

Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies*

Par

Vincent Gautrais**

Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage

Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 30 septembre 2003.

1) La fiction

A – La neutralité technologique

B – L'équivalence fonctionnelle

2) La présomption

A – La présomption de la fiabilité de l'environnement de l'article 2840 C.c.Q.

B – La présomption des signatures électroniques accréditées

Il est de bon ton de remercier les initiateurs d'une conférence pour l'invitation qu'il ont bien voulu nous adresser. J'ai encore aujourd'hui, eu égard à la technicité du sujet, quelques doutes à le faire.

« Fiction et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies ». Je me permets de vous rappeler ce titre ambitieux, vaste, difficile, joli sans doute, qui décèle aussi des relents théoriques qui ont été traités plus tôt dans la journée. Du fait de ce traitement préalable, nous éluderons cette perspective et nous nous limiterons dans le cadre de cette présentation à analyser concrètement comment ces présomptions et fictions se matérialisent, l'approche pratique étant en effet de rigueur face à la kyrielle de lois qui a émergée depuis peu. En effet, depuis les années 1999-2001, on peut constater une inflation phénoménale des lois relatives au commerce électronique et

* Re transcription d'une conférence avant eu lieu le 30 septembre 2002 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, Montréal, Québec, Canada.

** 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>.

presque tous les pays et toutes les provinces canadiennes en disposent d'une désormais¹.

Il s'agit donc d'envisager les outils qui sont au service de la Loi pour intégrer la nouveauté, pour intégrer certains principes directeurs techniques. Les outils sont pluraux : il y a en premier lieu des outils purement juridiques, techniquement juridiques et à cet égard nous allons voir les fictions et les présomptions, celles-ci étant le cœur du sujet.

Il y en a d'autres qui sont purement technologiques et on peut par exemple illustrer les nouvelles définitions qui jalonnent les lois et décrets qui ont été adoptés récemment, parfois avec une certaine confusion², parfois avec plus de grâce³.

Il y a enfin certains outils qui touchent davantage à la façon de faire. Il est à ce sujet possible de penser à la délégation qui s'effectue par le biais des comités pluridisciplinaires dans l'exemple de la loi québécoise⁴ et la technique du « Botté en touche » utilisée en France où l'on voit une loi qui génère des décrets qui génèrent eux-mêmes des circulaires et des arrêtés.

En tous les cas, la finalité législative est d'intégrer des principes technologiques, appelons-les ainsi, ayant me semble-t-il pour objectif de se rapprocher de la « réalité vivante »⁵, pour reprendre l'expression de Jacques Ghestin, « réalité vivante » que les lois tentent d'encadrer. Techniciser les lois en ce qui concerne les technologies de l'information est perçu comme une façon de se rapprocher du « vrai monde », ce qui apparaît comme une légitimité en soi.

Le droit posé ou droit positif est donc pris entre deux eaux; d'une part demeurer en parfaite adéquation avec les principes théoriques sous peine d'un hiatus conceptuel; d'autre part, demeurer en parfaite adéquation avec la « réalité vivante » sous peine d'un hiatus *in concreto*.

Or, la difficulté, c'est que plus le législateur se rapproche de l'un et plus le risque de se détacher de l'autre est grand. Plus la loi par exemple va aller en précision sur les

¹ Voir notamment le site suivant qui collige différentes lois relatives au commerce électronique dans certains pays du monde. <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/lois.htm>.

² La notion de « document technologique » par exemple a suscité des difficultés d'interprétation. Voir notamment 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, pp. 3-56.

³ Pour la notion de « cycle de vie », *id.*

⁴ Article 63 et suivants de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.

⁵ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 57.

modalités à suivre pour prouver un acte ou un document, plus un risque de friction avec des principes pluriséculaires est susceptible d'intervenir. C'est le débat que nous avons ce matin relativement à la présomption relative à la signature.

Deux conséquences peuvent être constatées à cet égard : d'abord, plutôt qu'un législateur bavard, pathologie législative qui semblait avoir été notamment décrié par André Lucas⁶, il faudrait un législateur bâtard, à savoir, une autorité capable de pallier cohérence juridique et fidélité descriptive, pour reprendre les deux directions que le droit positif doit maintenir à observer. Ensuite, du fait de cette obligation pour le législateur de regarder dans les deux directions que sont théorie et réalité, il faut constater que les innovations technologiques qui apparaissent dans les lois sont difficilement neutres juridiquement. Ainsi, les apports technologiques doivent être régis par le droit comme Lessig s'y est employé à le montrer, déclarant la nécessité du contrôle du premier sur le second. Mais ces apports ont également un rôle considérable dans le droit comme on peut le constater dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* où les technologies ont une présence majeure, voire selon certains juristes, envahissante. Il suffit de voir la vacuité dans les yeux de certains juristes qui essaient de comprendre les Lois (française et québécoise) pour se rendre compte du fait.

Et revenant ainsi à notre sujet que nous n'avons jamais quitté, nous croyons que ce regard bidirectionnel peut être maintenu justement en utilisant les outils que sont la présomption et la fiction. Deux outils qui d'ailleurs ont été largement utilisés dans le cadre de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* (2001) et aussi dans les textes français. Une loi toute neuve, qui déjà suscite beaucoup de critiques, principalement par les avocats, les juristes, ces derniers considérant notamment que ce texte entre en contradiction avec des principes directeurs du droit de la preuve.

Sans plus tarder, et conformément à la présomption quasi-irréfragable en droit qu'une présentation de qualité doit être faite en deux parties, nous analyserons successivement, tout simplement, la fiction puis la présomption.

Chacun de ces deux éléments sont justement, d'une part, des outils de dialogue entre Droit et Technologie et, d'autre part, des outils d'imposition, d'affirmation de règles que la loi manifeste. D'ailleurs, les finalités sont à certains égards difficiles à distinguer lorsque notamment on parle de présomption irréfragable.

1 – La fiction

Commençons par la fiction et par sa définition. Une définition fort personnelle qui pourrait s'intituler ainsi : « Altération ou émergence d'un concept juridique dont l'avènement est rendu nécessaire par la méconnaissance de la réalité des choses ». Nous ne nous attarderons pas sur cette définition si ce n'est pour dire, et pour resituer la

⁶ 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.

question à nos propos introductifs, que face à une « réalité vivante » qui change, il importe de changer le droit positif tout en étant en accord avec les principes juridiques directeurs. Or, pour ce faire, certains travers « subjectifs » sont instaurés.

Les fictions sont nombreuses dans la Loi et il importait de faire un choix. On peut invoquer celles concernant le fait que la machine contracte au nom de son « maître », de son programmeur, au même titre que l'esclave pouvait conclure certains actes sans avoir la capacité juridique. L'on aurait pu évaluer l'indépendance du support d'un document et le document lui-même qui est un phénomène récent mais qui semble s'appliquer désormais à tous les documents.

Je me permettrai de cibler davantage deux principes qui proviennent de la gestion documentaire et qui ont été passablement intégrés dans plusieurs lois, à savoir la neutralité technologique (A) et l'équivalence fonctionnelle (B).

A – La neutralité technologique

Parmi les tentatives de délimitation du concept de neutralité technologique, on peut identifier deux tendances : 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'inverse; 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.

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 proposent de faire le contraire : identifier les distinctions et volontairement stigmatiser les différences. Évidemment, l'objectif n'est pas de prétendre à l'incapacité de l'écrit, de la signature ou de l'original électroniques qui a bien des égards présentent 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.

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 »⁷. 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. 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.

⁷ Articles 2837 et suivants C.c.Q.

Car 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. Il est possible de constater que certains textes tels que ceux de l'Union européenne, avec la *Directive sur les signatures électroniques*⁸, de la CNUDCI avec la *Loi type sur les signatures électroniques*⁹ que du Québec, avec la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁰, 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 importants¹¹.

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 formes¹², 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 écrits, signatures, originaux ne soient invalidés 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 utilisées. À ces deux

⁸ *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.

⁹ *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>.

¹⁰ *Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, Chapitre C-1.1, disponible à : <http://www.canlii.org/qc/loi/lcqc/20030131/l.r.q.c-1.1/tout.html>.

¹¹ *Contra*, Michel JACCARD, « Deux nouveaux projets suisses sur la signature et le commerce électroniques », (2001) *Juricom.net* disponible à <http://www.juricom.net/pro/2/ce20010714.htm>.

¹² 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> : « 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. »

inquiétudes, pourtant, et sauf certaines juridictions plus formalistes¹³, la jurisprudence avait le plus souvent su répondre avec pragmatisme et un sens aguerris du progrès¹⁴. Conformément à l'affirmation du doyen Flour, « dans la loi se manifeste une renaissance, dans la jurisprudence une décadence, du formalisme »¹⁵. Alors qu'*a priori*, la loi impose des formes, le juge, *a posteriori*, les défait pour éviter les iniquités¹⁶.

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. »¹⁷

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. Aussi, le

¹³ 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.

¹⁴ *Rolling c. Williann Investments Ltd.*, (1989) 70 O.R. 2d 578 (C.A.).

¹⁵ 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 111.

¹⁶ *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. »

¹⁷ Gérard CORNU, « L'imagination à bon droit? », 2^e conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 15. A 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...

fait de considérer un vœu plutôt qu'une situation existante, réelle, nous oblige à considérer le principe avec davantage de mesure.

B - L'équivalence fonctionnelle

L'équivalence fonctionnelle est en effet l'élément de matérialisation de la neutralité technologique. Parmi les définitions que l'on peut identifier, il est généralement consacré que par ce concept on entend que quel que soit le support utilisé, un document répond à l'obligation de signature, d'écrit, d'original dès lors qu'il remplit certaines fonctions.

J'aimerais vous présenter rapidement l'exemple de l'écrit en droit québécois tel qu'il est fourni à l'article 5 de la Loi pour vous montrer que selon moi, cette fiction a été élevée au rang de dogme et selon laquelle un écrit est un écrit dès lors qu'il est intègre. Étant intègre, un document technologique a la même valeur juridique que le papier.

Ceci constitue un dogme sur le plan de la finalité : il n'est pas toujours facile de savoir pour quelles raisons le législateur impose une formalité. Est-ce pour une raison de preuve? Est-ce pour une raison de formalisme, est-ce pour une prise de conscience reliée à la solennité de l'acte? Toujours est-il, que le critère de l'intégrité constitue à lui seul le critère pour qu'un document électronique puisse remplir la fonction d'écrit. Or, vous pouvez avoir le document le plus intègre qui soit, mais nul ne prouve avec ce seul critère que la personne qui s'engage avec un écrit a bien pris conscience de ce à quoi elle s'engage. Or, il est loisible de croire que si le législateur a exigé un écrit en certaines circonstances (comme pour une cession de droit d'auteur), ce n'est pas seulement pour une raison de preuve, comme l'intégrité est capable de l'assurer, mais aussi pour une raison de solennité.

Ceci constitue également un dogme sur le plan de la réalité : certaines fonctions ne sont pas retranscrites par l'électronique et inversement. Le papier continue à garder une solennité que l'électronique (en dépit d'autres avantages que l'électronique a et que le papier n'a pas).

La raison de ce trop rapide travers dans l'établissement du critère de l'équivalence fonctionnelle (qui n'est pas mauvais en soi mais qui je crois a été trop rapidement tracé), est la volonté sous-jacente à plusieurs lois de favoriser le commerce électronique, d'une part, et aussi, parce que cette fonction de solennité, si elle est assurée en droit, n'est pas reconnue en gestion documentaire.

En effet, la littérature en matière de sécurité documentaire, fait état de cinq fonctions essentielles d'un document, à savoir la confidentialité, l'authentification, la non-répudiation, la disponibilité et l'intégrité.

Or, la solennité, le caractère symbolique de l'écrit, fruit de siècles de pratique, n'a pas été reconnue comme étant un attribut habituel d'un document. Peut-être parce qu'il s'agit d'une fonction purement et uniquement juridique...

2 – La Présomption

Là encore, et plus rapidement, commençons par la définition, d'autant que nous avons la chance d'en avoir une dans le C.c.Q. L'article 2846 C.c.Q. dispose en effet que : « La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu. »

Une formule fort élégante qui aurait pu être citée par le professeur Lluellas dans une récente conférence sur le style du C.c.Q. Dans cette formule pleine d'affirmation, on met de nouveau de l'avant le caractère docte, affirmé, péremptoire de la loi qui affirme, qui écrase, qui adoube, qui trie le bon grain de l'ivraie. Or, il existe une multitude de présomption dans la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* qui viennent aider la preuve des intervenants, présomptions qui sont d'ailleurs assez communes dans les lois nationales.

L'on trouve par exemple la présomption relative à la réception d'un document à l'article 31 qui prévoit qu'

« un document technologique est présumé transmis, envoyé ou expédié lorsque le geste qui marque le début de son parcours vers l'adresse active du destinataire est accompli par l'expéditeur ou sur son ordre et que ce parcours ne peut être contremandé ».

De façon similaire, une présomption de l'envoi est également prévu dans le même article et selon lequel

« Le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient accessible à l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un document ou celle qu'il représente publiquement être un emplacement où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés ».

On peut également trouver des présomptions relatives à l'utilisation d'un certificat¹⁸ ou à l'intégrité d'un document détenu par un tiers¹⁹.

De manière plus significative, il est possible d'en faire ressortir deux que l'on peut considérer comme étant particulièrement importantes. La première est issue de la loi québécoise qui dispose que l'environnement d'un document technologique est présumée satisfaisant (A). La seconde est plus fréquente et est notamment utilisée en Europe pour qualifier certaines signatures qui ont été dûment accréditées (B).

¹⁸ Article 57 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

¹⁹ Article 33 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

A – La présomption de la fiabilité de l’environnement de l’article 2840 C.c.Q.

Lourde de conséquences eu égard à l’interdépendance du document de son environnement, une présomption particulièrement significative a été insérée à l’article 2840 C.c.Q. étant donné, d’une part, les réactions qu’il a suscité et, d’autre part, les interrogations qu’il ne manque pas d’occasionner. Ledit article prévoit en effet :

« Il n’y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d’un document permettent d’assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l’admissibilité du document n’établisse, par prépondérance de preuve, qu’il y a eu atteinte à l’intégrité du document. »

Une présomption est donc offerte pour la preuve de l’intégrité des documents technologiques. Notons, et ceci est différent de l’avant-projet de loi²⁰ qui avait d’ailleurs suscité des critiques de plusieurs commentateurs²¹, que cette présomption ne vaut que pour le support qui, comme nous l’avons vu, est l’une des deux composantes de la preuve de l’intégrité. Dans le cas plus global d’une présomption de l’intégrité de l’ensemble du document technologique, ceci eût été un changement radical du droit de la preuve et de la philosophie qui la sous-tend. La preuve de l’intégrité de l’information contenue dans un document reste donc à prouver par celui qui veut invoquer ledit document. Néanmoins, il est loisible de se demander ce qui justifie une telle « faveur » probatoire à l’utilisateur d’un document technologique. Peut-être ne voulait-on pas, comme mentionné plus haut, diversifier les éléments de preuve que l’intéressé aurait dû présenter. En fait, on a sans doute voulu calquer la situation qui prévaut dans le domaine des contrats papier où celui qui l’invoque doit présenter le document, mais pas l’ensemble du processus d’archivage qui la caractérisait. On laisse donc le poids sur l’autre partie qui, par le biais de l’article 89, alinéa 4, pourra contester minimalement ce sur quoi elle s’appuie pour motiver son point de vue. Selon la persuasion qu’il sera possible d’attribuer à son affidavit et selon l’appréciation du juge, celui qui invoque le document technologique aura alors à prouver ce deuxième élément.

Le problème pratique auquel on risque en revanche d’être confronté, c’est que ces deux éléments, l’information et le support, sont très intimement reliés. Ainsi, il y a fort à parier que la personne qui voudra faire valoir l’intégrité d’un document technologique aura

²⁰ À titre purement indicatif, voir l’article 15 de l’avant-projet de loi : « Il n’y a pas lieu de faire la preuve de la fiabilité d’un document, à moins que celui qui la conteste n’établisse, par prépondérance de preuve, qu’il y a eu atteinte à l’intégrité du document. » Cette rédaction est beaucoup plus problématique.

²¹ Voir par exemple BARREAU DU QUÉBEC, « Mémoire sur la Loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l’information », (2000), <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/avant-projet/memoires/barreau.pdf>, p. 18; OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *Mémoire présenté à la Commission de l’économie et du travail concernant l’avant-projet de loi sur la normalisation juridique des nouvelles technologies de l’information*, Montréal, 2000, p. 6, disponible à l’adresse suivante : <http://www.autoroute.gouv.qc.ca/avant-projet/memoires/officeprot.pdf>.

tendance à se fonder également sur son support et sur la fiabilité de l'environnement qui le caractérise.

Un élément peut-être plus problématique est ce qui apparaît dans la deuxième partie de l'article 7 de la loi, soit l'article 2840 C.c.Q. En effet, il y réside selon nous une incompréhension, encore une fois, lorsque l'on s'arrête à la lettre du texte en question. En effet, la présomption ne vaut que s'il n'y a pas de contestation de la part de l'autre partie et que celle-ci parvient par prépondérance de preuve à montrer une atteinte à l'intégrité. Sauf que si cette dernière a réussi à persuader le juge sur la base de ce régime de preuve, qui est le régime habituel en droit civil, alors la question générale est close et conformément à la définition de l'article 5, le document doit être considéré comme ne respectant pas le critère d'intégrité. Il n'y a donc pas lieu de lever la présomption; le document est jugé de ce seul fait irrecevable. Cependant, comme nous le mentionnions dans le paragraphe précédent, il y a sans doute un risque pour une partie qui souhaite invoquer un document de ne pas faire mention d'arguments relatifs au support de celui-ci et aux modalités utilisées pour sa gestion. Du fait de la nature propre des documents technologiques, il serait en effet plus diligent d'alléguer les documents justifiant de sa diligence.

B – La présomption des signatures électroniques accréditées

En quelques mots, l'un des domaines du droit des technologies de l'information où la présomption a été le plus souvent utilisée est celui des signatures électroniques. En effet, s'il est possible de signer de bien des façons, les législateurs ont voulu tenir compte que le fait d'utiliser certains outils présente un niveau d'assurance qu'il fallait honorer; et juridiquement valider.

On pense notamment, pour citer les plus connus, au chiffrement²² qui permet d'assurer qu'un document soit confidentiel et intègre mais surtout au certificat électronique²³ 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, par la voie des présomptions, à des signatures qui auraient été réalisées par le biais d'un tel procédé. 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* 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

²² 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. »

²³ 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. »

l'article 68 et suivants de la loi. Néanmoins, des développements substantiels sur cette technologie sont insérés dans la Loi pour encadrer l'utilisation de cette technologie. En France, ce fut le cas avec un décret 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*. À titre d'illustration, on peut également citer la loi anglaise *Electronic Signatures Regulations 2002*²⁴

Cette façon de faire est intéressante dans la mesure où, d'une part, elle permet de préserver une concurrence technologique et commerciale tout en ayant un rôle incitatif envers une technologie jugée sécuritaire. D'autre part, elle correspond à un moyen souple qui en l'occurrence permet d'offrir des indications sur la méthode à suivre et qui rappelle l'intérêt pour le droit d'être souple.

Néanmoins, et en conformité avec nos précédents propos, ces adoucissements de méthodes technologiques particulières offerts par le droit sont loin d'être neutres. Un manque de neutralité qui ne nous apparaît d'ailleurs pas problématique

Conclusion

Fictions et présomptions sont donc des outils juridiques pour appréhender une réalité technologique nouvelle en perpétuelle évolution. Des moyens donc d'assurer une certaine cohérence entre ce qui est et le droit positif. À ces outils juridiques, nous l'avons vu en introduction, s'ajouteront les outils technologiques qui seront utilisés de façon cumulative avec les premiers. Le droit des technologies de l'information est donc de ces matières bâtardes où un dialogue interdisciplinaire est nécessaire face à la complexification des sociétés.

²⁴ Disponible à http://www.bailii.org/uk/legis/num_reg/2002/20020318.html, article 2.