vrai tant pour la signature elle-même dans son rapport avec le support qu'avec la notion même, quoi que toute récente, de neutralité technologique.

Sur ce dernier point, le débat international sur la question a été fortement influencé par certains faits marquants dont un qu'il importe de signaler. En 1994, l'État américain du Utah a décidé de voter une loi s'intitulant le *Utah Digital Signature Act*¹⁷⁰. Cette loi a fait grand bruit, d'une part, à cause du fait qu'elle constituait la première tentative législative de gérer cette nouvelle réalité et, d'autre part, parce qu'elle fut obsolète avant même d'avoir été votée¹⁷¹. En effet, en mettant en avant une technologie en particulier, la loi s'exposait, ce qui fut le cas, à ce qu'une forme de signature plus efficace, moins onéreuse et plus aisée à utiliser fut disponible sur le marché. L'effet fut retentissant. Il devenait alors impérieux pour les législateurs de ne pas favoriser une technologie, voire de créer des dispositions qui puissent gérer tous les modes de communication, toutes les technologies utilisables, *in abstracto*. Néanmoins, cet exemple patent n'est nullement représentatif d'une façon de faire législative généralisée. En l'occurrence, le choix de la technologie en cause était, d'abord, très étroit, dans le sens où elle était loin d'être efficace et très utilisée. Ensuite, ce choix avait été dicté par certaines accointances économiques. Encore, dans cette loi, la technologie était d'utilisation exclusive et ne permettait pas d'être concurrencée par d'autres. Enfin, le domaine ne disposait pas en 1994 de la maturité escomptée, le « cyber » étant encore, plus que maintenant, balbutiant. Ce précédent législatif lourd de conséquences sur le plan du concept de neutralité technologique a donc été fortement emprunt de « bévues » dont le cumul n'a, à notre connaissance, jamais été répété.

Outre cet historique de la neutralité technologique, il faut mentionner que, le droit lui-même n'a pas toujours été neutre « technologiquement ». En effet, il est possible de vérifier que la signature n'a pas été interprétée, dans la jurisprudence, de façon uniforme et sans qu'une prise en compte du support ne soit considérée.

Historiquement, il est à ce propos fascinant de constater que la signature a été différemment considérée à travers les âges. Aussi, si bon nombre d'auteurs juristes se basent sur des vieilles décisions du dix-neuvième siècle pour affirmer que le droit positif n'a jamais été forcément attaché au papier et au manuscrit¹⁷², il faut pourtant constater que la donne a évolué dans la mesure où la maîtrise du médium papier a évoluée. En effet, si l'on trouve plusieurs décisions, et

¹⁷⁰ Utah Code Tit. 46, § 3-101 à 3-504 (1995). Voir particulièrement l'article 103 (10) : « « Digital signature » means a transformation of a messenger using an asymmetric cryptosystem such that a person having the initial message and signer's public key can accurately determine : (a) whether the transformation was created using the private key that corresponds to the signer's public key; and (b) whether the message has been altered since the transformation was made. »

¹⁷¹ Voir Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique : droit, sécurité, audit et technologies*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 87.

¹⁷² Éric CAPRIOLI, *loc. cit.*, note 160, et notamment la note de bas de page 61; Michel VIVANT, « Un projet de loi sur la preuve pour la « société d'information » », (1999) *Lamy - Droit de l'informatique*, 117 n° 4.

de manière étonnante, a des époques sensiblement proches au Québec¹⁷³ (1846), en France¹⁷⁴ (1846), en Angleterre¹⁷⁵ (1867) ou aux États-Unis¹⁷⁶ (1869), qui établissent que la signature n'est pas forcément reliée au papier, cette tendance a fléchi voire disparu dès lors que le papier devenait maîtrisé, que la signature manuscrite a été socialement admise comme la forme usuelle pour manifester un consentement. La conséquence est donc que les jurisprudences nationales ont vers la fin du dix-neuvième siècle oublié le détachement de l'écrit au papier. Ainsi, plus le papier était maîtrisé et socialement admis, voire que la signature manuscrite devenait le comportement psychologique habituel pour manifester un consentement, et plus il devenait évident qu'une signature était forcément manuscrite. Les développements récents depuis plusieurs décennies qui reconnaissent tant au Québec¹⁷⁷, en France¹⁷⁸, en Angleterre¹⁷⁹ et encore plus aux États-Unis¹⁸⁰ la

¹⁷³ *Noad c. Chateauvert*, [1846] 1 R.J. 229; *Patterson c. Cain*, [1851] 1 L.C.R. 219 (C.S.); *Thurber c. Desève*, [1854] Robertson's Digest 43; *McKenzie c. Jobin*, (1855) 5 L.C.R. 64 (C.S.); *Anderson c. Park*, [1855] L.C.R. 479 (C.S.); *Neveu c. Bleury*, (1857) 3 L.C.J. 87 (C.S.); *Collins c. Bradshaw*, (1860) 10 L.C.R. 366 (Cour de circuit); *Blackburn c. Decelles*, (1871) 15 L.C.J. 260 (C.S.); *Dionne c. Talbot*, [1872] 1 C.S. 234; *Coupal c. Coupal*, (1873) 5 R.L. 465 (C.S.); *Fiset c. Pilon*, (1886) 9 L.N. 380 (Cour de circuit); *La Banque Nationale c. Charette*, (1887) 10 L.N. 85 (C.S.); *Ouimet c. Mignerou*, (1890) 20 R.L. 357 (C.S.); *Trudeau c. Vincent*, (1892) 1 C.S. 23; *Giguère c. Brault*, (1894) 6 C.S. 53; *Remillard c. Moisan*, (1899) 15 C.S. 622; *Toupin c. Vezina*, (1900) 9 B.R. 406; *Légaré c. Barbe*, (1909) 38 C.S. 27; *Brousseau c. Rochon*, (1916) 22 R.L. n.s. 458 (Cour de révision); *Borris c. Sun Life Assurance*, [1944] B.R. 537.

¹⁷⁴ Par exemple C. A. Aix-en-Provence, 27 janv. 1846, (1846) II DP 230 : « le mot écrit signifie tracer des lettres ; la loi n'a pas spécifié ni l'instrument ni la matière. » Pourtant, lorsqu'on va lire cette décision souvent citée, la phrase en question est quelque peu sortie de son contexte. Il s'agissait en l'espèce d'une signature manuscrite faite par un berger au crayon à mine et où l'on débat du peu d'importance de parapher chacune des pages de l'acte (voir notamment p. 231 : « Considérant qu'il y a signature, lorsque le nom d'une personne écrit de sa main est mis à la fin d'un acte pour le certifier »).

¹⁷⁵ Par exemple *Bennett c. Brumfitt*, (1867) L.R. 3 C.P. 28, 31 : « The ordinary mode of affixing a signature to a document is not by the hand alone, but by the hand coupled with some instrument, such as a pen or a pencil. I see no distinction between using a pen or a pencil and using a stamp, where the impression is put upon the paper by the proper hand of the party signing. In each case it is the personal act of the party, and to all intents and purposes a signing of the document by him. »

¹⁷⁶ Par exemple *Howley c. Whipple*, précitée, note 68, 487 : « It makes no differences whether that operator writes the offer or the acceptance ... with a steel pen an inch long attached to an ordinary penholder, or whether his pen be a copper wire thousand miles long. In either case the thought is communicated to the paper by the use of the finger resting upon the pen; nor does it make any difference that in one case common record ink is used, while in the other case a more subtle fluid, known as electricity, performs the same office. »

¹⁷⁷ Le Québec a, dans la jurisprudence et la doctrine, assez rapidement dissocié signature et papier. Les auteurs André NADEAU et Léo DUCHARME, « La preuve en matières civiles et commerciales », *Traité de droit civil du Québec*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965, n° 349, p. 271, tendent à apporter une vision large de la signature en se basant sur l'article 850 C.c.B-C. Celui-ci, relatif au testament olographe obligeant le testateur à inscrire de façon manuscrite l'ensemble de ses écrits, est selon ces auteurs, susceptible d'être interprété *a contrario*. Dans les autres cas d'un testament, une solution différente pourrait être suivie. « Aussi faudrait-il en conclure qu'une signature sur décalque au papier carbone, au crayon ou au stylo à bille, serait pleinement valable », disent-ils. Même si les technologies citées ne sont pas celles d'aujourd'hui, on reconnaît l'ouverture.

¹⁷⁸ La France fit preuve de davantage de conservatisme et l'acceptation de la signature non-manuscrite est beaucoup plus récente. Cass. civ. Ire, 8 novembre 1989, (1990) D. jur. p. 369. De plus, la considération de cette signature fut possible à cause du fait qu'il existait une convention sur la preuve. Pour apprécier le caractère suspicieux du juge français à accepter une signature sous une autre forme que manuscrite, lire notamment Isabelle DAURIAC, *La signature*, Thèse de Doctorat, Université de Paris II, 1997, aux pages 137 et suivantes.

¹⁷⁹ Voir par exemple la jurisprudence citée par Chris REED, « What is a Signature? », (2000) 3 *Journal of Information, Law & Technology*, disponible à <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-3/reed.html>.

validité d'une signature non-manuscrite, répondent au même besoin de coller à la réalité sociale. La flexibilité de nos tribunaux est somme toute rassurante, et ce, en dépit des conséquences que cela peut jouer quant à la prévisibilité juridique. Il y a donc une interférence évidente entre la perception sociale que l'on a d'une technologie et sa compréhension juridique. Une institution juridique comme la signature n'est donc pas détachée de son support dans la mesure où ledit support est socialement appréhendé.

2) Réalité juridique

Pourtant, quelle que soit la compréhension que l'on privilégie, le concept de neutralité technologique apparaît désormais dans plusieurs lois nationales. C'est notamment le cas au Québec où la nouvelle Section 6 du Chapitre premier du Titre 2 du Livre 7 du *Code civil du Québec* s'intitule désormais « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique » au lieu et place des anciennes « Inscriptions informatisées »¹⁸¹. Ce seul intitulé semble en effet laisser croire que la neutralité technologique n'est pas seulement une façon de rédiger les lois mais bien un principe juridique substantiel, une fiction. Dans ce sens, le concept de neutralité technologique est sous-jacent aux trois affirmations identifiées plus tôt selon lesquelles la signature électronique ne dispose pas d'une valeur probatoire moindre que la signature manuscrite; que l'on ne peut favoriser une technologie par rapport à une autre; qu'information et support sont dissociés. Sans qu'il apparaisse aussi explicitement intronisé dans les différents systèmes juridiques, le principe de neutralité technologique est sous-jacent aux lois ou règlements adoptés. Il est néanmoins atténué par certaines tendances.

D'abord, si la neutralité technologique est également de mise en France, aux États-Unis ou en Angleterre, elle n'implique pas une absence de considérations techniques et il est possible de constater plusieurs lois qui intègrent de telles composantes. Comme nous le verrons plus tard, la technique est donc souvent indissociable du droit et notamment, comme au Québec, par le biais de son intégration directe dans les lois. D'autres pays, comme la France, ont plutôt choisi la voie du « botté en touche » où l'on disposa d'abord d'une loi assez peu technique mais qui fut ensuite complétée par des décrets, circulaires et arrêtés peut-être plus faciles à comprendre par des technologues que par des juristes¹⁸².

¹⁸⁰ S'il est consacré que l'exigence de la signature est obligatoire du fait du *Statute of Frauds*, la rigueur de cette exigence n'est pas très contraignante. Les tribunaux ont reconnu des signatures de différentes formes, *le Statute of frauds* n'en établissant pas une particulière. En fait, une donnée importante qui doit se dégager de la signature est que son auteur « is essential intends to authenticate the instrument as his act ». Cette idée est d'ailleurs consacrée par la jurisprudence (*Meek c. Briggs*, (1920) 86 S. 271; *In Re Romaniw's will*, (1937) 296 N.Y.Supp. 925; *Marks c. Walter G. McCarty Corp.*, (1949) 205 P.2d 1025; *Radke c. Brenon*, (1965) 134 N.W.2d 887; *State c. Hickman*, (1966) 189 S.2d 254, 258; *Dubrowin c. Schremp*, (1967) 235 A.2d 722; *Ashland oil, Inc. c. Pickard*, (1972) 269 S.2d 714 ; *Cornwell c. Zieber*, (1980) 599 S.W.2d 22.). Notons que certaines décisions, en l'absence de toute signature, ont affirmé que cette dernière était déduite de la conduite de son auteur. L'on peut donc devenir lié par un contrat sans avoir eu à signer à condition que l'intention de l'accepter soit transparue par un autre moyen. Au regard de cette jurisprudence, il a été jugé que l'absence de signature sur les contrats conclus par le biais de télex ou télégramme, satisfait néanmoins aux conditions requises par le *Statute of frauds*.

¹⁸¹ Articles 2837 et suivants C.c.Q.

¹⁸² Outre la *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. n° 62 du 14 mars 2000 page 3968, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9900020L>, on peut citer : *Décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique*, Décret n° 2001-272 du 30 mars

Il est ensuite possible de constater que certains textes tels que ceux de l'Union européenne, avec la *Directive sur les signatures électroniques*¹⁸³, de la CNUDCI avec la *Loi type sur les signatures électroniques*¹⁸⁴ que du Québec, avec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁸⁵, qui sans être contraires à la neutralité technologique, mettent l'accent sur certaines technologies comme, par exemple, en développant substantiellement l'encadrement de la certification. Cet encadrement législatif ne nous apparaît d'ailleurs pas du tout problématique dans la mesure où, bien que peu utilisée, cette technologie en est une qui présente des avantages indéniables et suscite des enjeux juridiques importants¹⁸⁶.

Toutes ces lois à haute teneur technologique illustrent, selon nous, la confusion qui semble s'instaurer entre la neutralité technologique comme méthode législative et comme principe substantiel.

Deux éléments peuvent donc être affirmés : d'abord, si le principe de neutralité technologique a été globalement intégré et admis dans les législations nationales, il demeure sujet à certaines variations quant à son application. Ensuite, si la neutralité technologique avait pour objectif de permettre une meilleure harmonisation des lois, il faut pourtant constater des différences parfois sensibles dans la définition de signature.

Ainsi, face à l'affirmation selon laquelle en matière de signature, l'important est de considérer les fonctions et non les formes¹⁸⁷, nous croyons important de nuancer que la matérialité d'un tel procédé dispose pourtant d'un rôle à jouer, simplement parce qu'elle influe justement sur les fonctions.

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

2001, lui-même modifié par le *Décret 2002-535 2002-04-18 art. 20 I JORF 19 avril 2002*, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/ARHCG.htm>; Arrêté du 31 mai 2002 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de certification électronique et à l'accréditation des organismes chargés de l'évaluation, J.O n° 132 du 8 juin 2002 page 10223, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOIO200314A>.

¹⁸³ *Directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000, p. 0012 – 0020.

¹⁸⁴ *Précitée*, note 164.

¹⁸⁵ *Précitée*, note 49, voir notamment les articles 47 et suivants.

¹⁸⁶ *Contra*, Michel JACCARD, « Deux nouveaux projets suisses sur la signature et le commerce électroniques », (2001) *Juriscom.net* disponible à <http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010714.htm>.

¹⁸⁷ Chris REED, *loc. cit.*, note 179 : « English law initially assessed the validity of signatures by reference to their form, but has since moved towards assessing validity in terms of the functions performed by the signature method. This article examines that move in depth, and argues that English law relating to signatures will need little or no amendment to permit the signature of electronic documents. »

utilisées. À ces deux inquiétudes, pourtant, et sauf certaines juridictions plus formalistes¹⁸⁸, la jurisprudence avait le plus souvent su répondre avec pragmatisme et un sens aguerris du progrès¹⁸⁹. Conformément à l'affirmation du doyen Flour, « dans la loi se manifeste une renaissance, dans la jurisprudence une décadence, du formalisme »¹⁹⁰. Alors qu'*a priori*, la loi impose des formes, le juge, *a posteriori*, les défait pour éviter les iniquités¹⁹¹.

Une fiction qui selon nous n'aurait du être utilisée qu'en dernier recours. Comme l'affirmait le doyen Cornu,

« Il serait préférable d'éviter la dénaturation inhérente à la fiction, lorsqu'un procédé plus neutre – et tout aussi ingénieux – permet d'obtenir un résultat équivalent. »¹⁹²

En résumé, la neutralité technologique a été selon nous trop rapidement considérée comme un dogme ou du moins avec un manque de nuances. Car si les finalités qui en découlent sont tout à fait louables, elles demeurent des vœux qui, sans être pieux, ne constituent pas la réalité liée aux spécificités des technologies de l'information. Ce contexte présente en effet des spécificités que nous avons et que nous continuerons d'identifier, comme chaque technologie qui est apparue au gré des siècles que ce soit à travers le droit d'auteur¹⁹³, la protection des renseignements

¹⁸⁸ C'était notamment le cas de la situation française où plusieurs juges se sont cantonnés à la lettre de la loi et à une interprétation plus littérale que téléologique en refusant de reconnaître notamment la valeur probatoire de certains moyens modernes de communication.

¹⁸⁹ *Rolling c. Williann Investments Ltd.*, précitée, note 145.

¹⁹⁰ J. FLOUR, *op. cit.*, note 3, pp. 111.

¹⁹¹ *Id.*, pp. 111-113 : « le législateur voit facilement les avantages du formalisme si, du moins, il se dégage – et cette condition est aujourd'hui remplie – des idéologues qui, à travers l'autonomie de la volonté, faisaient du consensualisme la conséquence nécessaire d'une certaine philosophie et d'une certaine doctrine économique (...). Du formalisme, il voit essentiellement le rôle préventif; et ce rôle suppose que la forme a été respectée. (...). Au juge, c'est au contraire, un problème de sanction qui est posé, car il n'est évidemment saisi d'un procès que si les règles légales n'ont été obéies. Or, les considérations qui ont guidé le législateur ne sont pas réversibles. Certaines formes préviennent l'irréflexion et la fraude; mais il ne s'ensuit pas que leur omission, dans tel cas particulier, démontre cette irréflexion ou cette fraude; plus souvent, elle est le fait de l'ignorance ou de la négligence. Le juge doit alors trancher un débat entre deux hommes, dont l'un prétend échapper à ses engagements à la faveur d'une simple irrégularité matérielle. »

¹⁹² Gérard CORNU, « L'imagination à bon droit? », 2^e conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 15. À la suite de cette citation, on peut également lire : « Ainsi, pour répondre au progrès de la technologie dans l'expression des signes, est-il vraiment nécessaire, comme le font ou envisagent de la faire certaines législations, d'énoncer que l'écrit consiste dans « toute expression lisible portée sur un support papier, optique ou magnétique »? Au lieu de déformer, dans sa définition, la notion millénaire d'écrit et de faire abstraction de la base tangible originelle qu'est l'original ne suffisait-il pas, substituant à la fiction le procédé lui aussi consacré et aussi imaginaire qu'est l'assimilation, de poser que ces procédés nouveaux – qui méritent en effet d'être valorisés – sont assimilés à l'écrit quant à leurs effets, dans la mesure où ils présentent, par leur caractère durable et fidèle (puisque ce sont les deux critères de valeur de la preuve écrite) des garanties équivalentes? Imagination pour imagination...

¹⁹³ L'on peut notamment vérifier l'influence des technologies dans d'autres domaines que le droit des contrats. C'est vrai notamment dans le domaine du droit d'auteur où une succession de lois ou d'amendements législatifs sont venus pallier substantiellement les spécificités que chaque nouvelle technologie apportait (comme le câble, le télégraphe, la radio, la télévision, etc.).

personnels¹⁹⁴, le droit international privé¹⁹⁵, voire la fiscalité¹⁹⁶. Aussi, le fait de considérer un vœu plutôt qu'une situation existante, réelle, nous oblige à considérer le principe avec davantage de mesure.

ii) Différences entre la signature manuscrite et la signature électronique

Toujours sur le plan conceptuel, notre propos n'est pas de considérer que la signature électronique remet en cause le concept général de signature. Seulement, nous croyons qu'elle présente un certain nombre de spécificités qui, sans être iconoclastes, changent considérablement la donne de ce concept juridiquement appréhendé. Toujours dans l'optique de faire davantage état des différences que des similitudes, la signature électronique dispose comme particularités juridiques le fait d'être, d'abord, susceptible de prendre différentes formes (a), ensuite fortement dépendante de son environnement et de son processus d'élaboration (b).

a) Multiplicité des formes

Le caractère électronique est un qualificatif qui tend souvent, et notamment dans notre compréhension, à perdre son sens initial. Normalement attaché à un sens assez réduit¹⁹⁷, l'usage courant du terme « électronique » tend à lui offrir une portée plus grande¹⁹⁸. Plus explicite que

¹⁹⁴ La question prévaut aussi dans le domaine de la protection des renseignements personnels (voir Jean FRAYSSINET, « L'Internet et la protection des données personnelles – Rapport général », 2000, *Colloque international Internet et le droit*, disponible à http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_23.htm : « il n'existe pas en matière de protection des données personnelles un droit spécifique à l'Internet à qui s'applique les règles de droit commun. Cela gomme les particularités de l'Internet qui justifie seulement des adaptations de règles conçues généralement avant l'apparition du réseau des réseaux, à l'initiative souvent des autorités nationales de contrôle et de régulation et parfois du juge. Ainsi s'exprime un principe reconnu par exemple par des textes du droit communautaire, à savoir celui de la neutralité technologique. Les mêmes règles protectrices doivent s'appliquer quelles que soient les technologies employées. Est-ce une situation provisoire ou non ? Est-ce une position raisonnable ou non du fait que les technologies nouvelles font apparaître des risques nouveaux ou des transformations de risques classiques ? On manque de recul pour se prononcer ; mais il y a déjà débat. ») Dans ce domaine, voir notamment la *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*, Journal officiel n° L 201 du 31/07/2002 p. 0037 – 0047, disponible à http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=fr&numdoc=32002L0058&model=guichett.

¹⁹⁵ Michael GEIST, « Is There a There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction », (2001) disponible à <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistjurisdiction-us.pdf>.

¹⁹⁶ OCDE, *Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique*, 1998, page 4, encadré 2, disponible à <http://www.oecd.org/pdf/M00022000/M00022397.pdf>.

¹⁹⁷ D'ailleurs, le dictionnaire terminologique disponible sur le site de l'*Office de la langue française* à l'adresse suivante http://w3.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index1024_1.asp établit : « La plupart des législations internationales (dont celle du Canada) ont retenu le terme *document électronique* (ayant comme support une disquette, un disque dur, un cédérom, etc.) alors que l'administration québécoise a retenu le terme *document technologique* qui recouvre une notion plus englobante. Les technologies de l'information peuvent être électroniques, magnétiques, optiques, sans fil, etc. »

¹⁹⁸ Qui se traduit d'ailleurs dans certaines lois comme l'article 252.1 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R. 1985, ch. C-44 : « document électronique » Sauf à l'article 252.6, s'entend de toute forme de représentation d'informations ou de notions fixée sur quelque support que ce soit par des moyens électroniques, optiques ou autres moyens semblables et qui peut être lue ou perçue par une personne ou par tout moyen.); dans le

celui de « technologique »¹⁹⁹ dont la pratique ne porte pas à le lier automatiquement aux « technologies de l'information », nous voulons dans les quelques lignes qui suivent simplement montrer que le cyberspace amène son lot de technologies, « qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies »²⁰⁰, et que celles-ci peuvent être utilisées de différentes manières.

Ceci étend dit, et face à cette pluralité de technologies, il existe de surcroît une multiplicité de techniques qui peuvent servir à signer un document, ce qui contraste avec la relative unicité, « stabilité »²⁰¹, simplicité²⁰², de la signature sur support papier.

En effet, sur le plan pratique, les comportements utilisables sont variés ce qui pose une difficulté dans la mesure où un mode de signature est socialement déterminé²⁰³. Outre le « clic » et le lien hypertexte (browse) tel que précédemment étudiés²⁰⁴, qui peuvent aussi constituer un comportement consécutif de signature, il est possible d'ajouter, sans être exhaustif, un numéro d'identification personnel (NIP), une signature manuscrite numérisée par balayage optique (scanner), un procédé utilisant des données biométriques, voire, et avec moindrement d'assurance quant à l'identité du signataire, le simple nom à la fin d'un message adressé par courriel. Or, toutes ces méthodes consécutives de signature peuvent utiliser des technologies diverses pour

même sens permettant la même ouverture, CONFÉRENCE SUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA, *Loi uniforme sur la preuve électronique*, 1998, disponible à <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueea.htm> : « « Document électronique » Données mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un ordinateur ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou comprises par un de ces moyens ou par une personne. Est également visée la représentation virtuelle ou imprimée de ces données. » Même approche dans la *Loi ontarienne sur le commerce électronique, précitée*, note 65, article 1.1 : « «électronique» S'entend notamment de ce qui est créé, enregistré, transmis ou mis en mémoire sous une forme intangible, notamment numérique, par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou par d'autres moyens capables de créer, d'enregistrer, de transmettre ou de mettre en mémoire de manière similaire à ceux-ci. Le terme «par voie électronique» a un sens correspondant. »

¹⁹⁹ Tel qu'utilisé au Québec dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, précitée*, note 49, article 4.

²⁰⁰ *Id.*, article 1 (2).

²⁰¹ Étienne DAVIO, « Questions de certification, signature et cryptographie », dans CAHIERS DU CRID, *Internet face au droit*, Namur, CRID, 1997, p. 69, à la page 84.

²⁰² Ivan MOKANOV, *Le rôle et la nature du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature*, Mémoire de Maîtrise, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 2003, p. 28.

²⁰³ R. A. HILLMAN et J. J. RACHKLINSKI, *loc. cit.*, note 23, 480-481 : «Consumers are accustomed to the importance of signing their names. For many people, a signature denotes a binding commitment and is the essence of a contract. The importance that most consumers place on signing their names is, in fact, a prime reason that agents use social pressures--consumers may balk when the time arrives to put their names on the dotted line. The requirement of a signature is nothing less than the law's signal to consumers that the document in front of them is important and that they should be cautious about agreeing to it. After years of judicial enforcement of electronic agreements, consumers will perhaps become as accustomed to the equal importance of clicking "I agree." It is unclear, however, whether contemporary e-consumers attach the same importance to a mouse click. » Les auteurs citent ensuite *McIntosh c. Murphy*, (1970) 469 P.2d 177, 179 qui écrit : « [T]he requirement of a writing has a cautionary effect which causes reflection by the parties on the importance of the agreement »; Deborah A. SCHMEDEMANN et Judi MCLEAN PARKS, « Contract Formation and Employee Handbooks: Legal, Psychological, and Empirical Analyses », (1994) *Wake Forest Law Review* 647, 676.

²⁰⁴ *Supra*, Partie 1, paragraphe B, I), a), s'intitulant *Réalité juridique du « wrap »*.

assurer que certains attributs de sécurité²⁰⁵ soient respectés et qui ont une importance majeure pour que la signature soit considérée comme étant valide. On pense notamment, pour citer les plus connus, au chiffrement²⁰⁶ qui permet d'assurer qu'un document soit confidentiel et intègre mais surtout au certificat électronique²⁰⁷ qui permet d'ajouter les qualités d'irrévocabilité et d'identification de l'auteur. Ces deux derniers attributs ont une importance évidente en ce qui concerne une signature et c'est la raison pour laquelle certains systèmes juridiques ont pris soin de dégager un régime probatoire supérieur à des signatures qui auraient été réalisées par le biais d'un tel procédé²⁰⁸. Certes, une signature, qu'elle soit manuscrite ou électronique, est toujours susceptible d'être contredite²⁰⁹; néanmoins, la diversité risque d'augmenter les hypothèses de recours. Mais sans doute ce ne sera qu'une affaire d'habitudes qui sera d'autant plus longue à obtenir que la certification, par exemple, demeure très modestement utilisée.

b) Place de l'environnement et du processus

La signature est susceptible de prendre forme de différentes manières et la souplesse jurisprudentielle l'a largement montrée. Comme l'affirmait Chris Reed, l'importance dans la signature, ce n'est pas sa forme mais ses fonctions²¹⁰. Nous souhaiterions dégager une nuance à cette affirmation dans la mesure où le contexte électronique présente une particularité, à savoir, la

²⁰⁵ En technologies de l'information, les attributs de sécurité qui sont généralement cités sont au nombre de cinq: la disponibilité, l'intégrité, la confidentialité, l'irrévocabilité et l'authentification. Voir notamment CONSEIL DU TRÉSOR DU GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Architecture gouvernementale de la sécurité de l'information numérique (AGSIN)*, 2001, notamment à la page 9, disponible à <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/publica/pdf/agsin-ciblesom.pdf>, où l'on identifie huit fonctions de sécurité, à savoir les cinq précédentes, et trois autres relatives à la gestion sécuritaire du réseau dans lequel le document évolue.

²⁰⁶ Selon l'Office de la langue française : « Opération par laquelle est substitué, à un texte en clair, un texte inintelligible, inexploitable pour quiconque ne possède pas la clé permettant de le ramener à sa forme initiale. »

²⁰⁷ Selon l'Office de la langue française : « Un certificat numérique comprend l'identité du détenteur de la clé publique, la clé publique elle-même et la date d'expiration de la clé. Dans certains contextes, le terme *certificat numérique* désigne le message garantissant l'authenticité de données qui transitent d'un point à un autre sur un réseau. Lorsque c'est le cas, on parle plutôt de *sceau électronique*, lequel se présente comme un bloc de données dont le contenu est obtenu par un calcul complexe réalisé à partir du message à authentifier. Il y a ainsi compatibilité et cohérence entre un fichier et le sceau qui l'accompagne. »

²⁰⁸ Au Québec, la situation est prospective dans la mesure où l'article 8 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 49, prévoit que pour qu'une présomption soit instaurée, il faut qu'un comité pluridisciplinaire se rassemble pour adouber ainsi un tel procédé, et ce, conformément à l'article 68 et suivants de la loi. En France, ce fut le cas avec un décret, *précité*, note 182, qui créa une hiérarchie de signatures avec notamment la notion de « signature électronique sécurisée ». La France est d'ailleurs à ce sujet en conformité avec la *Directive européenne sur les signatures électroniques*, précitée, note 183.

²⁰⁹ D. SYX, *loc. cit.*, note 146, 135 : « à moins d'avoir vu de ses propres yeux (et encore) quelqu'un apposer sa signature sur un document écrit bien précis, la signature repose toujours sur une présomption réfutable d'authenticité et de confirmation. ». Au Québec, l'article 89 du Code de procédure civile, récemment changé par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 49, prévoit : « Doivent être expressément alléguées et appuyées d'un affidavit: (...) (2) la prétention des héritiers ou représentants légaux du signataire d'un des écrits visés par le paragraphe 1, qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur; (...) (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. A défaut de cet affidavit, les écrits sont tenus pour reconnus ou les formalités pour accomplies, selon le cas. »

²¹⁰ C. REED, *loc. cit.*, note 179.

place de l'environnement et du processus d'élaboration dans lequel la signature électronique est forcément assujettie. Alors que la seconde correspond à une action limitée dans le temps (moment de l'apposition de la signature) et l'espace (sur le papier), la première est à la fois « pluritemporelle » et « plurispatale ». Le facteur temps est d'abord changé dans la mesure où, souvent, la signature électronique implique une gestion qui s'étale sur une période qui dépasse celle de l'acte de signer en tant que tel. Par exemple, dans l'hypothèse de l'utilisation d'un certificat, l'émission et la gestion de celui-ci impliquent un processus sécuritaire tout au long de la durée de vie dudit certificat. Cette spécificité de temporalité pour les documents électroniques se retrouve d'ailleurs dans la notion de « cycle de vie » qui a été intégrée tant au Québec dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²¹¹ que dans *La Loi-type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*²¹². Quant à l'espace, et de la même manière, l'architecture même d'Internet amène à reconsidérer la question et, par exemple, l'endroit de l'archivage du certificat ainsi que sa transmission doivent être pris en compte. Tant pour les questions de temps et d'espace reliées à la signature électronique, il est nécessaire pour le signataire d'avoir une relative maîtrise de l'environnement dans lequel elle est utilisée²¹³. Comme nous l'avons vu en général relativement au caractère processuel du contrat électronique²¹⁴, le cas particulier de la signature électronique implique des composantes qui dépassent la seule apposition sur une matière physique. Un autre élément important tient au fait que la signature électronique peut impliquer des éléments qui sont extérieurs à la personne qui s'oblige²¹⁵, l'utilisation de tiers étant en certaines circonstances de mise.

L'une des illustrations la plus explicite de cette caractéristique est la loi américaine du *Uniform Electronic Transaction Act*²¹⁶ qui introduit explicitement la notion de « Security procedures »²¹⁷ dans son article 9, et ce, de la façon suivante :

²¹¹ *Précitée*, note 49, article 6.

²¹² *Précitée*, note 164, article 8 (1) c) et 9 (1) b).

²¹³ É. DAVIO, *loc. cit.*, note 201, à la page 77.

²¹⁴ E. KATSH, *op. cit.*, note 6.

²¹⁵ Le caractère extérieur de la signature électronique n'est pas quelque chose d'obligatoire car on pourrait très bien imaginer que le seul fait d'apposer son nom dans un espace réservé à cet effet constitue une forme de signature. En revanche, la solution souvent proposée qu'est la certification, telle que prescrite notamment dans les textes québécois, européen, français et autres, dispose de cette caractéristique.

²¹⁶ *Précitée*, note 150.

²¹⁷ *Id.* Section 2 (14): « « Security procedure » means a procedure employed for the purpose of verifying that an electronic signature, record, or performance is that of a specific person or for detecting changes or errors in the information in an electronic record. The term includes a procedure that requires the use of algorithms or other codes, identifying words or numbers, encryption, or callback or other acknowledgment procedures. » Quelques commentaires suivent ensuite : « A security procedure may be applied to verify an electronic signature, verify the identity of the sender, or assure the informational integrity of an electronic record. The definition does not identify any particular technology. This permits the use of procedures which the parties select or which are established by law. It permits the greatest flexibility among the parties and allows for future technological development. The definition in this Act is broad and is used to illustrate one way of establishing attribution or content integrity of an electronic record or signature. The use of a security procedure is not accorded operative legal effect, through the use of presumptions or otherwise, by this Act. In this Act, the use of security procedures is simply one method for proving the source or content of an electronic record or signature. A security procedure may be technologically very sophisticated, such as an asymmetric cryptographic system. At the other extreme the security procedure may be as simple as a telephone call to confirm the identity of the sender through another channel of communication. It may

« (a) An electronic record or electronic signature is attributable to a person if it was the act of the person. The act of the person may be shown in any manner, including a showing of the efficacy of any security procedure applied to determine the person to which the electronic record or electronic signature was attributable.

(b) The effect of an electronic record or electronic signature attributed to a person under subsection (a) is determined from the context and surrounding circumstances at the time of its creation, execution, or adoption, including the parties' agreement, if any, and otherwise as provided by law. »²¹⁸

Sans que l'utilisation d'une procédure soit la seule solution envisageable, cette disposition reconnaît l'importance de prédéterminer, même sommairement, la façon selon laquelle la signature sera encadrée. La prédétermination, préalablement à la signature *stricto sensu*, implique donc la rédaction de politiques, de procédures²¹⁹, qui vont déterminer l'obligation de moyen des partenaires en cause, à savoir, pour le moins, les deux parties au contrat et, éventuellement, l'intervention d'un ou de plusieurs tiers qu'ils soient des autorités de certification, autorités d'accréditation, etc.²²⁰

B – Critères de réalisation de la signature électronique

Face aux innovations et aux différences présentées précédemment et étant donné le besoin d'effectuer une transition avec le droit existant, la solution de l'équivalence fonctionnelle a été apportée en cherchant à déterminer, indépendamment de la forme, les objectifs que l'institution doit remplir. Si le principe est intéressant, il importe néanmoins encore une fois de nuancer la suffisance de ces deux critères afin que la réalité ne soit pas occultée. Aussi, si le présent paragraphe souhaite apporter quelques éclaircissements sur les critères qui sont nécessaires à la réalité d'une signature, concrètement, et si l'approche fonctionnelle permet d'en identifier deux, ils ne suffisent pas et doivent être complétés par d'autres tant de nature technique (i) que personnelle (ii), conformément à ce que plusieurs des textes nouveaux ont prescrits.

En effet, et comme nous l'avons vu, les deux critères centraux de la signature sont l'identification de celui qui s'engage et sa manifestation de volonté²²¹. Concernant le premier, l'identification, et étant donné la portée quelque peu distincte de la signature électronique par rapport à son équivalent sur support papier du fait de plusieurs éléments propres à chacun des modes de

include the use of a mother's maiden name or a personal identification number (PIN). Each of these examples is a method for confirming the identity of a person or accuracy of a message. »

²¹⁸ *Id.*

²¹⁹ L'utilisation de procédures est également prônée dans les hypothèses de l'utilisation de certificats électroniques dans le cadre de La *Directive européenne sur les signatures électroniques, précitée*, note 183, article 10 relatif à la fiabilité des prestataires de services de certification.

²²⁰ Pour une description des modalités de signatures électroniques, voir S. PARISIEN et P. TRUDEL, *op. cit.*, note 171.

²²¹ *Supra*, Partie 2, Introduction.

communication²²², il sera nécessaire d'en préciser le concept. Plus particulièrement, il importera de le compléter par le biais des critères qui suivent et qui sont, comme nous le verrons, à la fois de nature technique et personnelle. La manifestation de volonté, en revanche, fait directement référence aux propos que nous avons précédemment tenus relativement au consentement, et notamment en ce qui a trait au débat concernant les « wraps »²²³. Il n'est donc pas utile d'en dire davantage²²⁴. Pour ces raisons, dans le présent paragraphe sur les critères de réalisation d'une signature, nous mettrons surtout l'accent sur la fonction d'identification et moindrement sur celle relative à la manifestation de volonté. En revanche, tant l'identité que la manifestation de volonté doivent s'apprécier aux regards de critères de sécurité et d'équité que les lois ont égrainés ces dernières années. Aussi, aimerions-nous en éclaircir quelque peu le panorama.

i) Critères techniques

La technique n'a jamais été absente de l'appréciation d'une signature, qu'elle soit manuscrite ou non. Simplement, la technologie qu'est le papier est devenue si commune, connue et socialement appréhendée, que la référence au support en tant que technologie est devenue transparente au concept même de signature. Transparente mais pas absente. D'ailleurs, quand il s'agissait d'analyser le support papier pour effectuer une éventuelle négation d'une signature, son étude exigeait généralement l'intervention d'un expert « technologique » qui faisait état de données technologiques pour étayer sa position²²⁵. Or, la donne change avec la signature électronique, et comme vu précédemment²²⁶, la diversité des méthodes de signatures électroniques est tellement vaste, qu'il importe de préciser quels sont les critères techniques qu'une signature doit satisfaire. Une fois encore, le début de l'analyse doit débiter des textes, des lois qui ne présentent pas

²²² Il est notamment intéressant de relever dans la thèse de I. DAURIAC, *op. cit.*, note 178, p. 181 et suivantes, que la fonction d'identification n'est pas une fonction probatoire mais plutôt symbolique. Il est intéressant de se demander si cette affirmation vaut de la même manière pour les signatures électroniques. Dans un tel cas, pourquoi utiliser un Numéro d'Identification Personnel (NIP) plutôt qu'une expression d'engagement. La distance propre aux communications électroniques crée un aléa, un risque supplémentaire qui requiert davantage de sécurité. Ceci évidemment ne remet pas en cause la nécessaire portée symbolique d'une signature mais l'identification offerte par la signature électronique est déterminante dans la mesure où il n'existe que très peu d'indices autres qui pourraient corroborer cette fonction.

²²³ *Supra*, Partie 1, B), i).

²²⁴ Les lois ont d'ailleurs été très silencieuses sur le sujet, considérant sans doute que les règles générales établies en droit des contrats étaient suffisantes en la matière. On peut seulement mentionner, à titre d'illustration, l'article 19 (1) de la *Loi ontarienne de 2000 sur le commerce électronique, précitée*, note 65, qui prévoit de façon pour le moins laconique : « Une offre, l'acceptation d'une offre ou toute autre question liée à la formation ou à l'effet d'un contrat peut être exprimée : a) soit au moyen de renseignements électroniques ou d'un document électronique; b) soit par un geste posé dans l'intention de produire une communication électronique, tel que, selon le cas : (i) toucher l'icône appropriée ou un autre endroit sur un écran d'ordinateur ou cliquer sur l'un ou l'autre, (ii) parler. 2000, » sinon, certaines lois peuvent aussi évoquer des cas très particuliers comme l'utilisation d'agents électroniques (par exemple, à l'article 20 de la loi ontarienne, *précitée*, note 65), de document préprogrammé (à l'article 34 de la loi québécoise, *précitée*, note 49) ou de certains contrats électroniques de consommation (comme à l'article 10 de la *Directive européenne sur le commerce électronique, précitée*, note 49, où, par exemple, des accusés de réception sont exigés).

²²⁵ Par exemple, au Québec, *Bolduc c. Talbot*, (2001) Cour du Québec disponible à <http://www.canlii.org/qc/jug/qccq/2001/2001qccq1827.html> ; *Armand c. Checotel Finance*, [1985] C.S. 1154.

²²⁶ *Supra*, Partie 2, A), ii) a).

toujours l'uniformité qui aurait été souhaitable, ni dans l'approche, ni dans le résultat. Ces textes demeurent également très vagues dès lors que l'on souhaite identifier concrètement les modalités de réalisation de la signature. Des traits communs sont néanmoins facilement identifiables.

Parmi les tendances qui se dessinent, deux façons de faire ont été principalement utilisées par les législateurs nationaux ou internationaux, si l'on occulte celles qui ont totalement mis de côté un pareil encadrement technique²²⁷. En effet, alors que certains textes se sont commis à déterminer un critère de fiabilité (a), en y associant parfois, et de manière cumulative, une présomption attachée à une forme particulière de signature, d'autres ont tenté de dégager des obligations incombant aux intervenants impliqués dans le processus de signature (b). Cela concerne évidemment le signataire mais aussi son destinataire ainsi que des tiers impliqués pour introduire davantage de sécurité. Ainsi, des mesures techniques sont d'abord directement associées à la signature *stricto sensu*; mais il en est aussi qui s'attachent à la structure externe, à l'architecture autour desquelles la signature électronique est définie. Il convient de présenter les deux successivement.

a) Critère de fiabilité

Une signature doit-elle être fiable? Cela paraît être une évidence dans la mesure où la preuve n'est pas étrangère à ce critère. Ajoutons que l'un de ses avantages est qu'il est volontairement nébuleux, adaptable, et ce, même si certains ont jugé que cela risquait d'aller à l'encontre de la sacré-sainte neutralité²²⁸. Ainsi, si certaines législations ont choisi d'aller de l'avant, d'une part, en associant la signature à un critère de fiabilité et, d'autre part, parfois, en précisant les modalités de réalisation de ce dernier, il faut constater que les démarches de précision du concept sont assez minimalistes. Ainsi, plusieurs textes font une référence expresse à ce concept tant au plan national, comme au Canada²²⁹, en Ontario²³⁰, aux États-Unis²³¹, en France²³², et ailleurs²³³,

²²⁷ Depuis environ cinq ans, on observe une inflation législative sur le commerce électronique et rares sont les pays qui ne disposent pas d'une loi et souvent de règlements pour encadrer cette nouvelle réalité.

²²⁸ Voir les commentaires consécutifs à l'article 10 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, 1999, disponible à <http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca-a.htm>, qui considèrent les éléments suivants : « Bien que la Loi type des Nations unies prévoit qu'une signature électronique ne satisfait pas à une exigence juridique de signature sans être fiable comme il faut dans les circonstances, la Conférence pour l'harmonisation des lois a cru qu'une telle règle nuirait au principe de la Loi uniforme qui cherche la neutralité quant au moyen de communication. Cependant l'autorité responsable de l'exigence de signature peut décider que l'exigence est fondée sur un besoin d'une certaine fiabilité d'identification ou d'association entre la signature et le document signé. »

²²⁹ La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, 2000, disponible à <http://www.canlii.org/ca/la/2000/c5/tout.html>, si elle précise certains éléments sur la notion de signature (et notamment à l'article 48), fait néanmoins référence à des règlements et à l'annexe 2 qui sont encore inexistantes. Sans que cela ne soit une « vraie » loi, il faut néanmoins mentionner la *Loi uniforme sur le commerce électronique, précitée*, note 228, qui prévoit un certain nombre de dispositions liminaires sur le sujet, et notamment à l'article 10.

²³⁰ *Loi sur le commerce électronique, précitée*, note 228, article 11 (3) s'intitulant « Exigences relatives à la fiabilité » et disposant : « Si le document est prescrit pour l'application du présent paragraphe ou entre dans une catégorie prescrite pour l'application de ce même paragraphe, l'exigence légale n'est respectée que si, eu égard à toutes les circonstances, y compris tout accord pertinent, l'objet pour lequel le document est créé et le moment où la signature électronique est apposée, les conditions suivantes sont réunies : a) la signature électronique permet d'identifier la personne de façon fiable; b) l'association entre la signature électronique et le document électronique pertinent est fiable. 2000, chap. 17, par. 11 (3). »

qu'à l'échelle internationale, et notamment à travers les recherches orchestrées par la CNUDCI²³⁴. En revanche, les tentatives de définition du concept ne se hasardent pas bien loin.

Mais avant de développer rapidement les critères proprement dits, il est possible d'identifier des traits communs que l'on retrouve dans la plupart des textes. D'abord, il est très souvent écrit que le concept de fiabilité s'analyse au regard des circonstances, de l'objet, des enjeux, des risques ou de ce qui a déjà été prévu par les parties²³⁵. Cette approche qui relève un peu du bon sens est la pratique habituelle en droit de la preuve²³⁶; il fallait néanmoins le mentionner du fait de la relative uniformité à de telles références externes, ce qui permet de faire un lien avec le concept de neutralité technologique vu précédemment²³⁷. Plusieurs lois mandatent ensuite un organisme *ad hoc* pour définir davantage, dans le futur, ce concept à géométrie très variable²³⁸. Il s'agit de la pratique du « botté en touche »²³⁹ qui s'utilise souvent dans un contexte technique. Ainsi, tant les aspects de permanence et de généralité de la loi sont satisfaits, tant la neutralité technologique est mise en l'avant.

Quant aux critères à proprement parler qui sont proposés par les législations, outre leur pauvreté, la plupart de ceux que l'on trouve dans les textes analysés font état d'une signature parfois

²³¹ *Uniform Electronic Transactions Act*, précitée, note 150, article 9.

²³² *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*, précitée, note 182, article 4 intégrant l'article 1316-4 du Code civil français.

²³³ Comme en Australie (*Electronic Transactions Act* (Australie), 1999, disponible à <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/textes/loiaustralie.pdf>, article 10 (1) b)), au Royaume-Uni (la référence est implicite à la fiabilité dans le *Electronic Communications Act 2000*, disponible à <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000007.htm>, le législateur faisant davantage référence à des notions plus globales de sécurité), en Nouvelle-Zélande (*Electronic Transactions act 2002*, disponible à http://www.legislation.govt.nz/libraries/contents/om_isapi.dll?, article 22), et plus généralement en Europe par le biais du texte fédérateur qu'est la *Directive européenne sur les signatures électroniques*, précitée, note 183, la encore de manière implicite avec les qualificatifs de signature « sécurisée » ou « qualifiée » que nous reverrons.

²³⁴ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, précitée, note 164, article 6 (3) (sur lequel nous reviendrons). Voir aussi, et de manière similaire, *L'avant projet de loi de la CNUDCI sur les contrats électroniques*, (2002) A/CN.9/WG.IV/WP.95, également disponible à http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_ec/wp-95f.pdf à l'article 13, pages 35 et 36.

²³⁵ Par exemple, *Uniform Electronic Transactions Act* (États-Unis), précitée, note 150, article 9 (b); *Electronic Transactions Act*, précitée, note 233, article 10 (1) (b); *Loi sur le commerce et l'information électroniques* (Manitoba), 2000, disponible à <http://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/e055f.php>, article 23 (3).

²³⁶ En effet, le juge qui apprécie la preuve qui lui est soumise, se base généralement sur de tels critères généraux.

²³⁷ *Supra*, Partie 2, paragraphe A, i), s'intitulant « Neutralité technologique ».

²³⁸ C'est notamment le cas en Colombie-Britannique avec le *Electronic Transaction Act*, (2001), disponible à http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/E/01010_01.htm#section11, article 21 d); en Ontario avec la *Loi 2000 sur le commerce électronique*, précitée, note 65, article 11 (3); concernant le Québec, voir la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 49, article 8 : « Le gouvernement peut, en se fondant sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68, décréter qu'un dispositif est apte à remplir une fonction déterminée. Lorsque le décret indique le dispositif visé, la fonction qu'il doit remplir ainsi que la norme ou le standard retenu, il n'y a pas lieu de faire la preuve du fait qu'il est apte à remplir cette fonction. »

²³⁹ *Supra*, Partie 2, Paragraphe A, (i) (b) (2), s'intitulant « Réalité juridique » et notamment la note 181.

qualifiée de niveau « supérieur »²⁴⁰ qui disposerait d'une fiabilité lui permettant de bénéficier d'un traitement préférentiel, soit par le biais d'une présomption²⁴¹, soit en permettant une certaine « considération »²⁴². Sans interdire d'autres formes de signatures, une telle présomption permet de favoriser une technologie en particulier.

Le premier critère de nature technique que l'on peut d'abord identifier fait référence à l'exclusivité, que ce soit quant au lien entre la signature et le signataire²⁴³ ou quant au contrôle de la signature²⁴⁴, voire aux deux²⁴⁵. Cette notion permet de faire le lien avec le prochain paragraphe relatif aux obligations des intervenants.

Le second critère que nous aimerions citer tient au caractère décelable de toute modification touchant soit à la signature elle-même²⁴⁶ soit au document auquel elle est associée en veillant à l'intégrité de celui-ci²⁴⁷, soit aux deux²⁴⁸. Là encore, bien peu de commentaires peuvent être développés quant à cette condition, si ce n'est qu'on essaye par une expression générale, découlant du bon sens, de permettre avec une relative assurance qu'une preuve puisse être obtenue et présentée devant un juge. En fait, ce critère n'est encore là pas neutre sur le plan technologique dans la mesure où il découle directement de ce que permet de faire une infrastructure à clé publique qui, par le biais du chiffrement, permet de déceler toute modification à un document ainsi protégé²⁴⁹.

Notons que ces deux critères que l'on trouve dans plusieurs lois ne sont pas forcément nécessaires à la réalisation d'une signature. Un simple « clic » par exemple, s'il peut constituer un mode de signature juridiquement admissible, ne présente pas forcément un cumul de ces deux éléments. Et si l'absence ou la présence du caractère exclusif pourra être amené en preuve par les protagonistes, le caractère décelable des modifications n'est pas une caractéristique forcément

²⁴⁰ Dans certains cas, la distinction de la signature est nommément inscrite, comme dans l'hypothèse de la *Directive européenne sur les signatures électroniques, précitée*, note 183, article 2 (2) qui évoque la notion de « signature électronique avancée ». Dans d'autres, la signature bénéficiera seulement d'un régime probatoire renforcé par une présomption.

²⁴¹ Par exemple, le *Electronic Signatures Regulations 2002* (United Kingdom), disponible à http://www.bailii.org/uk/legis/num_reg/2002/20020318.html, article 2.

²⁴² C'est notamment le terme utilisé dans la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, précitée*, note 164, article 6 (3) où il est prévu : « Une signature électronique est **considérée** fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si : (...) » (le caractère gras a été ajouté)

²⁴³ Par exemple, *Directive européenne sur les signatures électroniques, précitée*, note 183, article 2 (2); *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, précitée*, note 164, article 6 (3).

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ Voir par exemple, sur la notion d'infrastructure à clé publique, le site suivant : <http://www.securiteinfo.com/crypto/pki.shtml>.

associée à une signature. Simplement, la preuve de ces deux éléments associés à une signature facilitera on s'en doute de la considérer comme étant fiable.

b) Obligations des intervenants dans un processus de signature

Le caractère processuel de la signature électronique oblige à une gestion des éléments identifiants consécutif de la signature et donc, à une responsabilité afférente à celle-ci. Cette question ramène à la problématique déjà ancienne relative au paiement électronique et précisément à l'encadrement des cartes de crédit où un partage des responsabilités est assuré entre les intervenants²⁵⁰. Au Québec, cette problématique est régie par l'article 41 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁵¹ qui semble déposer un poids non négligeable sur « l'identifié », mais aussi par les articles 60 à 62 qui disposent spécifiquement de la responsabilité en matière d'utilisation de certificat électronique²⁵². Le rapport de force qui découle de ces dispositions est à évaluer, notamment en le comparant avec ce qui se fait en Europe²⁵³, en France²⁵⁴ ou sur le plan international²⁵⁵ sur la même question des certificats.

²⁵⁰ En effet, et selon les juridictions, soit des lois soit des normes communautaires, ont établi des règles régissant les obligations de sécurité respectives entre le titulaire de la carte, l'émetteur de la carte et le commerçant. Voir par exemple Nicole L'HEUREUX et Louise LANGEVIN, *Les cartes de paiement : aspects juridiques*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991.

²⁵¹ *Précitée*, note 49 : « Quiconque fait valoir, pour preuve de son identité ou de celle d'une autre personne, un document technologique qui présente une caractéristique personnelle, une connaissance particulière ou qui indique que la personne devant être identifiée possède un objet qui lui est propre, est tenu de préserver l'intégrité du document qu'il présente. Un tel document doit en outre être protégé contre l'interception lorsque sa conservation ou sa transmission sur un réseau de communication rend possible l'usurpation de l'identité de la personne visée par ce document. Sa confidentialité doit être protégée, le cas échéant, et sa consultation doit être journalisée. »

²⁵² *Précitée*, note 49, article 60 : « Dans le cadre d'une communication au moyen d'un document technologique, la validité et la portée du certificat doivent préalablement être vérifiées, par la personne qui veut agir en se fondant sur le certificat, afin d'obtenir confirmation de l'identité ou de l'identification de toute partie à la communication ou de l'exactitude d'un identifiant d'un objet.

De même, avant de se fonder sur un renseignement inscrit au certificat, il lui faut vérifier si le prestataire de services de certification confirme l'exactitude du renseignement. La vérification peut être faite au répertoire ou à l'emplacement qui y est indiqué ou auprès du prestataire, au moyen d'un dispositif de consultation sur place ou à distance.

61. Le prestataire de services de certification et de répertoire, le titulaire visé par le certificat et la personne qui agit en se fondant sur le certificat sont, à l'égard des obligations qui leur incombent en vertu de la présente loi, tenus à une obligation de moyens.

62. Dans le cadre d'une transaction effectuée au moyen d'un document technologique appuyé d'un certificat approprié à la transaction, conformément aux paragraphes 4^o et 6^o du premier alinéa de l'article 52, chacune des personnes visées à l'article 61 est responsable de réparer le préjudice résultant de l'inexactitude ou de l'invalidité du certificat ou d'un renseignement contenu au répertoire, à moins de démontrer qu'elle n'a pas commis de faute dans l'exécution de ses obligations. Lorsque plus d'une d'entre elles sont responsables, l'obligation de réparer est conjointe ; si leur part de responsabilité ne peut être établie, elle est répartie à parts égales. De plus, en l'absence de faute de la part de toutes ces personnes, elles assument la réparation du préjudice conjointement et à parts égales. Aucune de ces personnes ne peut exclure la responsabilité qui lui incombe en vertu du présent article. »

²⁵³ *Directive européenne sur les signatures électroniques, précitée*, note 183, article 6.

²⁵⁴ *Décret pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, précité*, note 182.

²⁵⁵ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, précitée*, note 164, articles 8 et 9.

Volontairement, nous éludons le détail des dispositions relatives à l'encadrement de cette relation tripartite, les conséquences de la certification et éventuellement de l'accréditation étant nombreuses et longuement traitées. D'ailleurs, peut-être que cette lourdeur, associée à un manque d'habitude des signataires, fait que ces techniques de signature demeurent encore assez peu utilisées. Il est néanmoins utile de simplement mentionner que les lois qui ont pris le soin d'encadrer les obligations d'un prestataire de services de certification²⁵⁶ le font de manière relativement similaire, hormis sur les questions de responsabilité²⁵⁷.

Quant au critère de l'identification également très souvent cité dans les législations étudiées²⁵⁸, s'il découle indirectement des éléments techniques que nous venons d'entrevoir, il découle aussi de critères personnels que nous verrons maintenant.

ii) Critères personnels

Sans que cela ne soit totalement distinct de la technologie, il existe aussi certains critères qui sont davantage reliés au signataire lui-même. Il en est ainsi du caractère courant et personnel de la signature (a), à savoir, qu'elle représente une façon de faire qui permet d'identifier l'individu signataire au regard de ses habitudes propres et de ce qui se fait dans une communauté donnée. Plus spécifique, et propre aux signatures électroniques, nous évoquerons également certaines considérations relatives aux limites d'utilisation liées aux données biométriques (b).

a) Marque habituelle et personnelle comme identifiant

Dans l'appréciation que nous souhaiterions désormais faire de la signature, il importe de dégager, d'une part, le caractère habituel, courant de celle-ci, quant à l'utilisation qu'en fait le signataire et, d'autre part, le caractère personnel.

Concernant le premier, si plusieurs sources de droit dégagent cet élément d'habitude ou du caractère courant²⁵⁹, il ne semble pas que cela soit une condition formelle²⁶⁰. Ainsi, un signataire qui utilise un mode de signature qui « lui » est habituel peut faire varier ce caractère au regard de l'utilisation qu'il en fait. La saisie de son nom ou un « clic » pour un achat de consommation, peut très bien être utilisé et même si la personne ne dispose pas d'un certificat.

²⁵⁶ Comme au Québec, en Europe et certains de ses pays membres et la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, précitée, note 164.

²⁵⁷ Une certaine variante est sans doute identifiable au Québec où la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 49, empêche une totale exonération de l'une ou l'autre des parties (article 62 *in fine*). Sur cette question, lire Pierre TRUDEL, « La responsabilité des acteurs du commerce électronique », dans Vincent GAUTRAIS (Dir.), *Droit du commerce électronique*, 2002, p. 607, à la page 646.

²⁵⁸ Et ce, de manière quasiment universelle dans la plupart des législations que nous avons étudiées.

²⁵⁹ Et notamment l'article 2827 C.c.Q., précitée, note 148.

²⁶⁰ C'est du moins ce que prétend I. DAURIAC, *op. cit.*, note 178, pp.54-55 : « si les tribunaux utilisent la référence au caractère habituel du signe pour apprécier la régularité de certains signatures, ce caractère n'est pour eux aucunement qu'un simple indice de la régularité du signe. »

Quant au caractère personnel, il s'agit ici de faire un lien entre la signature et le signataire. Si cela nous rappelle la notion d'exclusivité traitée concernant les critères techniques, il faut encore faire état de situations où ce critère ne sera pas forcément présent. L'exemple du « clic », fort courant, montre qu'il existe beaucoup d'hypothèses où le caractère personnel n'est pas déterminant, et ce, comme dans l'environnement papier²⁶¹. Il convient peut-être de faire la distinction proposée par Dirk Syx selon laquelle s'il est possible de croire à une conception du caractère personnel en tant qu'élément « provenant d'une personne déterminée », il est plus difficile de lui faire correspondre un concept « provenant d'une caractéristique unique et physique de la personne ou correspondant à cette caractéristique »²⁶².

Comme mentionné précédemment, le niveau d'assurance dans l'identification du signataire s'apprécie au regard de l'enjeu en cause; et il est inutile de « tuer une mouche avec un canon » ou, en ce que nous concerne, à mettre en place un processus d'identification qui serait disproportionné avec le risque associé à une transaction. Néanmoins, il est évident qu'une transaction qui aurait été « signée » par le biais d'un numéro d'identification personnel (NIP) présente sur cet aspect davantage d'assurance que le simple « clic ».

Quoi qu'il en soit, les caractères d'habitude et de personnalisation de la signature sont des éléments qui aident à reconnaître sa validité mais qui ne sont nullement nécessaires.

b) Limites d'utilisation reliées à la protection des renseignements personnels

Toujours sur la question de l'identification du signataire, il appert de plus en plus souvent que des méthodes de signature sont proposées par des commerçants en utilisant des données personnelles du signataire. Que ce soit en reconnaissant un œil, une empreinte, un doigt ou une main, il est désormais commun de pouvoir s'identifier en faisant référence à une donnée corporelle. Or, cette situation n'est anodine et des limites d'utilisation, notamment par le destinataire de la signature²⁶³, sur la base du respect de la vie privée, ont été parfois mises de l'avant par certaines législations.

Cela a déjà été le cas pour une signature manuscrite où un juge a condamné un journal qui a publié, sans le consentement de l'intéressé, « une étude de caractère et de personnalité obtenue d'une graphologue sur présentation de la signature de la personne », ceci constituant une atteinte à la vie privée de celle-ci²⁶⁴. Sur la base de faits certes fort différents, cette décision décèle pourtant un lien intéressant avec une réalité actuelle et croissante où la signature s'effectue par le

²⁶¹ Il est à ce propos possible de faire référence à la signature par le biais des croix.

²⁶² D. SYX, *loc. cit.*, note 146, 135. Conception plus traditionnelle que l'on aperçoit parfois. Voir Marc VANQUICKENBORNE, « Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé », (1985) *Revue critique de jurisprudence belge* 68, 81.

²⁶³ Dans le cadre de ce travail, nous occulterons les questions de la protection de renseignements personnels relatives à l'émission de certificats par un prestataire de services de certification. En effet, il est de l'essence de son rôle de gérer consciencieusement les renseignements personnels qui constituent le certificats. Si les lois générales s'appliquent évidemment à une telle fonction, certains textes, comme la *Directive européenne sur les signatures électroniques*, précitée, note 183, ont pris le soin de rappeler les obligations de cette intermédiaire à ce sujet.

²⁶⁴ *Cour d'appel de Rennes du 06 octobre 1992*, (1993) Bulletin d'information de la Cour de cassation n°364, cité par I. DAURIAC, *op. cit.*, note 178, p. 162.

biais de données biométriques. Dans ce dernier cas, la situation a pour particularité que des données hautement personnelles et de surcroît unique, sont détenues par un tiers²⁶⁵. C'est la raison pour laquelle la *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁶⁶ a pris le soin aucunement superflu d'encadrer rigoureusement les intervenants d'un tel procédé d'identification ou de signature. Ce contrôle se fait durant tout le cycle de vie des informations dans la mesure où, d'abord, la banque des données biométriques doit demander à un organisme gouvernemental la pertinence d'utiliser un procédé d'identification si lourd de conséquences²⁶⁷. Ensuite, les intéressés doivent consentir expressément à un tel procédé d'identification²⁶⁸. Toujours pendant l'utilisation, les finalités d'utilisation doivent être clairement circonscrites²⁶⁹ et enfin, une fois l'utilisation des données biométriques terminée, leur destruction doit être effectuée par le détenteur²⁷⁰. Même si plusieurs systèmes juridiques disposent d'une protection par le biais d'une législation concernant spécifiquement la protection des renseignements personnels, cette loi présente l'intérêt de proposer un encadrement spécifique à une réalité qui quoi qu'encore peu généralisée, accroît considérablement les risques des signataires à ce sujet.

²⁶⁵ Notons que certains produits d'identification biométriques, et à cause de ce risque, n'archive pas ces données personnelles mais préfèrent les stocker sur une carte détenue par le signataire. Pour s'identifier, le signataire n'a qu'à montrer que la carte en question correspond identiquement à son œil ou sa main. Ainsi, si la carte est perdue, celui qui la trouve ne peut aucunement l'utiliser dans la mesure où sa main, par exemple, ne va pas correspondre à sa carte.

²⁶⁶ *Précitée*, note 49.

²⁶⁷ *Id.*, article 45 : « La création d'une banque de caractéristiques ou de mesures biométriques doit être préalablement divulguée à la Commission d'accès à l'information. De même, doit être divulguée l'existence d'une telle banque qu'elle soit ou ne soit pas en service.

La Commission peut rendre toute ordonnance concernant de telles banques afin d'en déterminer la confection, l'utilisation, la consultation, la communication et la conservation y compris l'archivage ou la destruction des mesures ou caractéristiques prises pour établir l'identité d'une personne.

La Commission peut aussi suspendre ou interdire la mise en service d'une telle banque ou en ordonner la destruction, si celle-ci ne respecte pas ses ordonnances ou si elle porte autrement atteinte au respect de la vie privée. »

²⁶⁸ *Id.*, article 44 al. 1 : « Nul ne peut exiger, sans le consentement exprès de la personne, que la vérification ou la confirmation de son identité soit faite au moyen d'un procédé permettant de saisir des caractéristiques ou des mesures biométriques. L'identité de la personne ne peut alors être établie qu'en faisant appel au minimum de caractéristiques ou de mesures permettant de la relier à l'action qu'elle pose et que parmi celles qui ne peuvent être saisies sans qu'elle en ait connaissance. »

²⁶⁹ *Id.*, article 44 al. 2 : « Tout autre renseignement concernant cette personne et qui pourrait être découvert à partir des caractéristiques ou mesures saisies ne peut servir à fonder une décision à son égard ni être utilisé à quelque autre fin que ce soit. Un tel renseignement ne peut être communiqué qu'à la personne concernée et seulement à sa demande. »

²⁷⁰ *Id.*, article 44 al. 3 : « Ces caractéristiques ou mesures ainsi que toute note les concernant doivent être détruites lorsque l'objet qui fonde la vérification ou la confirmation d'identité est accompli ou lorsque le motif qui la justifie n'existe plus. »

Conclusion

À la lecture de ces lignes, certains pourraient croire que la « couleur » du consentement électronique pour reprendre l'expression consacrée par le professeur Popovici²⁷¹, devrait être rouge ; un consentement électronique plein de revendication, d'affirmation et de prise en compte des « petits », des clients et des consommateurs. Une couleur rouge également utilisée pour soulever l'attention qu'il est nécessaire de porter sur un domaine neuf et sources d'innovations. L'esprit de ce travail est donc nettement influencé par cette seconde composante de sensibilisation de l'utilisateur final.

Ceci amène donc à une sorte de paradoxe conceptuel qui se vérifie sur le plan contractuel en général, mais qui est encore plus juste sur le plan des contrats électroniques en particulier, à savoir : la volonté est de moins en moins considérée comme étant la force obligatoire des contrats²⁷². Certes. En revanche, les formalités qui doivent être pensées pour rédiger un contrat électronique doivent notamment passer par une amélioration de la considération volontaire. Le formalisme contractuel passe par le réveil de la volonté, son affirmation. Longtemps opposés, le formalisme est en l'occurrence le révélateur du consensualisme. L'opposition est fictive ; la guerre des concepts est terminée.

Cette reconsidération est d'autant plus vraie que la technologie pourrait permettre une amélioration sensible de la prise de conscience volontaire : de l'utilisation d'applications multimédia, à la mise en place de procédés où des contrats clé en main pourraient être conclus²⁷³. Il s'agit encore, certes, d'une vue de l'esprit et d'une perspective futuriste. Néanmoins, en attendant demain, l'attitude recherchant la satisfaction et la considération du destinataire adhérent nous paraît être la voie à suivre. Faire en sorte que l'après-demain suive une voie contraire à celle que l'on voit trop souvent se dessiner actuellement. Le commerce électronique est encore à la recherche de la plus-value qu'il est susceptible d'offrir à ses clients pour se distinguer du commerce traditionnel. L'on parle alors beaucoup de la personnalisation du service, souvent considérée comme l'une des innovations essentielles de l'économie numérique²⁷⁴ et que la technologie rend paradoxalement plus facile étant donné les possibilités offertes pour rejoindre un consommateur²⁷⁵. En outre, il est désormais possible de responsabiliser le client sur l'attitude

²⁷¹ Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, et notamment à la postface, page 521 : « Si vous me demandez quelle est la couleur du mandat, je vous répondrais : « Vert, mais pas souvent ».

²⁷² V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 5, aux pages 21 à 80.

²⁷³ Dans un contexte voisin, l'expérience a notamment été tentée par l'OCDE qui a mis en place un générateur automatique de politique de vie privée. Cet outil, disponible à <http://cs3-hq.oecd.org/scripts/pwv3/pwvhome.htm>, permet, en fonction des caractéristiques d'une entreprise, de proposer un document fait sur mesure. Un équivalent serait donc aisément envisageable dans une stricte de relation de consommation par exemple.

²⁷⁴ Voir notamment Jacques NANTEL, « Opportunités d'affaires et l'Internet: où en sommes nous? », (2002) disponible à <http://www.hec.ca/pages/jacques.nantel/publications/recherche/gestion02.htm>.

²⁷⁵ Et c'est la raison pour laquelle nous croyons la décision *Kanitz c. Rogers Cable*, précitée, note 94, inadaptée.

qu'il se doit de tenir, notamment quant à la sécurité à maintenir, quant à la diligence à suivre, et ce, d'une manière totalement différente du commerce traditionnel; cela ne peut néanmoins se faire que s'il a été préalablement et convenablement prévenu de ses obligations à cet égard²⁷⁶. Il pourrait ainsi commencer à matérialiser ces deux qualités dans le cadre même de ses relations juridiques.

Le droit est donc, nous croyons, un outil pour rassurer le cyberconsommateur, un outil pour raffermir la confiance déficiente dans le commerce électronique, et ce, notamment, s'il respecte son rôle de protection des plus démunis. En proposant davantage de protection, sur le plan du fond du droit²⁷⁷, des intitulés²⁷⁸ et de la forme comme nous venons de le voir, il est en mesure d'apporter de la maturité à ce secteur encore balbutiant.

La couleur du consentement électronique est donc le « rouge ».

²⁷⁶ Certains services électroniques, notamment dans le domaine bancaire, ne sont pas sans incidences sur les responsabilités des consommateurs. En effet, un partage des responsabilités est opéré, ce dernier ayant au moins l'obligation de gérer convenablement son numéro d'identification personnel, ce qui est normal du fait du caractère processuel de la transaction. Néanmoins, il importe qu'un contrôle des clauses contractuelles imposant d'autres mesures de sécurité au consommateur soit effectué. Les contrats relatifs à l'émission des cartes de crédit ont fait l'objet, dans la plupart des pays du monde, à des discussions entre les intérêts catégoriels impliqués (émetteurs de cartes, commerçants, associations de consommateurs, gouvernement) ainsi qu'à des lois (instaurant notamment un système d'assurance). Il serait intéressant qu'une même démarche soit faite sur jusqu'où on peut aller dans l'imposition de responsabilités aux consommateurs.

²⁷⁷ *Supra*, note 15.

²⁷⁸ Il est notamment frappant de constater en pratique les efforts utilisés par certains cybermarchands peu diligents pour tenter de diluer l'attention du consommateur en insérant des contrats de consommation sous des intitulés plus neutres et moins « épeurants » comme « Notice légale », « Avertissement », « Conditions d'utilisation », etc.