

Rapport Capitant (ceci est une version orale)

Vincent Gautrais

Je n'irais que peu dans la technique du droit ni dans le résumé de mon rapport qui est de toute manière **déjà en ligne** ; davantage, il m'apparaît plus utile dans le 5-7 minutes qui m'est octroyé d'identifier 3 petits points, 3 points qui vont me permettre d'aller du plus général vers le plus précis. 3 points qui vont me permettre de donner des pistes sur la question sans doute suprême, qui va nous accompagner toute la semaine, ce fut le cas hier, c'est le cas aujourd'hui, à savoir, le droit de l'immatériel est-il différent (ou révolutionnaire)? Et nous concernant, le contrat électronique est-il différent? est-il **innovant** ou **conservateur**? (pour reprendre le propos de Mr. le rapporteur général)

Eu égard au temps disponible, je vais me permettre de vous donner ma **conclusion** maintenant: une conclusion très humble qui tient peut-être plus du constat que de l'analyse : la différence varie 1) selon les **domaines** du droit et 2) suivant **l'interprète** qui les analyse.

Relativement, au **domaine**, il me semble que les facteurs de changements sont plus grands – le droit est donc plus **révolutionnaire** – lorsque l'on est face à un droit qui concerne un équilibre entre des intérêts catégoriels distincts (comme le droit de la propriété intellectuelle, le droit de la vie privée, le droit de la diffamation, sans doute le

droit des biens, etc.); en revanche, le passage du traditionnel au numérique est peut-être plus simple (plus proche de l'**évolution**) lorsqu'il s'agit d'un domaine de droit que l'on peut qualifier de plus mécanique comme justement le droit des contrats, voire le droit de la preuve.

Relativement à l'**interprète**, le constat que je puis faire est que plus l'interprète est spécialiste et plus il tend à considérer la différence de l'immatériel comme importante ; inversement, plus il est généraliste et plus il croit que le droit ce merveilleux outil d'adaptation au temps va accomplir son ouvrage en toute quiétude. (EX1 : le juge Easterbrook EX2 : l'arrêt Dell en 2007 qui est le seul exemple d'envergure de jurisprudence sur le sujet)

POINT 1 (principe fondamental)

Le contrat électronique m'apparaît plus **formel** que son équivalent papier. En effet, afin de **combler** son incapacité physique de réunir tant la fonction de communication que la fonction de sécurité juridique que le contrat tente de remplir, il faut mettre en place un **processus**. Aussi, pour **combler** la perte de matérialité, conformément à ce qu'affirmait un auteur américain, en 1995, Ethan Katsh,

« Paper contract is an act ;
electronic contract is a process ».

Il faut substituer la perte de matérialité qui était **encreée** (si vous me permettez le jeu de mots) dans le papier dans un

formalisme adapté à l'écran, dans un contrat qui est souvent plus un contrat « **image** » qu'un contrat seulement textuel.

Un **formalisme indirect** (sans sanction de nullité) mais nécessaire si l'on veut que les fonctions du contrats soient satisfaites.

POINT 2 (2 principes généraux)

Le domaine a généré des **néologismes** (on sait que le droit ne les aime guère !) sur lesquels il m'apparaît nécessaire d'avoir une grande **suspicion**.

Le premier est la **neutralité technologique** (intégré dans notre CCQ) qui origine de la **CNUDCI** qui m'apparaît être une hérésie et laisse trop souvent croire que les technologies sont neutres ce qui est évidemment faux.

Le second est **l'équivalence fonctionnelle** (qui s'applique à écrit – signature – original – double – etc.) qui est sensiblement meilleur peut-être d'ailleurs car au-delà du néologisme ce principe est d'une grande évidence

- **Il est évident** en terme de **rédaction des lois** (EX : « **par quel moyen que ce soit** »)
- **Il est évident** en terme **d'interprétation des lois** (interprétation **téléologique**)

POINT 3

La procéduralisation fut parfaitement reproduite en droit de la consommation. 7 étapes s'échelonnent précisément dans la Loi sur la protection du consommateur. Nous sommes évidemment en accord avec l'idée de ce processus dans son **principe (la sécurité associée au papier est en effet substitué par la suivi de 7 étapes très précises allant de l'information jusqu'à la rétrofacturation)**. Cette procéduralisation est **bonne** car

- elle ralentit le processus (faire perdre du temps)
- elle évite le clic compulsif (invitation au voyage que constitue un lien)
- elle évite (un peu) l'achat de biens dont on n'a pas besoin
- de façon plus macro-économique, elle évite (ou modère) le surendettement

En revanche, nous pouvons être plus **critique** sur certains points plus précis (disons sur 2 points)

- information à tout crin (**pollution** contractuelle) (protection par l'information – analogie de l'oxygène) ; **pollution d'autant plus grande qu'il y a une non application des corrections traditionnelles** (contrat abusif – contrat illisible – contrat interprété en faveur de la partie faible ou de l'adhérent)
- **rétrofacturation**

Voilà ma conclusion étant faite, il me reste à vous remercier de votre attention.