

Obstacles juridiques à la destruction de messages électroniques

ARMA International Educational Foundation
1609 Terrie Drive
Pittsburgh PA USA 15241
www.armaedfoundation.org

Étude réalisée par

John C. Montaña, docteur en droit

en collaboration avec, pour la rédaction,

John R. Kain, M.A.

et, pour la recherche,

John R. Kain, M.A. et Kathleen Nolan, M.D., M.S.L.

19 octobre 2003

Obstacles juridiques à la destruction de messages électroniques

Étude réalisée par John C. Montaña
pour
l'ARMA International Education Foundation

Obstacles juridiques à la destruction de messages électroniques	1
Obstacles juridiques à la destruction de messages électroniques	2
Obstacles juridiques à la destruction de messages électroniques	3
1. Introduction.....	3
1.1. La question.....	4
1.2. Ce projet.....	5
1.3. Le concept de statut juridique	7
1.4. Common Law par rapport au droit civil	8
1.5. Législations principale et subordonnée.....	9
3. La force probante du courrier électronique.....	12
3.1. Juridictions de droit civil	13
3.2. Juridictions de common law	14
3.3. Environnements et procédures administratives	18
3.4. Conclusion - Preuve	20
4. Le courrier électronique comme dossier de transaction	20
4.1. Courrier électronique comme « écrit » ou « enregistrement ».....	22
4.2. Le courrier électronique comme dossier public ou gouvernemental	25
4.3. Le courrier électronique comme outil de transmission de renseignements au gouvernement.....	26
4.4. Le courrier électronique dans les transactions commerciales.....	28
4.5. Conclusion – le courrier électronique comme dossier de transaction.....	31
5.0. Complément – Sauvegarde des courriers électroniques pour une courte période	31
6.0 Conservation des courriers électroniques sur papier ou sous format électronique	34
7.0. Conservation des courriers électroniques	37
7.1. Conservation obligatoire des courriers électroniques	37
7.2. Conservation facultative des courriers électroniques	38
7.3. Conservation électronique pour une période donnée ou conservation électronique fonctionnelle.....	39
7.4. Conservation électronique fonctionnelle	41
7.5. Rôle de la conservation sur papier	42
7.6. Comparaison des options	43
7.6.1. Périodes de conservation.....	44
7.6.2. Conservation sur papier ou conservation électronique.....	45
8.0. Le mot de la fin.....	45

1. Introduction

Depuis le début des années 90, les courriers électroniques sont devenus aussi répandus que les ordinateurs qui permettent de les transmettre et de les envoyer. De nombreuses entreprises en dépendent et une grande partie des particuliers des pays industrialisés dépendent également de ce moyen de communication. Cette tendance ne se limite pas aux pays dits « développés ». Dans tous les lieux dotés d'une prise de courant et d'une prise téléphonique, vous trouverez certainement des ordinateurs et un accès au courrier électronique.

Cependant, pendant de nombreuses années, l'acceptation des courriers électroniques dans le monde en général a largement devancé l'évolution du monde juridique dans sa capacité à les gérer. L'informatique évolue rapidement. En 1965, Gordon Moore avait prévu que la capacité des ordinateurs doublerait tous les 18 mois et cette prévision s'est avérée exacte. Alors que la capacité et les fonctionnalités des ordinateurs nécessaires à l'utilisation du courrier électronique (stockage des données à moindre coût, traitement et transmission des données plus rapides) se sont multipliées, notre utilisation du courrier électronique et notre dépendance n'ont, elles aussi, pas cessé de progresser. Les grandes organisations commerciales envoient et reçoivent des millions de courriers électroniques par an.

Cependant, le monde juridique évolue moins rapidement. Par nature, les processus juridiques sont lents : une loi doit suivre un processus complexe de présentation et de rédaction, de modification et de réécriture, de négociation, d'audience, de débat, de compromis et de révision, tandis que les parties intéressées en déterminent avec précaution les implications. L'élaboration de la loi peut prendre plusieurs années et l'obtention d'une règle claire et entièrement fonctionnelle, avec ses différentes étapes de révision, peut prendre encore davantage de temps. Les lois créées par décision de justice devant les tribunaux sont élaborées encore plus lentement car le problème doit suivre le chemin fastidieux de la procédure d'appel et passer lentement d'une juridiction à l'autre. La doctrine judiciaire se développe au cas par cas, comme les briques d'une grande maison, au cours d'un processus de plusieurs années et souvent de plusieurs dizaines d'années.

Les systèmes juridiques internationaux ne sont pas non plus particulièrement bien armés pour aborder la question des technologies de l'information de pointe. Le système juridique anglophone de la *common law* date d'avant le premier millénaire et le système de droit civil, utilisé par la majorité du reste du monde est tout aussi ancien puisque le fameux « Code Napoléon », diffusé dans le monde entier par l'empereur français du même nom, est une véritable version modernisée (si ce mot convient à un code juridique ayant près de 200 ans) du Code Justinien, du nom de l'empereur romain qui, en 528 de l'ère chrétienne, a mis en place une commission afin de rassembler le droit romain dans un ensemble unique et coordonné de lois et de principes.

Étant donné leur date de création, même les documents sur papier constituent une invention moderne pour ces systèmes, et tous deux passent beaucoup de temps à surmonter les préjugés à

l'encontre des documents écrits et à tenter de régler leur soi-disant manque de fiabilité. Au cours des décennies qui ont vu le développement de l'utilisation des systèmes informatiques au sein des environnements commerciaux, les deux systèmes juridiques ont fonctionné sur l'hypothèse sous-jacente selon laquelle les dossiers étaient créés et conservés sur papier ou sur des supports analogues, tels que les microfilms.¹ Les conditions imposées pour améliorer leur fiabilité étaient donc, d'une part, basées sur l'existence d'une version papier et, d'autre part, absurdes et impossibles à appliquer pour une chose aussi peu concrète qu'un dossier électronique. L'une de ces exigences, toujours très répandue dans le code civil, est celle selon laquelle les dossiers de comptabilité commerciale doivent être conservés dans des livres reliés et paginés authentifiés par un notaire ou autre officier public.²

Ces préjugés et ces exigences rendent l'utilisation des dossiers électroniques difficile même lorsqu'ils sont très structurés, comme les logiciels de comptabilité. Les courriers électroniques (non structurés et non gérés par nature) constituent un véritable dilemme pour les systèmes juridiques internationaux. L'utilisation généralisée des courriers électroniques s'est développée sans tenir compte des subtilités juridiques ; lorsqu'un processus offre de nouveaux débouchés commerciaux, des bénéfices plus importants ou d'autres avantages commerciaux, les gens ont tendance à agir puis à s'inquiéter de l'aspect juridique par la suite. Dans le cas des documents électroniques en général, c'est précisément ce qui s'est passé. Dans ce genre de cas, le processus législatif consiste souvent en des ratifications rétroactives de pratiques intégrées depuis longtemps dans la culture commerciale et populaire.

Pour les informations structurées, comme les bases de données comptables, il est possible de contourner la difficulté en trouvant des solutions de rechange répondant au moins pour la forme aux exigences juridiques relatives aux documents sur papier : les copies sur papier peuvent être remplacées par des volumes reliés³, et les disquettes informatiques et autres supports électroniques peuvent être « authentifiés » comme la numérotation et l'estampage des volumes reliés.⁴ Pour la messagerie électronique, ces solutions de rechange ne sont pas viables, même dans l'éventualité où la solution de rechange est une fiction juridique, comme c'est souvent le cas. La viabilité des courriers électroniques comme phénomène reconnu au niveau juridique s'est développée dans ce contexte. Les législateurs et les tribunaux ont été forcés d'en tenir compte quand ils ont commencé à essayer de définir la notion de courrier électronique.

1.1. La question

L'aspect pratique des courriers électroniques et leur utilisation généralisée impliquent que la plupart des organisations en conservent beaucoup, malgré les problèmes juridiques indiqués plus haut. Cela pose plusieurs problèmes :

¹ Invention ayant requis un large éventail de lois et de décisions juridiques dans de nombreuses juridictions au fil des ans, pour autoriser son acceptation juridique. Par exemple, même si l'enregistrement sur microfilm a été largement utilisé dans le monde pendant plusieurs dizaines d'années, le Portugal n'a finalement autorisé son utilisation à des fins commerciales qu'au milieu des années 70.

² Voir, par ex., l'article 34 du Code du commerce au Mexique, l'article 14 de la loi fiscale de la République de Chine (Taiwan), l'article 53 du Code du commerce en Argentine et l'article 36 du Code du commerce en Espagne.

³ Par ex., Code grec des livres comptables avant sa modification de 2002.

⁴ Par ex., l'article 24 du Code grec des livres comptables.

- Même avec la diminution continue des prix du stockage électronique, le stockage permanent d'un grand nombre de courriers électroniques représente un coût important pour une organisation ;
- Les questions administratives relatives à la gestion de millions ou de milliards d'objets de données non structurés, créés en apportant peu, voire aucune attention à la structuration et à l'indexation formalisées, rendent l'opération de récupération systématique très difficile et coûteuse ;
- Les courriers électroniques ainsi conservés peuvent être soumis à des procédures judiciaires, nécessitant des recherches qui pourraient s'avérer difficiles et coûteuses.

Ces problèmes ont donc soulevé la question de la sauvegarde des courriers électroniques, une question particulièrement sensible en matière de gestion de l'information et de gestion des risques. Deux approches philosophiques générales ont vu le jour en la matière :

- *Délai arbitraire.* Dans cette approche, tous les courriers électroniques sont sauvegardés pendant une période donnée (60 jours, 90 jours, 1 an, etc.) avant d'être supprimés *en masse*.
- *Dossier de courriers électroniques.* Dans cette approche, chaque courrier électronique est classé en fonction de son sujet, ce qui détermine sa durée de sauvegarde, vraisemblablement la même que pour les autres objets de données ayant le même sujet.

Chacune de ces approches a ses avantages et ses inconvénients : l'approche de délai arbitraire est simple et facile à mettre en œuvre, mais elle suppose (ce qui n'est pas forcément exact) que les courriers électroniques sont homogènes du point de vue administratif et juridique et qu'ils peuvent ainsi tous être traités de la même manière.

L'approche des dossiers de courriers électroniques, précise et sélective, permet d'effectuer des recherches facilement ; le courrier électronique est conservé en fonction de sa valeur estimée et peut (en théorie) être retrouvé sur demande, en fonction de la catégorie dans laquelle il a été classé. L'inconvénient de cette approche est que la classification du courrier électronique s'est avérée être un défi de taille.

1.2. Ce projet

Ce projet vise à analyser le courrier électronique et les doctrines juridiques relatives à ce domaine, afin de déterminer quelle est la meilleure approche de sauvegarde. Il cherche plus précisément à :

« Identifier les obstacles juridiques et législatifs qui pourraient empêcher l'adoption d'une politique de gestion de l'information demandant la suppression automatique et

systematique de tous les courriers électroniques, dans tous les services d'archivage, après une période prédéfinie. »⁵

La réponse à cette question est simple : les courriers électroniques ne peuvent en aucun cas être détruits *en masse* après une période déterminée de manière arbitraire quand une obligation légale exige un traitement différent. Cependant, ce sont les détails qui posent problème : les obligations légales ont de nombreuses origines différentes et les obligations, elles-mêmes, varient assez considérablement. Chacune de ces obligations crée une sorte de statut légal propre à l'objet de données sur lequel elle repose (objet de preuve, objet de conformité aux règlements, dossier gouvernemental ou autre). La question est donc de savoir quel statut, s'il en existe un, la loi impose aux courriers électroniques ?

Les courriers électroniques ont, à n'en pas douter, un *certain* statut juridique ; pendant des années, ils ont constitué un mode de communication fréquemment utilisé et ce fait, en lui-même, leur garantit un certain niveau d'appréciation légale quant à leur signification. Des négociations, des offres, des acceptations, des conditions de contrats, des documents juridiques, des révisions et des conflits d'opinion, base de toute transaction commerciale, ont été transmis et reçus par courrier électronique et ont tous, eux-mêmes, une signification juridique. Ce document, lui-même, est le résultat de ce processus, qu'il illustre bien puisqu'il a été imaginé, négocié, rédigé, révisé et finalisé principalement au moyen d'appels téléphoniques, de courriers électroniques et de pièces jointes à ces courriers. La seule copie papier existante est celle que vous tenez actuellement entre vos mains, sauf évidemment si vous êtes en train d'en lire une version électronique, achetée et reçue par courrier électronique.

À l'échelle internationale, les contrats entraînent des litiges, et les litiges aboutissent devant les tribunaux. Ainsi, si les courriers électroniques ont été utilisés dans la gestion d'un contrat, ils aboutiront également devant les tribunaux, même si ce n'est que pour être déclarés invalides au moment de leur présentation. Dans le cas des courriers électroniques, la question est donc la suivante : « Quel est leur statut exact et de quelle manière celui-ci influence-t-il leur sauvegarde ? ». Le courrier électronique est-il un document « écrit » ? Par conséquent, a-t-il le même statut juridique et est-il soumis à la même présomption de fiabilité et de véracité et aux mêmes obligations juridiques qu'un document papier ? S'apparente-t-il plus à un appel téléphonique, avec son indice de fiabilité proportionnellement plus faible et ses obligations moins nombreuses ? Ou est-il davantage, comme les modifications orales qui accompagnent souvent les contrats écrits qui contiennent une interdiction relative aux modifications orales, un document sans importance juridique et totalement inexécutable ? Étant donné la confiance que les entreprises, les particuliers et le gouvernement accordent aux courriers électroniques pour les transactions importantes du point de vue juridique, il s'agit d'une question délicate, mais importante.

⁵ AIEF (ARMA International Educational Foundation) RP2003-1, paragraphe *Politique de gestion des courriers électroniques, paragraphe 1.*

Ce document souhaite la clarifier. Près d'une quinzaine d'années d'utilisation généralisée des courriers électroniques a permis d'apporter de l'eau au moulin juridique⁶, et assez de temps pour s'en occuper. Dans ce document, nous analyserons l'état actuel du droit, nous tenterons de parvenir à un jugement éclairé concernant sa signification en ce qui a trait au statut du courrier électronique comme objet défini par la loi, puis nous déciderons si ce statut a une influence sur la conservation du courrier électronique.

1.3. Le concept de statut juridique

Le concept de « statut juridique » est une erreur d'appellation. Les courriers électroniques, comme tout ce qui peut être défini en tant que « communication » ou « document », ne sont pas définis ni autorisés à toutes les fins, par un seul statut juridique, dans toutes les juridictions. Les courriers électroniques sont plutôt autorisés, ratifiés ou classés, de quelque manière que ce soit, par décision, loi, réglementation judiciaire ou par tout autre fondement juridique, et ce, pour une fin donnée, en fonction de la situation juridique présentée, de la proposition d'utilisation du courrier électronique, de l'autorité (tribunal, législateur ou organisme de réglementation) qui contrôle la situation, du tribunal en question, de la juridiction dans laquelle la question est présentée et de l'ordre judiciaire à la tête de cette juridiction. Les courriers électroniques peuvent ainsi avoir un statut particulier dans plusieurs domaines et ces statuts peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Voici les domaines qui se présentent :

Force probante des courriers électroniques. La valeur éventuelle des courriers électroniques dans les litiges a peut-être guidé les toutes premières études sur leur statut juridique. Comme dans toute autre communication, les gens font des déclarations par courrier électronique. Sans tenir compte du statut « écrit », « autorisé par la loi » ou autre d'un courrier électronique, ces déclarations s'avèrent souvent intéressantes et parfois précieuses pour apporter des preuves à la partie adverse. Cela étant, il est normal que les parties cherchent ensuite à faire admettre les courriers électroniques dans les affaires judiciaires et à développer des théories juridiques qui autoriseraient cette pratique.

Statut de document quand un document « écrit » est requis. La loi de la plupart des juridictions exigent de ceux qui vivent sous son autorité qu'ils conservent de nombreux documents ou dossiers écrits. Après avoir longtemps reconnu les écrits et les documents écrits, la loi a présumé que « écrit » signifiait « écrit sur papier ». Pendant de nombreuses années, cette présomption a assez bien convenu aux faits. Il y avait, dans l'analyse finale, seulement deux types de communication : « écrite », c'est-à-dire écrite sur du papier et « orale » dans des conversations en personne, puis plus tard, au téléphone ou par des méthodes similaires. Même si son acceptation juridique formelle a pris du temps à se développer dans les nombreuses juridictions du monde entier, le microfilm n'a pas posé de véritable problème. Un microfilm est une simple image d'un morceau de papier, sur un support très similaire en ce qui a trait à la durabilité et à la résistance perçue aux altérations. Les messages par télégraphe et par télex ont été plus problématiques. Un

⁶ Sous forme de négociations, d'offres, d'acceptations, de conditions de contrats, de documents juridiques et de révisions ainsi que de malentendus, de conflits d'opinion, de déclarations inexactes, de mensonges occasionnels purs et simples, de fraudes et d'actes délictueux graves, qui constituent la base fertile de développement de la doctrine juridique.

message télégraphique pose certaines questions théoriques identiques à celles que pose le message électronique (transmission électronique, suivie d'un processus de récupération et de transcription, ce qui donne lieu à des incertitudes).

Statut de dossier correctement tenu quand un dossier est requis. De la même manière, pendant longtemps le terme « dossier » a représenté des données inscrites sur papier, souvent sous forme de livre relié et authentifié par n'importe quel officier public. L'avènement des ordinateurs a changé cela. Les systèmes de comptabilité électroniques ont rapidement remplacé les systèmes manuels dans les grandes entreprises et une grande proportion des autres dossiers a très vite été créée par ordinateur. Que cela leur plaise ou non, les autorités juridiques ont dû faire face à l'existence de dossiers créés électroniquement.

Statut de document signé. Non seulement la loi a souvent besoin d'un dossier écrit, mais elle a aussi souvent besoin que ce dossier soit signé pour être valide et exécutable. La plupart des gens pensent que « Signé » signifie « signé manuellement, avec un stylo ». Ce n'est pas exact, comme nous le verrons plus loin, et cela s'est avéré important dans le développement de la législation sur les courriers électroniques.

Dans chacun de ces domaines, la loi peut avoir une ou plusieurs origines. Et, la loi ainsi obtenue peut être vaste et générale ou bien très restreinte en ne couvrant qu'une seule situation ou qu'un seul usage, mais elle peut aussi se situer n'importe quel niveau entre ces deux extrêmes. Lorsque l'on étudie le traitement juridique des courriers électroniques, il faut garder à l'esprit ces origines, ainsi que les variations en matière de terminologie, d'autorité et de conceptualisation qu'elles apportent au sujet.

1.4. Common Law par rapport au droit civil

Le champ d'application et les origines du droit sont quelque peu différents entre la *common law* et le droit civil. Dans les juridictions de *common law*, l'absence de texte législatif sur un sujet n'équivaut pas à une absence de loi : les tribunaux peuvent légiférer en l'absence de loi sur le sujet et si une loi existe, les tribunaux l'interprètent et l'appliquent aux faits précis. Dans les deux cas, le droit ainsi appliqué est aussi obligatoire et exécutoire que tout autre droit. En outre, le principe du respect des précédents (*stare decisis*) de la *common law* s'applique. Les jugements ultérieurs des tribunaux au sein de la juridiction doivent être rendus en vertu de la règle de droit énoncée. Au fil du temps, une jurisprudence est élaborée sur un sujet. Elle explique les nuances et aborde une variété de situations réelles. Il n'est pas inhabituel pour une doctrine juridique complète et raisonnée d'être élaborée en l'absence totale de droit législatif en la matière. Cette jurisprudence, très importante dans l'élaboration d'une législation relative aux courriers électroniques, est la *common law*.

Au sein des juridictions de droit civil, les tribunaux sont bien moins influents. Les tribunaux rendent des décisions en appliquant le droit législatif à des faits particuliers, mais ils n'ont pas le pouvoir de créer une doctrine juridique en l'absence de droit législatif, ni de rendre une décision jurisprudentielle. Ainsi, ils ont bien moins d'influence sur l'élaboration des lois que les tribunaux des pays de *common law*.

1.5. Législations principale et subordonnée

Dans les juridictions de *common law* et de droit civil, la législation (les lois⁷ et/ou les décisions judiciaires) est complétée par d'autres décisions juridiques obligatoires. Il s'agit de réglementations, promulguées par des agences gouvernementales ou élaborées en vertu d'une autorisation d'application d'un système de réglementation ou par le pouvoir exécutif, afin de simplifier la mise en œuvre d'une loi.⁸ Les réglementations représentent souvent la base juridique ayant le champ d'application le plus restreint : un organisme de réglementation peut légiférer uniquement selon le pouvoir que lui a conféré le corps législatif qui le dirige, généralement au sein d'un domaine ou d'un système de réglementation unique ; par conséquent, ses décisions sur un sujet tel que les courriers électroniques s'appliquent uniquement dans les limites du pouvoir qui lui a été conféré et du domaine de réglementation considéré. Ainsi, une réglementation relative aux courriers électroniques peut s'appliquer uniquement à un nombre limité de personnes ou d'entités ou à un seul domaine.

2. Définition des courriers électroniques

Le point de départ en matière de statut juridique des courriers électroniques est de définir ce que l'on entend par « courrier électronique ». Nous avons tendance à assimiler les courriers électroniques à des messages textuels que nous envoyons ou recevons, à l'aide d'un programme informatique spécialisé, tel qu'Outlook, Eudora ou Netscape, adressé d'une personne à une autre. Cependant, les courriers électroniques constituent un concept flou et cette conceptualisation n'est pas particulièrement exacte. Toutes les personnes qui reçoivent des courriers électroniques reçoivent un grand nombre de courriers électroniques automatisés (publicités et confirmations de commande pour ne citer que les plus communs) dont l'expéditeur ne peut pas vraiment être considéré comme humain, et la plupart des utilisateurs de courriers électroniques ont, à un moment ou à un autre, envoyé un courrier électronique à l'adresse d'une entreprise ou d'une agence gouvernementale dotée d'un accusé de réception automatique qui s'occupe de répondre automatiquement ou d'orienter le courrier vers une personne indéterminée. Ainsi, le facteur personne à personne que nous associons souvent à la messagerie électronique n'est vraiment pas une condition requise. Les définitions formelles existantes n'affinent pas beaucoup la définition et la conceptualisation. Une seule définition sérieuse caractérise donc les courriers électroniques :

« Un moyen de communication électronique par lequel (a) on transmet généralement du texte (mais parfois aussi des éléments graphiques et/ou des renseignements audio), (b) on envoie, conserve, traite et reçoit des renseignements, (c) les utilisateurs sont autorisés à

⁷ Les lois des pays de *common law* utilisées dans cette publication seront nommées « loi » (par ex., « Loi sur la preuve ») ou ordonnances. Les lois du code civil sont normalement données en référence avec le numéro d'article ou d'alinéa d'un code particulier, par ex., article 1234 du code civil.

⁸ Dans les juridictions de *common law*, elles sont appelées « réglementations administratives », « réglementations » ou « règlements ». Dans les juridictions de droit civil, elles sont communément appelées « décrets », « décrets-lois » ou « réglementations ».

communiquer selon des conditions particulières et (d) les messages sont stockés avant d'être récupérés par le destinataire. Certains logiciels de messagerie électronique permettent de joindre des documents électroniques séparés, par ex. des fichiers de traitement de texte, des fichiers graphiques ou des fichiers audio. »⁹

Cette définition place notre conception habituelle des courriers électroniques dans la catégorie des nombreux autres échanges de données informatisées (EDI). Ce n'est pas excessif. Il n'y a pas de réelle distinction technologique entre les courriers électroniques et les autres formes d'EDI : les informations transmises sont assemblées sur ordinateur, divisées en paquets, envoyées par Internet (ou par un intranet), assemblées de nouveau à l'autre extrémité et mises à la disposition du destinataire sur un ordinateur. Ce qui distingue ces autres échanges de données des courriers électroniques (dans la mesure où la distinction peut être faite), c'est autant le facteur « Je le reconnais quand je le vois » qu'autre chose.

Le système juridique, lui-même, a eu peu d'occasions de définir les courriers électroniques. Avant leur arrivée dans le système juridique, les courriers électroniques avaient déjà été définis par la technologie et par l'usage et ont été présentés dès le début au système juridique comme un phénomène bien compris. Le flou du concept a rapidement trouvé un écho dans des définitions juridiques. Les lois évitent souvent toute définition totale du terme. La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* du Canada¹⁰ autorise de nombreuses utilisations de la technologie et des documents électroniques et définit un certain nombre de termes associés aux EDI, mais le courrier électronique n'en fait pas partie. La *Loi sur la preuve au Canada* adopte la même démarche, en définissant plusieurs termes liés aux documents électroniques, mais en omettant d'indiquer la définition du courrier électronique.¹¹ Un exemple de définition très large a été trouvé dans la Loi australienne sur les douanes :

« *électronique*, relatif à une communication, signifie transmission d'une communication à l'aide d'un ordinateur. »¹²

« Au sein de cette division, toute communication électronique envoyée à l'administration douanière doit être considérée comme une déclaration destinée au BAD [Bureau de l'accise et des douanes]. »¹³

Ces deux dispositions, prises collectivement, concernent clairement les communications par courrier électronique, même si cela n'est pas indiqué. En d'autres occasions, on fait simplement référence au « courrier électronique » ou au « message de données » sans apporter de définition :¹⁴

⁹ American National Standards Institute (ANSI), American National Standard for Telecommunications T1.523-2001, Glossaire des télécommunications 2000 (approuvé le 28 février 2001)

¹⁰ Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (2000), partie 2.

¹¹ Voir la Loi sur la preuve au Canada, §§31 à 31.8.

¹² Loi australienne sur les douanes, 1901, § 4.

¹³ Loi australienne sur les douanes, 1901, § 243W

¹⁴ Sauf peut-être en mettant une autre loi en référence, voir 4.4. ci-dessous.

« Quand la loi exige des renseignements écrits, cette exigence est satisfaite par un message de données si les renseignements qu'il contient sont accessibles pour utilisation ultérieure à titre de référence. »¹⁵

ou

« La conséquence juridique, la validité ou la force exécutoire des renseignements ne devront pas être réfutées pour la simple raison que ces renseignements se trouvent dans un message de données censé être à l'origine de ces conséquences juridiques ou qu'on y fait simplement allusion dans un message de données électronique. »¹⁶

Dans chacun de ces exemples, le raisonnement implicite est qu'il existe un consensus tellement fort sur sa signification qu'il n'y a pas besoin de définir le terme. D'un autre côté, le texte ne contient aucun terme qui limite la communication réglementée à ce qui est normalement considéré comme un « courrier électronique ». D'autres lois, bien qu'évitant de la même manière de fournir une définition formelle, prennent néanmoins l'initiative d'assimiler le courrier électronique aux lettres et à d'autres documents traditionnels.¹⁷

L'administration américaine chargée des archives et de la gestion de dossiers (NARA), défendeur dans plusieurs dossiers célèbres dans lesquels elle définissait sa responsabilité quant aux courriers électroniques et aux autres documents électroniques et partie ayant grandement avantage à s'occuper de cette question avec vigueur, suit une direction similaire mais légèrement plus définitive en matière de réglementation sur la gestion des dossiers électroniques et définit le « message électronique » et le « système de messagerie électronique » ainsi :

« *Message électronique.* Document créé ou reçu à l'aide d'un système de messagerie électronique et qui comprend des remarques brèves, des documents narratifs plus formels ou importants ainsi que des pièces jointes, telles que des documents de traitement de texte et tout autre document électronique, pouvant être transmis avec le message. »

« *Système de messagerie électronique.* Application informatique utilisée pour créer, recevoir et transmettre des messages et d'autres documents. Les applications de transfert de fichiers (logiciel qui transmet des fichiers entre les utilisateurs mais qui ne conserve aucune donnée de transmission), les systèmes de données utilisés pour collecter et traiter les données qui ont été organisées en fichiers ou en bases de données sur des ordinateurs personnels ou sur des ordinateurs centraux, ainsi que les documents de traitement de texte non transmis par un système de messagerie électronique sont exclus de cette définition. »¹⁸

Cette définition *inclut* la pièce jointe au « courrier électronique », mais *exclut* les applications de transfert de fichier qui n'enregistrent pas les métadonnées ainsi que le transfert interne de données dans les structures de bases de données.

¹⁵ Article 6 (1) (1996) de la Loi type sur le commerce électronique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

¹⁶ Article 6 de la Loi sur le commerce électronique, aux Philippines (2000)

¹⁷ Voir, *par ex.*, l'article 49 du Code du commerce du Mexique, exigeant la conservation des lettres, télégrammes, messages de données ou de tout autre document.

¹⁸ 36 C.F.R. §1234.2

Les décisions judiciaires ont la même orientation. Les deux arrêts américains faisant autorité, *Armstrong contre Executive Office of the President*¹⁹ et *Public Citizen contre Carlin*²⁰ ont tous deux effectué une analyse approfondie visant à déterminer si le courrier électronique constitue un dossier public en vertu de la loi et ont analysé la responsabilité juridique de l'archiviste national en ce qui a trait aux courriers électroniques et aux autres questions relatives aux aspects légaux du courrier électronique sans même définir l'objet qu'ils ont ainsi analysé. Cependant, l'observation du tribunal dans le cas *Armstrong* est remarquable. Elle indique que le courrier électronique est souvent impossible à différencier des lettres et des autres correspondances en matière de contenu. Il s'agit souvent d'une version textuelle électronique d'une lettre ou d'une note. Le tribunal trouve que cette comparaison et cette brève description des caractéristiques d'un courrier électronique (transmission, réception, etc.) sert de fondement adéquat pour se prononcer sur les questions juridiques importantes concernées.²¹

Le mélange créé par ces bases juridiques définissant le « courrier électronique » englobe une vaste gamme de communications électroniques. En tenant compte des définitions opérationnelles et juridiques, on peut dire qu'un courrier électronique doit avoir les caractéristiques suivantes :

- Il s'agit d'une transmission électronique intermittente (par opposition à une transmission en continu) ;
- d'une communication ;
- à une ou plusieurs adresses précises ;
- par l'intermédiaire d'un système informatique ou d'Internet ;
- saisie par les ordinateurs d'émission et de réception ; et
- dont un enregistrement électronique est effectué et conservé.

En outre, les caractéristiques suivantes sont habituellement associées au courrier électronique, bien qu'elles ne soient pas fondamentales pour qualifier un document de courrier électronique.

- Il peut s'agir d'un message textuel en tout ou en partie ;
- Il peut avoir un autre objet de données électronique attaché sous forme de pièce jointe.

Cette définition plutôt vague a une importance considérable dans l'analyse du statut juridique du courrier électronique. Elle place le courrier électronique dans le domaine de compétence des nombreuses lois qui régissent les questions telles que les EDI, les transactions commerciales et les signatures électroniques mais qui ne régissent pas directement les « courriers électroniques ».

3. La force probante du courrier électronique.

L'admissibilité des courriers électroniques devant les tribunaux a très vite été sujette à des discussions juridiques. Et cela pour deux raisons : tout d'abord, les courriers électroniques sont

¹⁹ *Armstrong contre Executive Office of the President*, 1 F.3d 1274 (D.C.Cir. 1993).

²⁰ *Public Citizen contre Carlin*, 184 F.3d 900 (DC Cir., 1999).

²¹ *Armstrong contre Executive Office of the President*, at f.n. 4.

souvent des communications entre deux parties et ces dernières sont souvent impliquées dans un litige juridique. Les communications font, par conséquent, partie du litige et l'une ou l'autre des parties peut avoir intérêt à ce qu'elles soient admises comme preuve. En second lieu, l'admissibilité de tout objet de preuve possible n'exige pas qu'il soit légalement qualifié de « dossier », défini de manière formelle ou reconnu comme un objet juridique. L'utilisation devant les tribunaux peut donc avoir lieu sans attendre l'élaboration complète de la loi sur les courriers électroniques.

L'admissibilité des courriers électroniques dans des procédures juridiques n'est pas uniforme. Un objet de preuve éventuel, et en particulier un objet dont l'admissibilité est recherchée à cause de la signification des mots qu'il contient, comme c'est souvent le cas avec les courriers électroniques, n'est pas seulement « admissible » ou « non admissible ». Son admissibilité dépend plutôt des raisons pour lesquelles l'admission est recherchée, de la justification de cette admission et du lien existant entre l'objet et les parties au dossier. Les caractéristiques de ces liens sont définies par diverses lois, règles, réglementations et décisions judiciaires qui peuvent varier d'une juridiction à l'autre. Ces fondements juridiques sont, à leur tour, régis par la philosophie sous-jacente du système juridique dans lequel ils existent. Au sein d'une juridiction, il peut aussi y avoir différents types d'actions en justice (procès, mesures réglementaires ou tribunaux administratifs) ayant différents critères d'admissibilité.

Il existe des points communs en la matière entre les juridictions de *common law* et de droit civil, mais il existe également des différences fondamentales.

3.1. Juridictions de droit civil

Au sein des juridictions de droit civil, la loi oblige habituellement les entreprises à conserver un ensemble de dossiers commerciaux contenant des écritures précises, tels que les grands livres et les journaux. En outre, elle les oblige souvent à conserver les correspondances commerciales envoyées et reçues, y compris les courriers électroniques.

« Les commerçants détaillants conservent pendant dix ans l'original de leurs lettres, télégrammes, messages de données ou de tout autre document donnant lieu à des contrats ou contenant des engagements ou des accords qui accordent des obligations et des droits contractuels. »²²

L'exigence concernant la tenue adéquate des dossiers est généralement fortement encouragée par la question de preuve :

« Les comptes tenus en bonne et due forme²³ peuvent être acceptés devant les tribunaux en tant que preuve entre les négociants pour les actes commerciaux.

²² Article 49 du Code du commerce du Mexique.

²³ Dans toute cette codification, l'exigence juridique de tenue des dossiers est étendue aux dossiers requis (c'est-à-dire les grands livres, les journaux et les autres documents comptables officiels) ainsi qu'aux « pièces justificatives ».

Si les comptes n'ont pas été tenus en bonne et due forme, il est possible qu'ils ne puissent pas être utilisés pour défendre les intérêts de leur auteur. »²⁴

Ainsi, l'absence de tenue des dossiers commerciaux tel que la loi l'exige signifie que les dossiers d'une organisation peuvent être utilisés comme preuve par son adversaire, mais ne peuvent pas l'être par l'organisation elle-même. Le secret de l'admissibilité d'un courrier électronique pour défendre ses propres intérêts réside dans sa conformité à toutes les formalités requises ; si les courriers électroniques ne sont pas correctement sauvegardés, le tribunal a le pouvoir de les refuser comme preuve pour défendre les intérêts de leur auteur, alors qu'ils peuvent toujours être admis en faveur de son adversaire. Dans le cas des objets de données similaires aux correspondances, tels que les courriers électroniques, la loi peut exiger que la correspondance soit tenue par ordre chronologique ou électroniquement selon des exigences techniques précises.²⁵

Cependant, au-delà des exigences techniques, l'admissibilité d'un objet de données tel qu'un courrier électronique est, par comparaison, plus simple dans les juridictions de droit civil. Contrairement aux juridictions de *common law*, soumises aux règles de la commune renommée et à d'autres exigences techniques relatives à l'admissibilité de la preuve (voir ci-dessous pour cette dernière), les tribunaux de droit civil ont le large pouvoir de recevoir et de prendre en compte toute preuve qui pourrait être nécessaire pour la résolution du litige en question. Ainsi, les courriers électroniques sont régulièrement utilisés par ces tribunaux, en l'absence d'autorisation légale explicite.²⁶

3.2. Juridictions de common law

Les juridictions de *common law*, au contraire, n'imposent normalement pas de restriction catégorique à l'admissibilité d'un dossier commercial pour la simple raison qu'il ne répond pas aux exigences techniques de conservation. Sans tenir compte des circonstances de sa conservation, il est au moins admissible si sa force probante est suffisante pour supprimer tout doute sur sa véracité. D'un autre côté, la *common law* exige des objets de preuve autres que les témoignages de vive voix qu'ils surmontent une série d'obstacles avant d'être admis devant les tribunaux. Ces obstacles portent sur la règle de la commune renommée de la *common law*.

La règle de la commune renommée. En vertu de la *common law* anglaise, seul le témoignage de vive voix était autorisé. Les déclarations extrajudiciaires ne pouvaient pas être présentées comme preuve :

²⁴ Article L123-23 du Code du commerce de France.

²⁵ Voir par ex. l'article 49 du Code du commerce du Mexique, autorisant la conservation des correspondances commerciales sous forme électronique, sous réserve que celle-ci satisfasse aux exigences liées aux normes techniques en vigueur telles que promulguées dans les Normas Oficiales Mexicanas (Normes officielles mexicaines).

²⁶ Voir, par ex. *Atlantic Container Line and Others contre Commission*, T191/98 (Tribunal de première instance de la Cour de justice de l'Union européenne, 2003) (courrier électronique comme preuve dans un litige commercial) ; *Pflugradt contre BCE*, T178/00 (Tribunal de première instance de la Cour de justice de l'Union européenne, 2002) (courrier électronique comme preuve dans un litige relatif au droit du travail) ;

« La preuve présentée antérieurement par une personne n'est pas admissible pour prouver l'existence d'un fait que la personne a tenté de faire valoir dans sa plaidoirie. »²⁷

Quand des documents écrits concernaient de près des litiges juridiques, ils étaient considérés comme des déclarations extrajudiciaires et, par conséquent, comme inadmissibles conformément à la règle de la commune renommée. La complexité des litiges ayant augmenté, un certain nombre d'exceptions à la règle de la commune renommée ont vu le jour, permettant ainsi l'admissibilité de preuves sous forme de documents. Néanmoins, la non-admission des documents écrits est la prise de position par défaut de la *common law* : « [Si un] document doit être admis comme preuve de la véracité des déclarations qu'il contient, il doit correspondre à l'une des exceptions à la règle de la commune renommée. »²⁸

Années après années, un certain nombre d'exceptions à la règle de la commune renommée (ou des solutions définissant l'exception comme ne faisant pas l'objet de la commune renommée) applicables aux documents et aux dossiers ont été développées par des textes législatifs et par des décisions judiciaires et jurisprudentielles. Certaines exceptions se rapportent au courrier électronique :

Documents commerciaux : appelée parfois « règle de livre commercial » (« shopbook rule ») ou « exception des documents commerciaux » (« business records exception »), cette exception permet de présenter comme preuve des dossiers et des documents créés dans le cadre normal d'une activité courante ou d'une entreprise.²⁹

Admissibilités : cette famille d'exceptions est la plus courante en matière d'admissibilité de courriers électroniques, en raison de la nature de la preuve. Il s'agit de déclarations utilisées contre leur propre auteur.³⁰

Dossiers officiels ou gouvernementaux : cette exception est similaire à la règle de livre commercial, sauf qu'elle s'applique aux dossiers créés dans le cadre d'activités gouvernementales et officielles.³¹

Documents ayant une portée juridique propre : les éléments tels que les contrats ou les actes notariés, en raison de leur nature inhérente, font naître certains droits et obligations juridiques.

Pour chaque type d'exception, il doit être prouvé devant les tribunaux (sauf dans les cas où l'admissibilité de la preuve est stipulée ou non contestée) que l'objet de preuve dont l'admissibilité est recherchée répond aux critères applicables à cette exception. Par exemple, dans la plupart des juridictions des États-Unis, pour obtenir l'admissibilité d'un document comme dossier commercial, le proposant doit prouver que le document a été créé :

- au moment ou à peu près au moment de l'événement auquel il fait référence ;

²⁷ Loi australienne sur la preuve 1995, § 59.

²⁸ *R. contre Schwartz*, 2 S.C.R. 443, Cour suprême du Canada (1988) paragraphe 58.

²⁹ Voir, par ex. la Loi sur la preuve au Canada, §30.

³⁰ Voir, par ex. la Loi sur la preuve en Australie 1995 § 81 et seq.

³¹ Voir, par ex. Id. § 153 et seq.

- par une personne au courant de l'événement ;
- dans le cadre d'un système ordinaire de création de dossiers ;
- dans lequel la création de ce type de dossier est une pratique courante.³²

La preuve correspond normalement à la déclaration d'un témoin compétent et elle aboutit quand le juge président le tribunal est satisfait du témoignage obtenu.

Dans le cas de dossiers électroniques comme les courriers électroniques, une preuve supplémentaire peut être requise :

« Il incombe à toute personne cherchant à obtenir l'admissibilité d'un document électronique comme preuve de prouver son authenticité en présentant une preuve en mesure d'assurer que ce document électronique est bien celui qu'il est censé être. »³³

Un nouveau cycle de témoignages peut être nécessaire pour établir les conditions dans lesquelles le dossier a été créé ou conservé ou pour établir que le dossier électronique a réellement été créé ou envoyé par le prétendu expéditeur.³⁴ Ainsi, la partie qui recherche l'admissibilité d'un courrier électronique doit normalement respecter deux normes : tout d'abord, le contenu du document doit correspondre aux critères pour faire l'objet d'une exception à la règle de la commune renommée et le courrier électronique en question, ainsi que le système sur lequel il a été créé, doit correspondre aux critères régionaux d'admissibilité des dossiers électroniques.

Les règles en vigueur peuvent contenir des dispositions qui facilitent expressément l'admissibilité des dossiers électroniques :

« (1) Écrits et enregistrements. Les « écrits » et les « enregistrements » comprennent des lettres, des mots ou des chiffres, ou leurs équivalents, écrits à la main, dactylographiés, imprimés, photocopiés, photographiés, enregistrés par impulsion magnétique, mécaniquement ou électroniquement, ainsi que toute forme de compilation de données.

* * * * *

(3) Original. L'« original » d'un écrit ou d'un enregistrement est l'écrit ou l'enregistrement en question ou tout exemplaire ayant la même incidence par une personne qui le crée ou le publie. L'« original » d'une photographie comprend le négatif ou toute forme imprimée de celui-ci. Si les données sont conservées dans un ordinateur ou dans un périphérique similaire, toute impression ou tout autre résultat lisible, qui reflète les données de manière précise, est un « original ».

³² États-Unis, *Règles uniformes relatives à la preuve*, Règle 803(6), en vigueur dans les tribunaux fédéraux et dans 46 États sur 50.

³³ Loi sur la preuve au Canada, § 31.1.

³⁴ *Voir, par ex., People contre Bovio*, 455 N.E.2d 829 (Ill. App. 1983) (États-Unis), exigeant un témoignage approfondi de base (contexte) sur la nature d'un système informatique comme prérequis pour l'admissibilité de dossiers électroniques. Veuillez également noter que la plupart de ces exigences ont été supprimées entre temps.

(4) Duplicata. Un « duplicata » est un exemplaire produit par la même impression que l'original, à partir du même système, par photographie, y compris des agrandissements et des réductions, par réenregistrement mécanique ou électronique, par reproduction chimique ou par toute autre technique équivalente qui reproduit l'original avec précision. »³⁵

Les termes employés placent les documents électroniques au même niveau que leurs homologues sur papier, ce qui réduit considérablement le poids de l'admissibilité au fait de s'assurer que la preuve répond aux exigences de l'une des exceptions à la règle de la commune renommée. Dans certains cas, les termes employés sont directement destinés à simplifier l'admissibilité des objets comme les courriers électroniques :

La règle de la commune renommée ne s'applique pas à une observation contenue dans un document qui reprend un message ayant été transmis par messagerie électronique ou par télécopieur, télégramme, télégramme-lettre ou télex tant que l'observation est une observation relative à :

- (a) l'identité de la personne qui a expédié le message ou au nom de laquelle le message a été envoyé ; ou
- (b) la date ou la période à laquelle le message a été envoyé ; ou
- (c) la destination du message ou l'identité du destinataire.³⁶

Cela élimine encore une part de la preuve nécessaire pour obtenir l'admissibilité d'un courrier électronique comme preuve. Le Royaume-Uni est allé encore plus loin, en supprimant la règle de la commune renommée de toutes les procédures civiles : « Une preuve présentée au cours de procédures civiles ne peut pas être exclue sous prétexte qu'elle est de commune renommée. »³⁷

Ce qui précède est une analyse générale. Il existe un certain nombre de juridictions de *common law* dans le monde et elles emploient collectivement bon nombre de lois, de règles et de décisions judiciaires en la matière. En outre, beaucoup de pays de *common law*, parmi les plus importants, sont eux-mêmes divisés en provinces, états ou autres sous-divisiones et possèdent chacun des législatures et des tribunaux autonomes avec leurs propres règles relatives à la preuve. La résolution de questions précises relatives à l'admissibilité dans n'importe quelle juridiction exigera l'étude de la loi applicable dans cette juridiction ou sous-division. En pratique, cependant, les tribunaux de *common law* ont admis les courriers électroniques comme preuve dans de nombreuses circonstances. Les tribunaux canadiens les ont admis dans les litiges contractuels,³⁸ comme preuve dans des affaires criminelles³⁹ et dans des dossiers privés⁴⁰ entre

³⁵ Colorado (États-Unis). Règles juridiques, Règles relatives à la preuve, Règle 1001.

³⁶ Loi sur la preuve en Australie 1995, § 71.

³⁷ Royaume-Uni, Loi sur la preuve civile 1995, § 1.

³⁸ Voir, par ex., *Champion International Corp. contre Sabina (The)*, 2002 FCT 1122 (Cour fédérale, Section de première instance 2002).

³⁹ Voir, par ex., *R. contre Ungaro*, 2003BCPC137 (Cour provinciale de la Colombie britannique 2003).

⁴⁰ Voir, par ex., *K. (K.B.) contre K. (J.L.)*, 2001SKQB573 (Cour d'appel de la Saskatchewan 2001).

autres. Les tribunaux canadiens ont aussi conclu que les courriers électroniques récupérés sont potentiellement admissibles même si la récupération est incomplète et laisse apparaître des vides dans le texte.⁴¹

Les tribunaux d'autres juridictions considèrent les courriers électroniques de la même manière. L'Australie,⁴² la Nouvelle-Zélande,⁴³ les États-Unis⁴⁴ et le Royaume-Uni⁴⁵ ont tous des cadres élargis de jurisprudence dans lesquels les courriers électroniques ont été acceptés comme preuve dans plusieurs situations et dans plusieurs cas.

3.3. Environnements et procédures administratives

L'exposé ci-dessus étudie les procédures judiciaires dans un cadre juridique officiel. Il existe, par ailleurs, un certain nombre d'autres organisations juridiques et quasi-juridiques dans lesquelles des preuves sont prises en compte et des jugements rendus. Ces organisations comprennent les tribunaux de première instance tels que les audiences de suppression de permis de conduire, les conseils administratifs tels que les conseils chargés de l'occupation des sols et de l'aménagement, ainsi que d'autres organismes chargés de délivrer des permis et de prendre des décisions, tels que les administrateurs de prestations gouvernementales, les conseils fiscaux et autres entités similaires. Chaque juridiction des pays industrialisés (nationale, provinciale et régionale) en possède et les plus grandes juridictions en possèdent des centaines. Dans des juridictions telles que le Canada, les États-Unis et l'Australie, chaque province ou état les gère différemment, ce qui complique encore les choses. Comme les tribunaux, ces organismes reçoivent des preuves et rendent des jugements, souvent sur des questions importantes. Leurs règles de preuve et leurs pratiques sont donc importantes.

Le nombre de juridictions et le nombre de ces entités ne permet pas de formuler une règle générale concernant l'utilisation de courriers électroniques comme preuve. Ils peuvent être régis par les dispositions d'un ensemble de règles applicables à tous les organismes au sein de la

⁴¹ *R. contre Evans*, 2002BCSC1674 (Cour suprême de la Colombie britannique 2002).

⁴² *Voir, par ex., Neat Domestic Trading Pty Limited contre AWB Limited* [2003] HCA 35 (High Court of Australia 2003) (courrier électronique comme preuve de négociations et obligations contractuelles); *Haynes contre Hughes* WASCA 146 (Supreme Court of Western Australia, Cour d'appel 2001) (courrier électronique comme preuve de possession illégale d'éléments pornographiques).

⁴³ *Voir, par ex., la Reine contre Lawrence Roy Hooker* NZCA 208 (New Zealand Court of Appeal 2003) (courrier électronique comme preuve de trafic de drogue); *Auckland Regional Council contre John William Sanson* NZCA 313 (New Zealand Court of Appeal 1999) (courrier électronique comme preuve de conduite dans un litige professionnel).

⁴⁴ *Voir, par ex., les États-Unis contre. Microsoft*, No. 00-5212 (D.C. Cir. 2001) (courrier électronique admis dans une affaire d'antitrust); *les États-Unis contre Whitesell*, 02-12655 (11th Cir. 2002) (courrier électronique comme preuve dans l'étape de fixation de la peine dans une affaire de pornographie juvénile); *People contre Thousand*, No. 220283 (Mich. App 2000) (courrier électronique comme preuve dans une affaire de pornographie juvénile).

⁴⁵ *Voir, par ex., Coopers Payen Ltd & Anor contre. Southampton Container Terminal*, EWCA Civ. 1223 (Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Cour civile) 2003) (courrier électronique comme preuve dans une action en justice relative aux dommages issus d'accident industriel); *Snowstar Shipping Company Ltd. contre Graig Shipping Plc & Anor* EWHC 1367 Comm. (Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Division commerciale) 2003) (courrier électronique comme preuve dans un litige contractuel).

juridiction⁴⁶ ou ils peuvent être régis par un ensemble de règles particulières uniquement applicables à l'organisme en question. De telles règles peuvent en effet être restreintes :

« 5.04 (1) Si une procédure est intentée par ou contre une société en nom collectif en mentionnant le nom de la société, toute autre partie peut émettre un avis demandant à ce que la société en question divulgue immédiatement les noms et les adresses de tous les partenaires faisant partie de cette société au moment indiqué dans l'avis ; si l'adresse actuelle d'un partenaire est inconnue, la société devra divulguer l'adresse la plus récente. O. Reg. 258/98, r. 5.04 (1).

Utilisation du courrier électronique

(1.1) La divulgation exigée dans le paragraphe (1) peut être faite par courrier électronique, tel que prévu par la règle 8.09 si la personne divulguant les données est autorisée à utiliser des documents électroniques dans la procédure en vertu de la règle 1.06. O. Reg. 461/01, s. 4 (1)."⁴⁷

Dans cet exemple, l'utilisation du courrier électronique est autorisée pour une notification *particulière* à un type *particulier* de partie, et ce dans des circonstances *particulières*, applicables au tribunal de cette seule juridiction. Ce n'est pas inhabituel : bon nombre de ces organismes fonctionnent selon leurs propres règles de pratiques et de procédures. Ce modèle de balkanisation et de particularité exige que les règles applicables au tribunal ou à l'organisme en question soient consultées avant de rendre un jugement sur l'admissibilité des courriers électroniques ou d'éléments similaires devant l'organisme ou devant les tribunaux. Malgré cette complexité, il est possible d'affirmer, de manière générale, que ces organismes ont des règles plus souples et plus informelles que les tribunaux, en ce qui a trait à la soumission de preuve :

« Ce type de juridiction [juridictions disciplinaires professionnelles] est nécessaire pour assurer l'équité de la procédure, mais il n'est pas limité par les procédures formelles développées devant les tribunaux ou il n'est pas nécessairement régi par les règles strictes relatives à la preuve. »⁴⁸

« Comme les tribunaux administratifs sont chargés des questions relatives à la preuve, ils sont en mesure d'autoriser n'importe quelle preuve, même si celle-ci est indirecte. En règle générale, la preuve par commune renommée est admissible devant les tribunaux quasi-judiciaires, dans la mesure où ils respectent les règles de justice naturelle. »⁴⁹

⁴⁶ *Par ex.*, la Loi sur les formalités administratives, loi en vigueur dans la plupart des juridictions américaines, qui contient des règles selon lesquelles les organismes administratifs de la juridiction doivent mener des audiences, recevoir des preuves et rendre des décisions.

⁴⁷ Ontario (Canada) Réglementation 258/98, Règle 5.04 de la Cour des petites créances.

⁴⁸ *O'Neil, Nick*, « Les tribunaux doivent être différents » L'Australian Institute of Judicial Administration, Quatrième conférence annuelle sur les tribunaux de l'AIJA.

⁴⁹ Conseil arbitral du Canada, *Procédures juridiques*, 3.3.6., paragraphe 3, http://www.ei-ae.gc.ca/conseil/tribunal/avant_f.shtml.

Par conséquent, de façon générale, l'utilisation de courriers électroniques à des fins de preuve devant ces organismes sera au moins aussi facile, et dans la plupart des cas, plus facile, que devant les tribunaux de la même juridiction.

3.4. Conclusion - Preuve

Bien que l'acceptation des dossiers électroniques dans les procédures juridiques ait pendant longtemps été sujette à des attaques ou à des limitations, les courriers électroniques, comme phénomène juridique, sont apparus relativement tard dans ce processus. L'acceptation des dossiers électroniques était alors déjà en grande partie établie, et une génération d'utilisateurs, familiarisés avec la technologie électronique et à l'aise quant à la fiabilité des courriers électroniques, avait fait son apparition. Actuellement, le courrier électronique est plutôt traité comme toute autre preuve documentaire : il peut faire l'objet d'exigences relatives à la preuve en ce qui a trait à son authenticité ou à sa fiabilité et il doit satisfaire à toutes les exigences en matière de pertinence de preuve telles que les règles de la commune renommée. S'ils sont conformes, les tribunaux ne semblent pas hésiter à accepter les courriers électroniques comme preuve. De récentes décisions provenant de différentes juridictions sont particulièrement remarquables par le fait que tribunaux et parties ont accepté les courriers électroniques sans se poser de questions. Les courriers électroniques sont traités comme tout autre document ou témoignage et peu de temps est consacré aux questions relatives à la conformité des courriers électroniques comme preuve.

4. Le courrier électronique comme dossier de transaction

Dans le domaine du courrier électronique, un des sujets les plus importants en matière de conservation des dossiers est celui des transactions par EDI. Les interfaces Web, les courriers électroniques et les dispositifs similaires permettent d'effectuer de nombreux types de transactions commerciales, réalisées en totalité ou en partie à l'aide de l'EDI. Il peut y avoir, comme dans le cas des transactions pointer/cliquer, des libellés de contrats officiels préécrits intégrés à la transaction, des documents plus officiels comme des formulaires de commande à remplir, ainsi que des courriers électroniques de confirmation. D'un autre côté, la transaction peut aussi se résumer à des courriers électroniques traditionnels qui accompagnent les différentes étapes de la transaction (offre, acceptation et définition des conditions) et qui sont nécessaires pour créer une relation contractuelle légale. Dans les deux cas, la transaction soulève certaines difficultés du point de vue de la vérification traditionnelle de la transaction.

- L'authentification de l'autre partie à la transaction pose problème : les parties ne se rencontrent pas et peuvent même être des inconnus ;
- La preuve traditionnelle qui indique que les communications propres à la transaction viennent bien de la partie dont elles sont supposées venir est tout aussi problématique ;
- Les tribunaux peuvent ne pas reconnaître la relation contractuelle créée par la transaction par EDI ;

- De nombreuses transactions par EDI sont effectuées en totalité ou en partie à l'aide de systèmes automatisés (tels que, par exemple, les processus pointer/cliquer mentionnés plus haut), ce qui peut mettre en doute l'existence d'une offre et d'une acceptation au sens traditionnel. Cela crée également une incertitude au sujet de l'existence d'une relation contraignante.

L'incertitude soulevée par ces questions n'interdit pas explicitement les contrats et le commerce électroniques, ni l'utilisation des courriers électroniques dans les affaires gouvernementales. Aucune exigence générale n'indique que les contrats doivent être « écrits » ou sur papier dans les juridictions de droit civil et de *common law* et aucune exigence juridique fondamentale n'indique que les activités et les échanges avec le gouvernement doivent être effectués sur des supports papier. Cependant, la nouvelle technologie a créé une incertitude quant au statut juridique de toutes les transactions effectuées ainsi :

Contrats « écrits » : Bien qu'il n'y ait aucune interdiction générale concernant les contrats non écrits ou oraux, dans certaines situations (dans certaines juridictions), un écrit est nécessaire pour créer un contrat exécutable. Ces situations sont notamment :

- Les contrats de travail – de nombreuses juridictions exigent des contrats de travail écrits ;⁵⁰
- Les contrats de vente supérieurs à un certain montant ;⁵¹
- Les contrats de vente de biens immobiliers.⁵²

La question soulevée, dans ce cas, est de savoir si les courriers électroniques et les autres EDI constituent un « écrit » suffisant pour répondre aux exigences.

Signatures : Dans certaines situations, une communication doit contenir une signature pour être valide et exécutable. Le plus inquiétant, c'est qu'une « signature » créée ou transmise par EDI pourra ne pas avoir la même force exécutoire qu'une signature manuscrite.

Heure : Toute transaction dans laquelle les parties ne communiquent pas en temps réel pose également le problème juridique de la chronologie : à quel moment a eu lieu chaque action ? De nombreuses transactions sont étroitement liées au temps, et l'heure précise d'une acceptation ou d'un refus d'offre peut être très importante en cas de litige ultérieur.

⁵⁰ Voir, par ex., Loi relative aux conditions fondamentales de travail en Afrique du Sud § 29 ; Loi relative à la protection de l'emploi en Suède § 6A, entre autres.

⁵¹ Par ex., le Code du commerce uniforme (édité par de nombreuses juridictions aux États-Unis) § 2-201 (tout contrat concernant une vente de produits supérieure à 500 \$ doit être matérialisé par un écrit, en mesure d'indiquer que le contrat de vente a été conclu entre les parties et signé par la partie qui exécute le contrat, par son agent ou par son représentant autorisé).

⁵² La Loi relative aux preuves littérales, loi anglaise à l'origine (29 Car. II c.3) adoptée par les États-Unis sous plusieurs formes, qui indique que certaines catégories de contrats sont inexécutables sans la rédaction d'un document écrit et signé par la partie qui exécute le contrat ou par son représentant.

Ces incertitudes ont été résolues par l'application d'un certain nombre de dispositifs juridiques. Certains d'entre eux ont fait naître de nouvelles lois et de nouveaux concepts juridiques. D'autres se sont résumés à une nouvelle interprétation ou application de lois et doctrines existantes.

4.1. Courrier électronique comme « écrit » ou « enregistrement »

Le droit civil et la *common law* ont de tout temps considéré un « écrit » comme étant un objet sur papier. Cependant, l'assaut de la technologie sur le papier dans le domaine des lois n'est pas nouveau. L'invention du télégraphe et son utilisation immédiate dans les activités commerciales laissaient déjà présager des questions juridiques qui entourent aujourd'hui les courriers électroniques. Analytiquement, un message télégraphique est similaire à un courrier électronique (les données sont entrées à un point, encodées, transmises électroniquement à un destinataire et assemblées au point d'arrivée sous forme d'enregistrement permanent en vue de leur livraison et leur lecture). Ainsi, quand la loi étudie l'utilisation des messages télégraphiques, l'écart conceptuel avec l'utilisation des courriers électroniques est faible.

Pendant longtemps, la loi a explicitement considéré et autorisé l'utilisation des messages télégraphiques pour les transactions commerciales et autres transactions d'importance juridique, et ce, comme s'il s'agissait d'un écrit rédigé sur papier :

« Les contrats commerciaux peuvent être prouvés par : . . . une correspondance écrite et télégraphique. . . »⁵³

ou

Le terme « prescription ». . . signifie commande de médicaments, d'une combinaison de médicaments ou d'un mélange de médicaments, écrite ou signée par un médecin agréé [ou par tout autre professionnel de la santé]. . . transmise au pharmacien oralement, par téléphone, par télégraphe ou par tout autre moyen de communication. . . ces prescriptions, reçues oralement, par téléphone, par télégraphe ou par tout autre moyen de communication devront être écrites par le pharmacien ; le document ainsi rédigé constituera la prescription originale devant être honorée par le pharmacien. . . »⁵⁴

Dans de telles dispositions, il suffit d'inclure les courriers électroniques dans la liste des moyens de communication acceptés, d'élaborer une loi qui établit un rapport d'égalité entre les courriers électroniques et les communications télégraphiques ou d'inclure implicitement les courriers électroniques dans la liste des « autres » communications. Des dispositions, telles que la suivante :

« Les commerçants détaillants doivent conserver pendant dix ans l'original de leurs lettres, télégrammes, messages de données ou de tout autre document donnant lieu à des

⁵³ Code du commerce de l'Argentine, § 208.

⁵⁴ Lois du New Jersey (États-Unis), § 45:14-14.

contrats ou contenant des engagements ou des accords qui imposent des obligations et des droits contractuels. »⁵⁵

sont soumises à ce processus. Le terme « message de données » a simplement été ajouté à une disposition plus ancienne, avec la nette intention d'inclure les courriers électroniques dans une vaste gamme de correspondances commerciales comprenant les lettres traditionnelles et les télégrammes.

D'autres textes législatifs et d'autres amendements envisagent ou autorisent de manière plus explicite les courriers électroniques comme une solution acceptable pour remplacer les méthodes traditionnelles sur papier. Ainsi, par exemple, une loi exigeant qu'un rapport de suppression de permis de conduire soit rédigé « d'une manière approuvée par l'officier de l'État civil » a été modifiée afin d'exiger qu'il soit rédigé « dans un format approuvé par l'officier de l'État civil » et la rédaction a été autorisée « sous toute forme, y compris électronique et autre, jugée appropriée par l'officier de l'État civil. »⁵⁶ Une cour de révision a conclu que ces modifications démontraient une nette intention de la loi de permettre la transmission de ce rapport par courrier électronique ou par des moyens similaires.⁵⁷

D'autres réglementations élargissent le concept de courrier électronique comme document écrit à des situations de conservation obligatoire de documents écrits, exigeant ainsi la conservation obligatoire des courriers électroniques. Cela est d'autant plus probable quand le détenteur du courrier électronique est un fidéicommissaire ou tout autre professionnel dont les communications envoyées aux clients ont un impact juridique ou financier considérable ou dont la position peut entraîner un abus d'influence, une fraude ou toute autre violation de responsabilité envers un client. Par exemple, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) des États-Unis exige, selon une réglementation, que les conseillers en placement conservent :

« Les originaux de toutes les communications écrites reçues et les copies de toutes les communications écrites envoyées par le conseiller en placement en ce qui a trait (i) à toute recommandation ou proposition de recommandation et à tout conseil ou proposition de conseil, (ii) à tout reçu, déboursement, remise de fonds ou de titres, ou (iii) au placement ou à l'exécution de toute commande d'achat ou de vente de titres. »⁵⁸

La même agence interprète cela ainsi :

« Les exigences et les dispositions de responsabilité de fond des lois fédérales sur les valeurs mobilières s'appliquent de la même manière aux supports électronique et papier. Par exemple, les dispositions anti-fraude de la Règle et loi sur les opérations de change (Exchange Act and Rule) 10b-5 ci-dessous, ainsi que la section 206 de la Loi sur les conseillers (Advisers Act) et les règles mentionnées ci-dessous, s'appliquent aux

⁵⁵ Article 49 du Code du commerce du Mexique.

⁵⁶ 90 M.G.L. § 24(1)(f),(1), (Massachusetts, États-Unis).

⁵⁷ *Doherty contre Registry of Motor Vehicles*, (No. 97CV0050 Suffolk D.C. 2001) (Massachusetts, États-Unis).

⁵⁸ *Securities and Exchange Commission des États-Unis, Règles et réglementations, Loi sur les conseillers en placement de 1940*, 17 C.F.R. §275.304-2.

renseignements fournis et aux communications transmises par voie électronique, tout comme elles s'appliquent aux renseignements fournis sur papier. »⁵⁹

Cette tendance ne se limite pas aux États-Unis. Les lois australiennes prévoient, parmi les méthodes par lesquelles le ministre compétent peut « faire parvenir un document à une personne », « la transmission par télécopieur, par messagerie électronique ou par tout autre moyen électronique » au « dernier numéro de télécopieur, à la dernière adresse électronique ou à toute autre adresse électronique, selon le cas, fourni au ministre par le destinataire pour la réception des documents. »⁶⁰ Dans cet exemple, l'analogie au courrier traditionnel est parfaite : tous les types d'adresses électroniques sont traités comme fonctionnellement identiques à leurs homologues géographiques.⁶¹

Les décisions judiciaires prennent la même orientation. *Armstrong contre Executive Office of the President*,⁶² une affaire récente concernant la sauvegarde de courriers électroniques dans le cadre d'une loi de conservation de dossiers publics, a conclu que les courriers électroniques « rédigés ou reçus par une agence gouvernementale des États-Unis en vertu de la loi fédérale ou en rapport avec la transaction d'activités publiques » ; et « sauvegardés ou pouvant être sauvegardés par cette agence. . . comme preuve de l'organisation, des fonctions, des politiques, des décisions, des procédures, des opérations de l'agence ou de toute autre activité gouvernementale ou en raison de la valeur informationnelle des données y étant indiquées »⁶³ constituent en effet des dossiers publics comparables à d'autres documents écrits plus traditionnels. D'autres affaires ont conclu que les courriers électroniques constituent un écrit dans le cadre d'un litige contractuel,⁶⁴ que les courriers électroniques sont des « écrits » ou des « documents » dans le cadre d'un mandat de perquisition criminel,⁶⁵ que les courriers électroniques sont des « correspondances » qui ne peuvent pas être distinguées des autres correspondances dans le cadre d'un mandat de perquisition,⁶⁶ et que les courriers électroniques constituent des « écrits » suffisants pour prouver la fraude dans les transactions de biens immobiliers ;⁶⁷ et tel qu'observé ci-dessus en 3.1., les courriers électroniques ont été acceptés comme preuve sans analyse dans de nombreux autres cas.⁶⁸

⁵⁹ Securities and Exchange Commission des États-Unis, Publication d'interprétations N° 33-7288, Utilisation des supports électroniques par les courtiers et vendeurs, agents des transferts et conseillers en placement pour la remise de renseignements ; Exemples supplémentaires en vertu de la Loi sur les valeurs mobilières de 1933, Loi sur les bourses des valeurs mobilières de 1934 et Loi sur les organismes de placement collectif en valeurs mobilières de 1940 (9 mai 1996), f.n. 4. Voir aussi, Utilisation des supports électroniques à des fins de livraison, Publication n° 33-7233; 34-36345 (6 octobre 1995).

⁶⁰ Loi australienne sur les migrations, 1958, § 494B

⁶¹ Voir aussi Loi sur les douanes en Australie, §§ 4 & 243W, f.n. 12 et 13, supra.

⁶² *Armstrong contre Executive Office of the President*, 1 F.3d 1274 (D.C. Cir. 1993) (États-Unis).

⁶³ *Armstrong* at 1283.

⁶⁴ *Cloud Corp. contre Hasbro, Inc.*, No. 02-1486 (7th Cir. 2002) (États-Unis) (concluant qu'un courrier électronique est un « écrit » qui prouve la fraude). Voir, 4.1. supra, et f.n. 52.) .

⁶⁵ *les États-Unis contre Wong*, No. 10070 (9th Cir. 2003) (États-Unis).

⁶⁶ *L'État contre Roesing*, CR00103351 (CT. Sup Ct. 2001) (États-Unis).

⁶⁷ *Shattuck contre Klotzbach*, 2001 Mass. Super. LEXIS 642, No. 011109A, 2001 WL 1839720 (Mass. Super. 2001) (États-Unis).

⁶⁸ Voir, Se. 3.1 supra, et f.n. 42-46.

Le droit législatif et la jurisprudence ne sont absolument pas complets en la matière. Il existe de nombreuses situations dans lesquelles la question n'a pas clairement été soulevée ou dans lesquelles les termes employés dans une loi particulière ou dans une réglementation donnée pourraient mener à une conclusion inverse. Néanmoins, c'est un peu comme si un consensus était né : en l'absence d'autre législation claire, les courriers électroniques sont des objets « écrits » ; ils sont donc soumis aux mêmes règles et doctrines que les documents écrits traditionnels.

4.2. Le courrier électronique comme dossier public ou gouvernemental

La plupart des lois, des réglementations et des décisions judiciaires citées plus haut concernent des dossiers publics et la question est de savoir si les courriers électroniques ou les EDI constituent un moyen adéquat d'enregistrement pour ce type de transaction. Ce n'est pas surprenant : les dossiers gouvernementaux, les conclusions soumises au gouvernement et les communications « écrites » échangées avec le gouvernement sont régis par diverses lois sur les dossiers et les archives ; outre leur utilisation dans des systèmes de réglementation et leur mise en exécution, ils font souvent l'objet d'un examen public en vertu des lois sur la liberté de l'information. Deux facteurs viennent compliquer la question des dossiers publics : le nombre d'agences ou d'organismes individuels susceptibles d'utiliser ou de recevoir des courriers électroniques et le fait que ces organismes puissent disposer de règles et de restrictions personnalisées en ce qui a trait aux méthodes de communication qu'ils peuvent utiliser. De manière générale, cependant, les courriers électroniques, envoyés en interne d'un employé du gouvernement à un autre ou reçus de l'extérieur, constituent un dossier gouvernemental, dans la mesure où ils concernent des affaires et des activités gouvernementales. Au niveau fédéral aux États-Unis, cela a définitivement été établi par l'affaire *Armstrong contre Executive Office of the President* et par les réglementations d'application qui ont suivi.⁶⁹ Les gouvernements des états adoptent une position similaire :

« Les messages électroniques peuvent éventuellement constituer des dossiers gouvernementaux, vous devez donc les intégrer à votre stratégie de gestion des dossiers électroniques. Le support n'a aucune importance. Le contenu du message détermine s'il s'agit d'un dossier ou non ; le contenu détermine à quel ensemble de dossiers le message appartient et combien de temps le message devra être sauvegardé. »⁷⁰

Les archives nationales d'Australie adoptent une position semblable :

« Toutes les données numériques créées ou reçues dans le cadre des activités du Commonwealth sont des dossiers du Commonwealth en vertu de la Loi sur les archives de 1983 et doivent être gérées en vertu de cette Loi. Les agences gouvernementales du

⁶⁹ Voir, f.n. 60, supra. Voir aussi NARA implementing regulations at 36 C.F.R. Part 1234.

⁷⁰ Minnesota (États-Unis) Archive de l'État, Directives sur la gestion des dossiers électroniques, <http://www.mnhs.org/preserve/records/electronicrecords/erguidelines.html>.

Commonwealth doivent gérer les dossiers électroniques avec autant de précaution que les dossiers sur papier. »⁷¹

De même en Nouvelle-Zélande :⁷²

« L'expression « de quelque nature que ce soit » clarifie le fait que l'intention de la Loi est de protéger tous les dossiers publics quel que soit leur format. »⁷³

Au Canada :

« Un message électronique, y compris tout document joint électroniquement, contenant des renseignements créés, collectés, reçus ou transmis dans le cadre normal des activités gouvernementales, et envoyé à l'aide d'un système de messagerie électronique, est un dossier. »⁷⁴

et au Royaume-Uni.⁷⁵

Peu de doutes existent, à l'heure actuelle, quant au fait que les courriers électroniques envoyés ou reçus par le gouvernement sont considérés comme des dossiers publics et soumis à toutes les exigences formelles en vigueur au sein de la juridiction en matière de gestion. Ces dernières années, il semble qu'il y ait eu peu, voire aucune opposition juridique sérieuse relative à cette doctrine.

4.3. Le courrier électronique comme outil de transmission de renseignements au gouvernement

La question de savoir si les courriers électroniques représentent un support de communication adéquat pour la conservation obligatoire de fichiers, pour la collecte de renseignements nécessaires ou pour les transactions d'autres activités « officielles » avec le gouvernement est plus problématique. Le concept d'« administration électronique » a gagné un certain cachet ces dernières années, en raison de sa prétendue efficacité. Par conséquent, de nombreuses agences gouvernementales collectent maintenant plusieurs types de renseignements au moyen de transactions par EDI qui ne se distinguent pas des courriers électroniques du point de vue de la définition et de l'analyse. Des exemples notables aux États-Unis comprennent la Securities and

⁷¹ Voir le site Web des archives nationales de l'Australie/Conservation des documents/Dossiers électroniques, <http://www.naa.gov.au/recordkeeping/er/summary.html>. Voir aussi les directives australiennes sur la gestion des dossiers électroniques comme documents.

⁷² Voir les Archives de la Nouvelle-Zélande, *Politique des dossiers électroniques*, http://www.archives.govt.nz/statutory_regulatory/er_policy

⁷³ Idem dans les FAQ, répondant à la question de savoir si les dossiers électroniques sont régis par la Loi des archives, malgré le fait qu'ils n'y soient mentionnés à aucun moment.

⁷⁴ Archives nationales du Canada, *Gestion des courriers électroniques au gouvernement du Canada* p. 2, http://www.collectionscanada.ca/gestion-information/060404_f.html.

⁷⁵ Voir normalement, Bureau des dossiers publics du Royaume-Uni, *Cadre de politique électronique gouvernementale relatif à la gestion des dossiers électroniques*, <http://www.pro.gov.uk/recordsmanagement/erecords/default.htm>.

Exchange Commission (SEC), qui autorise la soumission de rapports financiers de sociétés cotées en bourse par l'intermédiaire de son système de collecte, d'analyse et de récupération des données électroniques (EDGAR),⁷⁶ ainsi que de données obligatoires pour plusieurs autres parties réglementées ; l'Internal Revenue Service (IRS) pour une grande variété de formulaires et de données fiscales.⁷⁷ Un éventail d'autres agences fédérales et d'état possèdent des systèmes similaires.⁷⁸ Et des systèmes identiques sont utilisés dans d'autres pays : l'agence des sociétés canadiennes autorise l'archivage électronique des documents d'entreprise,⁷⁹ tout comme l'Agence du revenu du Canada,⁸⁰ entre autres. L'Australie,⁸¹ la Nouvelle-Zélande,⁸² Hong Kong⁸³ et d'autres juridictions ont des programmes similaires en place. Ces programmes concernent les systèmes de messagerie électronique spécialisés dans la transmission des informations obligatoires. Outre ces systèmes spécialisés, les agences gouvernementales possèdent aussi des listes détaillées d'adresses de courrier électronique à des fins de correspondance générale, de conseil, de plainte, de soumission et d'autres opérations.⁸⁴ Chacun de ces systèmes est en mesure d'effectuer la transmission de renseignements entre une entité gouvernementale et une autre partie, renseignements qui sont exigés par la loi ou qui font partie d'une transaction autorisée entre le gouvernement et cette autre entité et peuvent avoir des conséquences pour cette dernière.

Bien que de manière générale, les agences gouvernementales soient ouvertes à ce type de programme de communication, il est important de noter que chaque exemple cité plus haut, et la plupart des exemples existants, correspondent à des situations individuelles. Il n'existe pas de règle de loi générale exigeant qu'une agence offre ou accepte le courrier électronique comme support de communication pour les affaires officielles,⁸⁵ et il n'existe aucune pratique universelle en la matière. De nombreux autres programmes sont entièrement régis par les règles de pratique

⁷⁶ Voir 17 C.F.R. Partie 232 Système d'archivage EDGAR S-T Règles et réglementations générales sur le système d'archivage électronique, de collecte, d'analyse et de récupération des données électroniques (EDGAR).

⁷⁷ Voir, par ex., <http://www.irs.gov/efile/index.html>

⁷⁸ Voir, par ex., Système d'échange de données et de renseignements fiscaux électroniques de Pennsylvanie (e-TIDES), <http://www.etides.state.pa.us> (archivage relatif aux impôts) ; Secrétariat d'état de Californie, http://www.ss.ca.gov/prd/electronic_filing_info.htm (notamment rapports de lobbying, contributions politiques) ; Commission fiscale de l'état de l'Idaho, <http://www2.state.id.us/tax/filing.htm> (archivage relatif aux impôts) ; Agence pour la protection de l'environnement de l'état de Georgie, <http://www.ehso.com/stategaenvforms.php> (archivage sur les déchets dangereux), entre autres.

⁷⁹ Voir, le Centre de dépôt électronique de Corporations Canada, http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/corpdircorpFiling/frndoc/index.html

⁸⁰ Voir, <http://www.cra-arc.gc.ca/eservices/tax/business/efile/menu-f.html>.

⁸¹ Voir, par ex., la Cour fédérale d'Australie, <https://www.efiling.fedcourt.gov.au/fedcourt/WelcomeToFedCourtEFS.htm> (archivage légal) ; IP Australia, http://www.ipaustralia.gov.au/about/site_privacy.shtml (archivage dans le domaine de la propriété intellectuelle), entre autres.

⁸² Voir, par ex., le système de fichiers électroniques sur le territoire de la Nouvelle-Zélande, <http://www.taxweb.co.nz/efile.htm> (archivage relatif aux impôts).

⁸³ Voir, par ex. le système de dépôt de fichiers financiers électroniques de Hong Kong, <http://man.aect.cuhk.edu.hk:10080/help/about.phtml> (archivage financier requis).

⁸⁴ Par ex., SEC des États-Unis, <http://www.sec.gov/contact/mailboxes.htm> ; Agence des États-Unis pour la protection de l'environnement, <http://www.epa.gov/epahome/hotline.htm> ; Australia Workplace, <http://www.workplace.gov.au/Workplace/WPFeedback/0,1337,a0%253D0%2526a1%253D517%2526a2%253D517,00.html> ; entre autres.

⁸⁵ Aux États-Unis, par exemple, les soumissions obligatoires aux agences gouvernementales comptent parmi la poignée d'exceptions à une autorisation élargie des transactions électroniques dans la Loi relative aux signatures électroniques (E-Sign). Voir, *Loi sur les signatures électroniques en commerce national et international*, § 104 (a).

créées au sein de l'agence ou de l'entité de contrôle. Quand la communication en question est importante, les règles et les pratiques de l'entité en question effectuent le contrôle. Cependant, quand cela est autorisé, le courrier électronique ou ses pièces jointes peuvent constituer des objets de preuve ou d'indication de conformité de très grande importance ainsi qu'une preuve indiquant que la transmission a respecté les délais et les autres exigences.

4.4. Le courrier électronique dans les transactions commerciales

L'utilisation généralisée des EDI dans les organisations commerciales a obligé à éliminer les incertitudes quant à la validité des transactions commerciales ainsi effectuées. Cela a entraîné l'adoption de lois régissant la légalité des EDI, qui se rapprochent de celles régissant la légalité des courriers électroniques. La plus importante d'entre elles est peut-être la Loi type sur le commerce électronique de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Quelle que soit sa forme, cette loi est entrée en vigueur dans au moins 31 pays.⁸⁶ D'autres pays⁸⁷ ont adopté des lois relatives à la signature numérique, basées, de manière générale, sur la Loi type sur les signatures électroniques de la CNUDCI, qui a aussi un impact sur le courrier électronique.

La CNUDCI, sa descendance et ses variantes ont de nombreuses dispositions proches de l'analyse des courriers électroniques :

« Message de données » correspond à des renseignements créés, envoyés, reçus ou conservés de manière électronique, optique ou de toute autre manière similaire, y compris, mais sans s'y limiter, les échanges de données informatisés (EDI), les courriers électroniques, les télégrammes, les télex ou les télécopies. »⁸⁸

« La conséquence juridique, la validité ou la force exécutoire des renseignements ne devront pas être réfutées pour la simple raison que ces renseignements se trouvent dans un message de données. »⁸⁹

⁸⁶ Bermudes (Loi sur les transactions électroniques de 1999) ; Canada (Loi uniforme sur le Commerce électronique) ; Équateur (Loi régissant le commerce électronique, les signatures électroniques et les messages de données) ; Union européenne (Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Suède, Royaume-Uni) (Directive 2000/31/EC du Parlement et du Conseil européens) ; Guernesey (Loi sur les transactions électroniques (Guernesey) 2000) ; Hong Kong (Ordonnance sur les transactions électroniques) ; Inde (Loi relative aux technologies de l'information 2000) ; Jordanie (Loi sur les transactions électroniques en Jordanie n° 85 de 2001) ; Maurice (Loi relative aux transactions électroniques 2000) ; Nouvelle-Zélande (Projet de loi sur les transactions électroniques) ; Philippines (Loi relative au commerce électronique de 2000 – Loi de la République 8792) ; République de Slovénie (Loi relative au commerce et aux signatures électroniques) ; Singapour (Loi relative aux transactions électroniques de 1998) ; République de Corée (du Sud) (Loi fondamentale sur le commerce électronique) ; Tunisie (Loi relative au commerce et aux échanges électroniques) ; îles Turks et Caicos (Ordonnance sur les transactions électroniques 2000) ; États-Unis (Loi sur les signatures électroniques en commerce national et international ; voir aussi la Loi uniforme sur les transactions électroniques (UETA), qui contient de nombreuses dispositions avec des termes identiques).

⁸⁷ Argentine, Brésil, République populaire de Chine, République tchèque, Estonie, Gibraltar, Hongrie, Israël, Japon, Lituanie, Malaisie, Mexique, Pérou, Pologne, Roumanie, Russie et Thaïlande.

⁸⁸ Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI, Art. 2 (a).

⁸⁹ *Id.*, Art. 5.

« La conséquence juridique, la validité ou la force exécutoire des renseignements ne devront pas être réfutées pour la simple raison que ces renseignements ne se trouvent pas dans le message de données censé être à l'origine de ces conséquences juridiques, mais qu'on y fait simplement allusion dans ce message de données électronique. »⁹⁰

« Quand la loi exige des renseignements écrits, cette exigence est satisfaite par un message de données, si les renseignements qu'il contient sont accessibles pour utilisation ultérieure à titre de référence. »⁹¹

« Le paragraphe [précité] s'applique que les exigences indiquées correspondent à une obligation ou que la loi sanctionne les renseignements non écrits. »⁹²

« Quand la loi exige la présentation ou la conservation de l'original des renseignements, cette exigence est satisfaite par un message de données si : (a) il existe une assurance fiable quant à l'intégrité des renseignements à partir du moment où ils ont initialement été créés dans leur format final, sous forme de message de données ou autre ; et (b) quand la loi exige que ces renseignements soient présentés et qu'ils puissent être affichés à la vue de la personne à qui ils sont présentés. »⁹³

« Le paragraphe [précité] s'applique que les exigences indiquées correspondent à une obligation ou que la loi sanctionne les renseignements non écrits. »⁹⁴

« Dans toute procédure juridique, les règles de preuve ne devront en aucun cas être appliquées de manière à refuser l'admissibilité d'un message de données comme preuve : (a) pour la simple raison qu'il s'agit d'un message de données, ou, (b) s'il s'agit de la principale preuve que la personne qui la présente a raisonnablement pu obtenir, quand le document présenté n'est pas un original. »⁹⁵

« La force probante des renseignements présentés sous forme de message de données devra être reconnue. Au moment de l'évaluation de la force probante d'un message de données, des précautions devront être prises en ce qui concerne la fiabilité de la manière dont le message a été créé, conservé ou communiqué, la fiabilité de la manière dont l'intégrité des renseignements a été conservée, la manière dont son auteur a été identifié et de tout autre facteur pertinent. »⁹⁶

« Quand la loi exige que certains documents, dossiers ou renseignements soient conservés, cette exigence est satisfaite par la conservation de messages de données, dans la mesure où les conditions suivantes sont respectées : (a) les renseignements contenus dans le message de données sont accessibles pour utilisation ultérieure à titre de référence ; et (b) le message de données est conservé dans le format dans lequel il a été créé, envoyé ou reçu, ou dans un

⁹⁰ *Id.*, Art. 5 bis.

⁹¹ *Id.*, Art. 6 (1).

⁹² *Id.*, Art. 6 (2).

⁹³ *Id.*, Art. 8 (1).

⁹⁴ *Id.*, Art. 8 (2).

⁹⁵ *Id.*, Art. 9 (1).

⁹⁶ *Id.*, Art. 9 (2).

format reconnu pour reprendre fidèlement les renseignements créés, envoyés ou reçus ; et (c) de tels renseignements, s'il y a lieu, sont conservés afin de permettre l'identification de l'origine et de la destination d'un message de données, ainsi que de la date et de l'heure à laquelle il a été envoyé ou reçu. »⁹⁷

« Dans le cadre de la formation d'un contrat, sauf accord express des parties, l'offre et l'acceptation de l'offre peuvent être exprimées au moyen de messages de données. Si un message de données est utilisé au cours la formation d'un contrat, la validité et la force exécutoire de ce contrat ne devront pas être réfutées pour la simple raison qu'un message de données a été utilisé à cette fin. »⁹⁸

Il existe, en plus de ces dispositions, des règles qui régissent d'autres questions, y compris la chronologie des offres et des acceptations⁹⁹, la ratification des courriers électroniques créés automatiquement¹⁰⁰ et les signatures.¹⁰¹ Ces dispositions placent les courriers électroniques (et les autres transactions par EDI) au même niveau que les transactions traditionnelles sur papier ou en personne. Dans les juridictions ayant adopté la loi type sur les signatures, le résultat obtenu est moins détaillé, mais similaire : les messages de données et les signatures électroniques sont valides si certaines normes sont respectées.¹⁰² Ainsi, dans toute juridiction de la CNUDCI, les courriers électroniques constituent une série de documents très importants pour vérifier la conformité aux réglementations ou les fins commerciales. Et comme nous l'avons vu, les courriers électroniques ont rapidement été admis devant les tribunaux pour ce type d'objet, et ce, dans de nombreuses juridictions. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'au fil du temps, la loi type soit adoptée dans d'autres juridictions et que les tribunaux arrivent à des conclusions similaires dans d'autres juridictions.¹⁰³ Un dernier litige sur les courriers électroniques illustre la volonté croissante du système juridique de confier les transactions importantes aux messageries électroniques :

Aux États-Unis, la signification du processus juridique¹⁰⁴ avant le début d'une action en justice est normalement un processus qui implique un nombre considérable de formalités sur papier. Les documents présentés au défendeur sont habituellement sur papier ; la signification se fait en personne (même les courriers recommandés ne sont normalement pas autorisés) ; et des accusés de réception sur papier sont ensuite émis. Dans une affaire récente, la procédure n'a pas pu être signifiée au défendeur de manière habituelle car il habitait à l'étranger et qu'il a tout fait pour éviter la signification. À la demande du plaignant et face aux nombreuses circonstances

⁹⁷ *Id.*, Art. 10 (1).

⁹⁸ *Id.*, Art. 11.

⁹⁹ *Id.*, Art. 15.

¹⁰⁰ *Id.*, Art. 13.

¹⁰¹ *Id.*, Art. 7.

¹⁰² Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI (2001) Art. 6

¹⁰³ *Voir, par ex.*, *Židrūnas Šapalas contre AB Lietuvos Taupomasis Banka*, Cour suprême de Lituanie (2002) (Le code d'identification personnelle à l'usage des cartes de paiement est une signature électronique, équivalant à la signature manuscrite en vertu de la Loi sur les contrats en Lituanie).

¹⁰⁴ Le dépôt de plaintes, les assignations et tous les autres documents légaux sur papier fournis au défendeur pour entamer une action en justice.

extraordinaires, la signification de l'acte de procédure par courrier électronique a été autorisée par le tribunal de première instance et la procédure a été confirmée en appel.¹⁰⁵

Il s'agit d'un cas extraordinaire et très inhabituel. Il illustre néanmoins dans quelle mesure le système juridique commence à faire confiance au courrier électronique pour la remise de documents de la plus haute importance.

4.5. Conclusion – le courrier électronique comme dossier de transaction

À l'exception des soumissions de renseignements obligatoires au gouvernement, il est clair à l'heure actuelle que le courrier électronique constitue un moyen d'expertise et de preuve viable. Dans certains cas, la conservation des courriers électroniques est exigée par la loi, sous forme d'un dossier de transaction commerciale ou d'un dossier public. Dans d'autres cas, la conservation de courriers électroniques n'est pas exigée par la loi ; la loi valide simplement leur utilisation. Néanmoins, si dans ce cas, les transactions sont effectuées en totalité ou en partie par courrier électronique, leur conservation peut être un élément fondamental pour prouver la conformité ou résoudre des litiges. Il est clair que des courriers électroniques conservés correctement auront, si besoin est, une force probante devant les tribunaux.

En ce qui concerne les documents soumis au gouvernement, la situation est plus complexe. Beaucoup d'agences de nombreuses juridictions autorisent les échanges par courrier électronique, mais le problème de savoir si cet échange par courrier électronique est juridiquement valide ou exécutoire doit être décidé au cas par cas. Il y a cependant de nombreux cas dans lesquels ils peuvent être utilisés et la tendance va vers une utilisation croissante du courrier électronique à cette fin.

5.0. Complément – Sauvegarde des courriers électroniques pour une courte période

La diversité des autorités juridiques mentionnées plus haut semble indiquer que la conservation à long terme, par catégorie, de la plupart ou de la totalité des courriers électroniques est inévitable pour certaines organisations. Cependant, il existe certains facteurs compensatoires ayant des implications considérables en matière de gestion des risques, d'affaires et de droit.

La preuve accablante. Le premier et le plus évident d'entre eux est le phénomène de la preuve accablante. Très connu de la majorité des responsables de l'information en entreprise, il correspond à un courrier électronique ayant un contenu gênant ou compromettant au niveau juridique. Le document est habituellement présenté lors d'actions en justice (contre la volonté de

¹⁰⁵ Rio Properties, Inc. contre Rio International Interlink, 284 F.3d 1007 (9th Cir. 2002).

son détenteur) et a représenté un élément important dans de nombreux procès, dont certains très médiatisés.¹⁰⁶

Confidentialité. Le deuxième facteur concerne les lois sur le respect de la vie privée et leurs ramifications au sujet des courriers électroniques. Un certain nombre de juridictions ont adopté des lois de protection des renseignements personnels imposant des contrôles stricts sur l'utilisation et la transmission des renseignements « personnels » au sujet des individus, y compris des employés des entreprises. Le fondement de ces lois est qu'en l'absence d'autorisation de la personne concernée, les renseignements personnels ne peuvent être utilisés qu'aux fins juridiques pour lesquelles ils ont été collectés, qu'ils doivent être conservés uniquement pendant la période nécessaire à cette même fin et qu'ils ne peuvent pas être transmis à une juridiction qui ne respecte pas les mêmes mesures de protection.

Ces lois se généralisent rapidement,¹⁰⁷ et les organismes de réglementation ont un bon aperçu de ce qu'on entend par « renseignements personnels » ; et même dans les juridictions n'ayant pas de loi générale sur le respect de la vie privée, il existe de nombreuses lois propres à certaines disciplines, telles que les informations médicales, les informations financières et autres informations.¹⁰⁸ L'utilisation systématique des courriers électroniques comme outil de communication professionnelle, potentiellement ou réellement utilisé pour les transmissions routinières d'informations personnelles concernant les employés, les partenaires commerciaux et autres, risque de placer les organisations effectuant des opérations internationales dans des situations gênantes et dans des situations de violation de ces lois.¹⁰⁹

Coût. Le troisième facteur est plus trivial : la conservation de millions de courriers électroniques pour toute autre durée qu'une courte période peut coûter très cher, en particulier si un travail de classification ou d'indexation est engagé. En outre, les frais de recherche associés aux procès ou à d'autres actions en justice dans un environnement peu structuré ou absolument non structuré pourraient rendre les coûts de conservation des courriers électroniques à long terme prohibitifs.

Les partisans de la conservation à court terme cherchent à atténuer les problèmes ci-dessus par un dispositif simple : fixer une période de conservation unique, sans classification et relativement courte, pour tous les courriers électroniques et les détruire tous après expiration de ce délai. Les

¹⁰⁶ Voir, par ex. *les États-Unis contre Microsoft*, n° 98-1232 (TPJ) et n° 98-1233 (TPJ) D. C. Dist. Ct. (2000) (Courrier électronique concernant les pratiques anticoncurrentielles dans un procès d'antitrust) ; Securities and Exchange Commission contre Martha Stewart et Peter Bacanovic, 03 CV 4070 (NRB) (N.D. N.Y. 2003) (messages électroniques supposés être une preuve d'opérations illégales sur actions) ; *les États-Unis contre Quattrone*, (courrier électronique supposé être une preuve d'activité illégale y compris de pillage de preuve).

¹⁰⁷ La directive relative à la protection des renseignements personnels de l'Union européenne, modèle pour la plupart des lois de ce type, est en vigueur dans l'Union européenne, régissant ainsi la majeure partie de l'Europe de l'Ouest ; certaines juridictions élargies telles que Hong Kong, l'Australie, l'Inde et de nombreux pays d'Amérique latine ont promulgué des lois similaires ou sont sur le point de le faire.

¹⁰⁸ Voir, par ex., réglementations dans le cadre de la Loi sur la responsabilité et à la transférabilité des assurances maladie de 1996 (HIPPA), dans 45 C.F.R. Partie 164 (États-Unis).

¹⁰⁹ Voir, par ex., *The Wall Street Journal, Online Laundry: Government Posts Enron's E-Mail*, 6 octobre 2003 p.1. (Courriers électroniques professionnels collectés par une agence gouvernementale comme preuve de réglementation et affichés sur un site Web accessible au public, alors qu'ils contenaient des renseignements personnels y compris des numéros d'assurance sociale).

avantages de cette approche sont évidents et importants : les risques juridiques sont considérablement réduits, par la simple réduction au minimum de la période antérieure sur laquelle il est possible d'effectuer des recherches de renseignements. Les preuves accablantes ou les preuves d'une violation des exigences en matière de respect de la vie privée sont soit totalement absentes soit limitées en termes d'étendue ou de volume. De nombreuses violations, telles que la conservation de renseignements personnels pour une durée excessive, sont entièrement évitées. Les coûts sont limités grâce à la réduction de la quantité de matériel, logiciels et autres infrastructures nécessaires à la conservation des courriers électroniques et grâce à la réduction du temps et des autres ressources nécessaires pour effectuer des recherches ou d'autres activités relatives aux courriers électroniques. Cette approche a aussi l'avantage d'être simple et relativement facile à gérer, ce qui est aussi souhaitable si l'on considère les coûts phénoménaux, et les problèmes administratifs et techniques inhérents à toute tentative de gestion classifiée d'importants volumes de courriers électroniques.

Il existe, bien sûr, des risques associés à ce type de stratégie. Pour certains, cette approche peut être illégale. Pour d'autres, même si elle est légale, ses avantages doivent être pesés face aux inconvénients éventuels de la faible quantité de communications écrites disponibles : des renseignements éventuellement utiles peuvent être supprimés avant d'être devenus inutiles ; des courriers électroniques utilisés comme preuve de conformité ou à des fins obligatoires pourraient ne plus être disponibles pour prouver la conformité en cas de litige ; les contrats ou les modifications de contrats peuvent devenir impossibles à prouver si les courriers électroniques ont permis d'effectuer une grande partie du processus. En outre, il existe toujours la possibilité que les employés qui trouvent que la période de conservation est trop courte tentent de faire obstacle au système en dissimulant des courriers électroniques à des emplacements non pris en compte dans le processus de destruction des messages. Les partisans de la conservation à court terme affirment que les avantages de cette sauvegarde à court terme sont tellement plus nombreux que ses inconvénients que toutes les amendes ou dépenses afférentes sont justifiées et doivent simplement être acceptées comme faisant partie de la stratégie.

Une autre solution pour tenter d'éviter ces inconvénients est la conservation sélective. Dans ce cas, les courriers électroniques ont une période de conservation courte et déterminée par défaut, mais certaines catégories, ayant une importance juridique ou opérationnelle, sont définies et séparées pour être conservées à plus long terme. Cette stratégie s'approprie le meilleur des deux approches : la conservation à court terme pour la plupart des courriers électroniques, ce qui permet de réaliser des économies et de réduire les risques, tout en conservant les éléments qui semblent avoir une valeur juridique ou opérationnelle, ce qui permet de réduire ou d'éliminer les risques associés à la conservation à court terme généralisée.

Cependant, cette approche a aussi des inconvénients : alors qu'en théorie, l'identification des courriers électroniques importants est simple, l'application uniforme de règles de conservation dans un environnement de travail conséquent risque de représenter un défi considérable, et si cette identification n'est pas effectuée correctement, cela pourrait entraîner une conservation très hétérogène, ainsi que la perte d'un grand nombre de renseignements précieux.

6.0 Conservation des courriers électroniques sur papier ou sous format électronique

Les autorités juridiques autorisent clairement l'utilisation des courriers électroniques dans de nombreuses situations et exigent leur conservation, par disposition légale ou par simple prudence. En supposant que la décision de conserver les courriers électroniques pendant une période donnée a été prise, la question soulevée alors est de savoir sous quelle forme ils doivent être conservés ? Il y a deux avis en la matière :

- La version électronique est la version la plus « authentique », la plus acceptable à des fins de preuve puisqu'il s'agit de l'original, et elle est plus complète.
- Une impression sur papier est aussi valide qu'une version électronique à des fins d'indication de conformité ou de preuve.

La défense de la conservation sur papier est souvent fondée sur les formidables difficultés inhérentes à la conservation d'importants volumes de documents non structurés, tels que les courriers électroniques, sur un support analogue au système d'archivage sur papier, en particulier dans le cas des organisations n'ayant pas beaucoup de ressources disponibles pour la gestion des données électroniques. La défense de la conservation électronique est souvent fondée sur la perte possible de métadonnées précieuses en cas de conservation sur papier, réduisant ainsi la valeur de preuve, de conformité ou de recherche des courriers électroniques.

Souvent, les autorités juridiques ne se prononcent pas sur la question de la conservation sur papier par rapport à la conservation électronique, mais quand elles se prononcent, elles sont généralement en faveur de la version papier, en particulier dans les juridictions de droit civil, où les dossiers commerciaux sur papier reliés et estampés ont longtemps été obligatoires. Même dans les pays de *common law*, il était obligatoire, jusqu'à récemment, de créer et de conserver des dossiers sur papier. Quand des dossiers avaient été créés sur des systèmes électroniques, de nombreuses instances exigeaient que les parties réglementées conservent leurs dossiers électroniques sur papier, plutôt qu'au format électronique,¹¹⁰ et cela est parfois encore le cas. Malgré le nombre de lois autorisant l'utilisation des dossiers électroniques, quelques instances exigent encore des versions papier et de nombreuses lois n'autorisent la conservation de dossiers électroniques que comme une solution de rechange face à un système sur papier par défaut explicite ou dissimulé.¹¹¹

Les lois sur les preuves et le commerce électroniques autorisent ou acceptent en général les dossiers électroniques, mais ne les exigent pas et il n'y a habituellement aucune indication mentionnant que le papier est un support moins acceptable. La Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI exige seulement que les messages de données soient « accessibles

¹¹⁰ Voir, par ex., la version antérieure à 2002 du Code grec des livres comptables.

¹¹¹ Voir, par ex., Loi sur les douanes de Singapour § 90A (« Pour l'application de la présente loi, un avis électronique ou une copie de ce dernier ne devra pas être refusé comme preuve, pour la simple raison qu'il a été transmis sans créer ou remettre un document ou un exemplaire équivalent sur papier. »).

pour une utilisation ultérieure à titre de référence ». ¹¹² Aucune prise de position n'est indiquée en ce qui concerne le support le plus souhaitable pour cette référence ultérieure. D'autres lois qui exigent la conservation des courriers électroniques ne se prononcent généralement pas sur le support final de conservation ; dans de nombreuses situations, cependant, le classement des courriers électroniques dans la même catégorie que celle des messages télégraphiques et des correspondances, tous deux sur papier, indique la probabilité de l'acceptation des conservations sur papier.

En ce qui concerne les questions relatives à la preuve, les Règles uniformes relatives à la preuve des États-Unis indiquent que :

« Si les données sont conservées dans un ordinateur ou dans un périphérique similaire, toute impression ou tout autre résultat lisible, qui reflète les données de manière précise, est un « original ». » ¹¹³

Cette disposition n'exige pas l'utilisation d'impressions sur papier, mais les place au même niveau que les données électroniques originales. La Loi sur la preuve au Canada indique que :

« [Un] document électronique imprimé sur papier est conforme aux meilleures règles de preuve si cette impression a été considérée ou utilisée comme un enregistrement des renseignements enregistrés ou conservés sur cette impression, et ce, de manière manifeste et uniforme. » ¹¹⁴

La loi sur la preuve en Australie indique que le contenu d'un document peut être prouvé en présentant un document qui :

« [est] ou est supposé être une copie du document en question ; et. . . a été créé, ou est censé avoir été créé, à l'aide d'un dispositif qui reproduit le contenu de documents. » ¹¹⁵

La Loi sur la preuve civile au Royaume-Uni indique que :

« Quand une déclaration indiquée dans un document est admissible comme preuve dans des procédures civiles, elle peut être prouvée par la création d'un document ou, que ce document existe encore ou non, par la création d'une copie de ce document ou d'une partie de ce document, authentifié d'une manière approuvée par le tribunal. » ¹¹⁶

Dans ce cas, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de recevoir une impression comme preuve. En pratique, les tribunaux du Royaume-Uni, ainsi que les tribunaux des autres juridictions de *common law* mentionnées, acceptent habituellement les impressions indiscutables des courriers électroniques sans tenir compte ou presque du support. ¹¹⁷

¹¹² Loi type sur le commerce électronique de la CNUDCI, Art. 6 (1).

¹¹³ Règles uniformes relatives à la preuve, Règle 1001 (3).

¹¹⁴ Loi sur la preuve au Canada, § 31,2 (2).

¹¹⁵ Loi sur la preuve en Australie 1995, § 48 (1) (b).

¹¹⁶ Loi sur la preuve civile au Royaume-Uni, § 8(1).

¹¹⁷ Voir, 3.2. supra, et f.n. 38-44.

En ce qui concerne les dossiers publics, la conservation de courriers électroniques sur papier a été largement acceptée dans les pays de *common law*. Aux États-Unis, la question a été juridiquement traitée dans l'affaire *Public Citizen contre Carlin*¹¹⁸ en 1999. Dans cette affaire, un groupe de plaignants a contesté les réglementations du gouvernement fédéral¹¹⁹ en matière de conservation des courriers électroniques sur papier, prétendant que la conservation sur papier effacerait des métadonnées précieuses, diminuant ainsi la valeur de ces dossiers publics. La Cour d'appel a infirmé le jugement du tribunal de première instance et a rejeté ces réclamations, indiquant que la valeur de la conservation électronique doit être étudiée en tenant compte de sa faisabilité, des fonds et des ressources disponibles pour la gestion des dossiers et des exigences d'exploitation des agences responsables.

De même, les archives australiennes ont accepté, de manière générale et neutre, la conservation de dossiers publics sous forme de reproduction et la destruction des originaux, dans la mesure où les autres critères de gestion des dossiers publics sont respectés,¹²⁰ en tenant compte des mêmes facteurs en matière de répartition des ressources et d'exigences opérationnelles.

Les archives de Nouvelle-Zélande rendent également la gestion des courriers électroniques sur support papier ou électronique facultative pour l'agence responsable :

« Les archives de Nouvelle-Zélande n'exigent pas que les agences gouvernementales impriment et classent leurs dossiers électroniques dans un système d'archivage sur papier. La manière dont une agence gère ses dossiers électroniques repose sur une décision interne qui doit être fondée sur une stratégie de gestion générale des dossiers. Idéalement, les dossiers créés numériquement devraient continuer à être gérés et mis à disposition au format numérique. Cependant, si les logiciels ou les politiques internes de gestion des dossiers ne prennent pas en charge la gestion des dossiers électroniques, l'agence pourra décider que la meilleure politique est d'imprimer et d'archiver les dossiers électroniques. »¹²¹

Le Bureau des dossiers publics du Royaume-Uni adopte la même position :

« Les messages électroniques devraient être archivés sous forme de dossiers comme tout autre dossier électronique en tenant compte des procédures et des règles de décisions habituelles pour l'identification des dossiers officiels, que ceux-ci soient archivés dans un système électronique, imprimés sur papier ou gérés de toute autre manière conformément aux procédures en vigueur. »¹²²

Les autorités juridiques précitées, même si elles ne concernent pas toutes les juridictions et toutes les situations, s'appliquent en l'absence d'autorité juridique contraire. Étant donné que les

¹¹⁸ *Public Citizen contre Carlin*, 184 F.3d 900 (DC Cir., 1999).

¹¹⁹ *Voir*, 36 C.F.R. Partie 1234.

¹²⁰ Voir dans son ensemble, Archives nationales d'Australie, Autorité juridique sur la destruction générale des dossiers originaux ayant été copiés, convertis ou transmis (2003).

¹²¹ Archives de la Nouvelle-Zélande, <http://www.archives.govt.nz/continuum/faq.html>

¹²² Bureau des dossiers publics du Royaume-Uni, Directives sur la gestion, l'évaluation et la conservation des dossiers électroniques, § 3.48.

tribunaux de ces juridictions sont prêts à accepter des impressions comme preuve et que les gouvernements eux-mêmes considèrent la conservation des courriers électroniques sur papier comme un moyen légitime d'accomplir leur responsabilité de gestion des dossiers, il semble qu'en l'absence d'exigence juridique particulière contraire, expressément indiquée, la conservation des courriers électroniques sur papier est acceptable.

7.0. Conservation des courriers électroniques

Comme le révèle tout ce qui précède,¹²³ les courriers électroniques ont un rapport très complexe avec le système juridique ; ils peuvent devenir un objet d'importance juridique dans de nombreuses circonstances. Dans certains cas, la conservation des courriers électroniques est obligatoire et fait l'objet d'un système de réglementation ou d'autres exigences juridiques. Dans d'autres cas, la conservation n'est pas requise, mais alors, leur destruction doit être étudiée avec soin en tenant compte des conséquences éventuelles de l'absence de courriers électroniques nécessaires. Toute décision politique doit aussi tenir compte des facteurs supplémentaires qui compliquent la situation, tels que les éventuels avantages de la conservation sur papier, ainsi que des facteurs relatifs à la gestion des risques provenant des éventuelles preuves accablantes ou des lois sur le respect de la vie privée. Pour chaque cas, la diversité et la gravité de ces questions contribuent à la faisabilité ou à la légalité de la solution retenue.

7.1. Conservation obligatoire des courriers électroniques

Beaucoup d'organisations, soit en raison de la nature de leurs activités, soit en raison des juridictions dans lesquelles elles agissent, se trouveront dans des situations où elles devront conserver au moins certains de leurs courriers électroniques pour une durée prévue par la loi : les Codes du commerce ou les Codes civils de la plupart voire de tous les pays de droit civil comprennent une disposition exigeant la conservation des correspondances commerciales pendant une période d'un an. Certains associent de manière explicite les courriers électroniques à cette catégorie ; l'analyse du droit législatif et des décisions judiciaires des juridictions de droit civil permet d'arriver à la conclusion que d'autres juridictions de droit civil considèrent les courriers électroniques de la même façon. Par conséquent, toute entreprise située dans une juridiction de droit civil devra probablement conserver sa correspondance commerciale importante effectuée par courrier électronique pendant une durée exigée par la loi, voire pendant une période plus longue.¹²⁴ De la même manière, les courriers électroniques créés ou reçus par les entités gouvernementales dans les principales juridictions de *common law* constituent toujours des dossiers publics, et sont donc régis par les systèmes de conservation des dossiers de l'agence des archives ou des dossiers publics responsable. Enfin, certaines parties, telles que les conseillers en placement aux États-Unis, doivent respecter des exigences juridiques de

¹²³ Et veuillez noter ici que les autorités juridiques citées dans ce document ne visent pas à donner une représentation détaillée des autorités juridiques. Dans chaque catégorie, il existe de nombreuses lois, affaires et autres autorités juridiques qui n'ont pas été citées.

¹²⁴ Les périodes de conservation de cinq et dix ans sont courantes.

conservation des communications par courrier électronique en raison de la nature de leurs activités.

D'autres circonstances peuvent ou non donner naissance à des courriers électroniques devant obligatoirement être conservés. Les nombreuses agences et systèmes de réglementation, ayant chacun leurs propres règles particulières en matière de pratique et de procédure, ainsi que leurs propres caractéristiques, s'opposent à la formulation d'une règle générale. Cependant, la tendance est claire : ces agences se tournent rapidement vers l'utilisation de systèmes de courriers électroniques et de systèmes similaires pour la collecte et la diffusion des renseignements. Les parties profitant de ces systèmes électroniques ont de fortes chances de se retrouver avec des courriers électroniques ou des objets de données similaires soumis à des exigences de conservation obligatoire.

Pour toute entreprise envisageant l'élaboration d'une politique relative aux courriers électroniques, l'identification de toutes les exigences de conservation obligatoire associées aux courriers électroniques doit d'abord être effectuée. Quels que soient ses autres fondements juridiques, une période de conservation à court terme généralisée, sans disposition prévoyant toutes les exceptions juridiques requises, constitue une proposition risquée. Pour les entités qui s'occupent d'activités très réglementées, la non-conservation des courriers électroniques concernant les activités principales et réglementées pourrait s'avérer très coûteuse en termes de sanctions réglementaires et juridiques,¹²⁵ ce qui, dans les cas les plus graves, pourrait supprimer le droit de l'entité à mener ses activités.

7.2. Conservation facultative des courriers électroniques

Même dans les affaires ou les juridictions où la conservation des courriers électroniques n'est pas exigée par la loi, leur conservation peut être régie par des facteurs juridiques importants. Il est absolument certain que, dans de nombreuses juridictions, y compris dans la plupart des principales juridictions d'Europe, d'Amérique du Nord et de la région Asie-Pacifique, les courriers électroniques représentent un moyen viable de conclure des contrats et d'effectuer des transactions commerciales, ainsi que toutes autres transactions entraînant des obligations légales. Cette viabilité comprend la présentation des courriers électroniques devant les tribunaux de ces juridictions pour prouver et exécuter ces obligations. Il est également clair que les courriers électroniques peuvent être présentés comme preuve contre leur auteur ou leur détenteur dans les procédures civiles et pénales. Aucun de ces facteurs n'exige absolument la conservation des courriers électroniques pour une période donnée ; cependant, si des discussions et des transactions importantes, de quelque sorte que ce soit, sont effectuées par courrier électronique et s'il y a de grandes chances qu'elles soient sujettes à des litiges juridiques ou qu'elles doivent être prouvées devant un système juridique, le détenteur les supprime à ses propres risques. Dans ce cas, de manière analytique, les courriers électroniques sont identiques à toute autre preuve

¹²⁵ Voir, par ex., CIO Update, cioupdate.com, *S.E.C. Slaps Wall Street Over E-Mail* (3 décembre 2002) (Cinq maisons de courtage importantes aux États-Unis ont reçu une amende de 8,25 millions de dollars pour ne pas avoir conservé les communications par courrier électronique entre les courtiers et les autres parties au sujet de l'analyse des actions).

documentaire nécessaire ou souhaitable pour obtenir gain de cause et sont donc soumis aux mêmes considérations de conservation, et idéalement, à la même période de conservation.

L'étude du bien-fondé de la conservation des courriers électroniques à long terme quand cette dernière est facultative, mais utile pour des raisons juridiques ou professionnelles, constitue donc aussi une étape nécessaire dans la mise au point d'une politique de conservation. La conservation des courriers électroniques, dans ce cas, est une question complexe, qui implique la prise en compte et l'analyse d'un certain nombre de questions, notamment les besoins professionnels, différentes situations à risques potentielles, telles que des actions en justice et des mesures réglementaires, ainsi que des facteurs juridiques tels que les lois sur la prescription ou autres lois relatives à la gestion des risques. En outre, la conservation facultative des courriers électroniques doit être étudiée en tenant compte des lois sur le respect de la vie privée et autres facteurs similaires.

7.3. Conservation électronique pour une période donnée ou conservation électronique fonctionnelle

Étant donné ces facteurs, une politique de conservation et de suppression des courriers électroniques conformément à un délai arbitraire unique, et ce, sans dispositions prévoyant la séparation et la conservation des courriers électroniques importants à l'aide d'un outil, tel que le stockage de versions imprimées, fait face à d'important obstacles. Avant de choisir une période de conservation unique, plusieurs facteurs doivent être étudiés. Tout d'abord, se présente la question des dossiers importants ou juridiquement obligatoires :

- L'utilisation du système de messagerie électronique est-elle susceptible de mener à l'élaboration de dossiers ayant une période de conservation obligatoire ?
- L'utilisation du système est-elle susceptible de mener à l'élaboration de dossiers ayant une importance juridique (négociations contractuelles ou préparation de contrats, par exemple) ?

Dans l'un ou l'autre de ces cas, toute période de conservation unique choisie doit :

- Être assez longue pour couvrir toutes les périodes de conservation applicables aux courriers électroniques dans cette juridiction ; et
- Être assez longue pour couvrir la majeure partie ou la partie la plus risquée au moins de la période pendant laquelle les courriers électroniques pourraient être nécessaires pour apporter la preuve de l'existence d'un contrat ou d'autres transactions, et pour appliquer les droits légaux que le détenteur a pu acquérir, en totalité ou en partie, par courrier électronique.

Cela requiert une analyse approfondie des exigences de conservation des dossiers juridiques, des lois sur la prescription et autres législations pour s'assurer que la période choisie est suffisante sur le plan juridique.

Dans l'éventualité où la période choisie est acceptable sur le plan juridique, elle doit alors aussi satisfaire les exigences opérationnelles. Si l'organisation utilise souvent les courriers électroniques, une conservation trop courte peut, quels que soient les facteurs juridiques, compromettre certaines opérations et il peut y avoir des situations où les facteurs opérationnels exigent une conservation plus longue que celle imposée par les simples exigences juridiques. Une analyse approfondie des besoins opérationnels est donc nécessaire. Même si l'organisation ne produit pas de dossiers exigés par la loi ou d'importance juridique via son système de messagerie électronique, l'efficacité opérationnelle doit être prise en compte dans la détermination de la période de conservation unique (des défaillances importantes des activités professionnelles pourraient être causées par une période trop courte et neutraliser tous les gains ou toutes les économies obtenus grâce à cette courte période).

Ensemble, tous ces facteurs peuvent conduire à prolonger la période de conservation bien au-delà de ce qui avait été prévu au moment de la décision d'opter pour une période de conservation déterminée. Les périodes de 30 à 60 jours sont souvent vantées, mais elles sont susceptibles d'être insuffisantes au moins pour deux raisons :

- Les périodes légales de conservation applicables aux courriers électroniques vont assez souvent de cinq à dix ans et peuvent parfois être plus longues ;
- Il y a peu de chance qu'une période de 30 à 60 jours réponde aux exigences opérationnelles quand des activités importantes sont effectuées par courrier électronique ; il est plus probable que l'analyse opérationnelle révèle la nécessité d'opter pour une période d'au moins un ou deux ans.

Quand une organisation très réglementée ou une organisation œuvrant dans un domaine très risqué utilise beaucoup les courriers électroniques pour effectuer des opérations importantes, il est probable que tous les facteurs mentionnés plus haut, une fois combinés, obligent à choisir comme période de conservation des courriers électroniques la période de conservation la plus longue prévue par l'organisation. Ce résultat risque d'être très différent du résultat initialement prévu au moment où a été prise la décision d'opter pour une période unique et de réduire à néant la plupart des avantages supposés de la conservation pendant une période déterminée.

En résumé, la conservation des courriers électroniques pendant une période déterminée sans aucune option de durée de stockage pour les documents exceptionnels semble être une option viable seulement si :

- Les courriers électroniques ne sont pas utilisés pour la réalisation de transactions commerciales et réglementaires importantes ; et
- La juridiction n'a pas d'exigence juridique pour la conservation de la correspondance commerciale ; et

- Les économies réalisées grâce à la destruction des courriers électroniques après une conservation de courte durée justifient les risques légaux inhérents à cette destruction, tels que l'incapacité de faire appliquer des droits ou de prouver l'existence d'un contrat.

ou que :

- L'organisation est prête à accepter une période déterminée de plusieurs années, avec tous les coûts et problèmes connexes que cela représente.

7.4. Conservation électronique fonctionnelle

Compte tenu des périodes relativement longues concernées et du fait qu'une grande partie des courriers électroniques n'a généralement plus aucune valeur au bout de quelques heures ou de quelques jours, et devient donc inutile à des fins juridiques, le principe d'une période de conservation unique semble imposer des coûts de stockage et de recherche inutiles aux organisations qui créent ou reçoivent un grand nombre de courriers électroniques. La réponse évidente à ce dilemme est d'élaborer, pour les courriers électroniques, des classifications fonctionnelles, similaires ou identiques à celles des documents papier ou des autres documents électroniques, puis d'effectuer la conservation et la destruction des courriers électroniques en fonction de cette classification. Cela entraîne une économie de coûts parce qu'une grande partie des courriers électroniques est rapidement détruite, tandis que d'autres messages importants du point de vue juridique ou fonctionnel sont conservés. Les recherches visant à retrouver les objets désirés sont plus faciles parce que tous les courriers électroniques conservés sont classés dès leur réception ou peu après.

Cependant, la réalité n'est pas aussi simple.

- Au vu de la technologie existante au moment de la rédaction de ce document, les solutions logicielles qui permettent de classer automatiquement les courriers électroniques ne sont pas assez fiables ;
- La classification manuelle de millions de courriers électroniques, même effectuée d'une manière très efficace, demande des ressources importantes en termes de temps passé par le personnel ;
- La classification répartie entre les utilisateurs finaux (par rapport à une classification centralisée effectuée par des employés spécialisés) peut s'avérer irrégulière ou de mauvaise qualité ;
- La classification par des employés spécialisés sera probablement impossible dans de grandes organisations, étant donné le volume de courriers électroniques concernés.

Tous ces facteurs combinés pourraient rendre la conservation électronique fonctionnelle à la fois plus coûteuse et moins efficace que dans l'idéal. Plusieurs dispositifs peuvent être employés pour optimiser le système et rendre la saisie des métadonnées plus efficace et plus rentable : titres standard et autres identificateurs, fenêtres instantanées optimisées avec catégories

présélectionnées, etc. De nombreux dispositifs de ce type sont actuellement disponibles dans les outils logiciels. Ces dispositifs ont cependant leurs propres coûts et problèmes :

- Toute les règles qui exigent que les utilisateurs utilisent un format standard pour leurs courriers électroniques doivent faire l'objet de formations et d'apprentissages (activités coûteuses) et donneront les mêmes résultats que si ces utilisateurs saisissent leurs données eux-mêmes ;
- De par leur nature, les courriers électroniques ne peuvent pas faire l'objet de règles rigoureuses de classification. Un courrier électronique peut très bien, tout comme un appel téléphonique, concerner plusieurs sujets ; et de nombreux courriers électroniques sont écrits de manière tellement informelle que seules les personnes qui ont participé à l'échange en comprennent le contenu ;
- L'imposition de règles de rédaction ou d'utilisation pour éviter ces problèmes nuira fortement à l'utilité des courriers électroniques comme moyen de communication, et imposera un coût, en matière de temps passé à rédiger des courriers électroniques de manière formelle ;
- Toute limitation du logiciel limite la précision des résultats et le logiciel en question est seulement utile si le personnel l'utilise réellement. Si le logiciel est un tant soit peu difficile à utiliser, il représentera en lui-même un obstacle important ;
- Toutes les règles de conservation fixées pour les courriers électroniques doivent correspondre à celles utilisées pour les objets fonctionnels similaires sur d'autres supports ou dans d'autres formats ; il faudra donc que le logiciel de messagerie électronique soit en mesure d'appliquer les règles de conservation ou qu'il existe une interface entre le programme de gestion des courriers électroniques et l'outil utilisé pour gérer la conservation des autres objets de données.

Ainsi, comme la conservation non classifiée, la conservation fonctionnelle des courriers électroniques est une stratégie dont les avantages doivent être soigneusement pesés par rapport aux coûts, souvent dissimulés, qu'elle entraîne.

7.5. Rôle de la conservation sur papier

Une autre solution est la conservation sur papier (impression) ou son équivalent électronique, la conservation des courriers électroniques sous forme de fichiers de traitement de texte. Cette option a d'importants avantages :

- Il n'est pas nécessaire de créer un index d'archivage ni d'indexer les systèmes de courriers électroniques. Ceux-ci sont simplement ajoutés au système d'archivage en place et se plient aux périodes de conservation existantes ;

- Aucun logiciel perfectionné de gestion des courriers électroniques n'est nécessaire ; si un logiciel de gestion des dossiers est utilisé, il peut être utilisé pour gérer les courriers électroniques de la même manière que les objets de données ;
- Les courriers électroniques associés à d'autres objets de données, tels que des contrats, peuvent être physiquement classés avec eux (ou stockés dans les mêmes dossiers ou répertoires informatiques), rendant l'examen des fichiers et autres activités similaires plus faciles et plus complets ;
- Peu ou aucune formation n'est nécessaire. La plupart des utilisateurs de courriers électroniques sont en mesure d'imprimer les courriers électroniques ou de les copier dans un fichier texte, sans recevoir de formation supplémentaire ou presque.

Cependant, il y a des inconvénients :

- Un important système de courriers électroniques signifie un grand nombre d'impressions, avec les inconvénients d'une plus grande quantité de papier (davantage de classeurs, de boîtes d'archives, etc.) pour l'organisation ;
- Le personnel peut imprimer les courriers électroniques de façon hétérogène, entraînant ainsi de mauvais résultats et une conservation non uniforme ;
- Le problème des courriers électroniques informels et des courriers électroniques à multiples sujets est toujours présent, avec les dilemmes qu'il pose en matière d'archivage ;
- Les recherches sur texte intégral et les options électroniques similaires ne sont pas disponibles avec les impressions.

Ces problèmes doivent être pesés face à la simplicité conceptuelle de cette approche. Comme pour toutes les autres options, une analyse coût/avantage doit être effectuée avant la mise en œuvre, afin de s'assurer qu'il s'agit d'une mesure viable et rentable.

7.6. Comparaison des options

Il semble qu'il n'existe aucune solution idéale de conservation des courriers électroniques. La mise en œuvre de chaque option implique des coûts et des inconvénients importants pour l'organisation. Les coûts ou les inconvénients les moins gênants dépendent d'un certain nombre de facteurs :

- La taille de l'organisation ;
- La nature des activités de l'organisation ;

- L'importance de la conservation des courriers électroniques et d'une récupération précise et complète ;
- Le volume de courriers électroniques concerné ;
- Les caractéristiques et l'adaptabilité des systèmes de messagerie électronique et des autres technologies existantes ;
- Les fonds disponibles pour l'achat et la mise en œuvre de solutions technologiques et la volonté d'acheter et de mettre en œuvre des solutions coûteuses et complexes ;
- Le savoir-faire des utilisateurs, ainsi que leur volonté et leur capacité à respecter les règles imposées par la solution.

7.6.1. Périodes de conservation

Pour certaines organisations (tous types de petites organisations, organisations qui n'utilisent pas beaucoup le courrier électronique, organisations dotées de processus d'affaires simples ou organisations gérant et recevant relativement peu de courriers électroniques), la conservation pendant une période déterminée, même pendant plusieurs années, peut entraîner des inconvénients insupportables. Le volume de courriers électroniques peut aisément rentrer sur le disque dur des ordinateurs et les recherches complexes pour récupérer d'anciens courriers électroniques (beaucoup moins probables pour ces organisations que pour les organisations plus importantes et plus complexes) pourront être aussi bien gérées.

Pour les organisations importantes et complexes, il est peu probable qu'une conservation non classifiée pour une période déterminée, sans processus de repérage, constitue une option viable. Une organisation très importante peut très bien créer et recevoir des centaines de millions ou de milliards de courriers électroniques chaque année et créera et recevra sans aucun doute des courriers électroniques ayant une très haute importance du point de vue juridique et opérationnel dans le cadre de ses activités. Si cette organisation est une multinationale, certains de ces courriers électroniques, au moins, seront soumis à des lois exigeant leur conservation pour une longue période. Le coût des infrastructures et des matériels connexes relatifs à la conservation de tous les courriers électroniques pendant cinq ans, dix ans ou plus peut s'avérer prohibitif et la recherche non rigoureuse dans une telle quantité de courriers électroniques peut s'avérer impossible. D'un autre côté, le tri et l'indexation de cette même quantité de courriers électroniques à des fins de conservation seront aussi effrayants. L'ampleur du problème augmente avec la taille, la complexité et l'environnement juridique de l'organisation en question.

Des organisations plus importantes, plus complexes, fortement réglementées ou œuvrant dans un domaine très risqué peuvent donc avoir un choix à faire en ce qui a trait à la modularité et à la complexité de la sauvegarde des courriers électroniques. La reproduction d'un dispositif d'archivage des dossiers sur papier sur un système de messagerie électronique peut avoir un coût prohibitif ou être impossible à mettre en œuvre ; la modularité insuffisante peut entraîner la perte de litiges juridiques ou de graves violations de la loi. Une version simplifiée du système sur

papier, associée à une version elle aussi simplifiée des règles de conservation peut représenter une solution satisfaisante quant au rapport coût/avantage, voire la seule option pratique possible. Il n'existe aucune catégorie précise d'organisations et aucun critère analytique déterminé permettant d'appliquer arbitrairement un ensemble théorique de règles ; en fin de compte, les niveaux de modularité et de complexité nécessaires doivent être déterminés en fonction d'une analyse de l'organisation en question, de ses besoins, de son budget, de sa tolérance aux risques, de sa capacité à mettre en œuvre une solution donnée et de nombreux autres facteurs.

7.6.2. Conservation sur papier ou conservation électronique

Pour les petites organisations ou celles qui ont des besoins simples, la conservation des courriers électroniques sous forme de fichiers imprimés ou de fichiers de traitement de texte peut être tout à fait satisfaisante. Ces organisations peuvent également être totalement satisfaites d'une simple conservation électronique, impliquant la création de multiples dossiers de courriers électroniques dans lesquels les utilisateurs pourront copier et déplacer les courriers électroniques, avec une mise en œuvre manuelle de règles de conservation simples. Les organisations plus importantes et plus complexes trouveront certainement ces solutions moins satisfaisantes. Mises en œuvre et appliquées de manière appropriée, ces solutions n'imposent aucun obstacle théorique à une gestion efficace des courriers électroniques. Leur mise en œuvre uniforme à grande échelle et dans un environnement géographique diversifié peut néanmoins poser certains problèmes. Cependant, sans financement et sans volonté d'achat et de mise en œuvre d'une solution technologique complexe et importante, il se peut que les conservations par l'impression des documents ou par leur déplacement dans des dossiers informatiques soient les seules options possibles.

Pour les organisations fortement réglementées ou œuvrant dans un domaine très risqué, l'indexation modulaire et complexe à l'aide d'outils logiciels de pointe et l'imposition de règles de gestion appliquées de manière systématique et rigoureuse peut constituer la seule option réaliste, quels que soient les coûts connexes. Les organismes de réglementation et les autres autorités juridiques peuvent exiger la présentation des courriers électroniques, et les peines encourues en cas de non-présentation peuvent être très sévères, pouvant aller jusqu'à des accusations criminelles très sérieuses s'il semble que le courrier électronique non présenté ait été détruit pour dissimuler une preuve de mauvaise conduite. Bien que cela n'empêche pas la mise en place d'un système de conservation des courriers électroniques sur papier, ces types de systèmes devront certainement être intégrés avec des outils de recherche sous forme de dispositifs ou de logiciels d'indexation afin de permettre une capacité de gestion et de recherche suffisante pour répondre aux exigences strictes, propres aux réglementations et aux litiges. La seule solution pour répondre à ces demandes pourra être la mise en œuvre d'un système de pointe de gestion des courriers électroniques, permettant d'effectuer toutes les recherches éventuelles.

8.0. Le mot de la fin

L'absence de solution idéale applicable dans tous les cas oblige les organisations à envisager la gestion des courriers électroniques en analysant leurs besoins et leurs caractéristiques. En

l'absence d'informations sérieuses sur ces questions, toute solution (ou souvent, combinaison de solutions) sera moins satisfaisante qu'elle ne pourrait l'être.

Cette analyse et cette mise en œuvre n'ont pas besoin d'être effectuées à un haut niveau au sein de l'organisation. Le contrôle central modulaire des fichiers ne s'étend normalement pas aux classeurs à tiroirs personnels des bureaux ou aux disques durs personnels des ordinateurs ; en général, les organisations imposent plutôt des règles très strictes d'application ainsi que des limites ne devant pas être franchies, avec un contrôle central de niveau inférieur à l'échelle locale. En matière de règles et de limites, les unités opérationnelles et les autres entités de l'organisation sont libres d'imposer des solutions efficaces du point de vue opérationnel et pratiques du point de vue administratif. La raison pour laquelle le contrôle approfondi s'applique aux utilisateurs individuels ou aux services est simple et concise : l'unité de contrôle centralisée comprendra certainement beaucoup moins bien les besoins opérationnels de l'utilisateur et les ressources disponibles pour répondre à ses besoins que l'utilisateur lui-même. Pour de nombreuses organisations, l'approche par les règles et les limites (qui peut également être le résultat d'une combinaison d'approches et de solutions) peut s'avérer la solution la plus efficace.

Dans l'affaire *Public Citizen contre Carlin*,¹²⁶ cette question a été présentée devant une cour de révision dans le cadre de dossiers publics. Dans les remarques explicatives accompagnant la publication d'une politique de conservation des courriers électroniques, l'archiviste des États-Unis a affirmé que :

« Les agences doivent conserver leurs dossiers dans des fichiers organisés, conçus pour leurs besoins opérationnels. Les organismes ayant actuellement des fichiers traditionnels sur papier impriment leurs dossiers de courriers électroniques, leurs documents de traitement de texte, leurs feuilles de calcul et leurs rapports de base de données afin que leurs fichiers soient complets, détaillés et classés avec des dossiers apparentés. Les fonctions de l'organisme qui n'ont pas été automatisées doivent faire l'objet d'impressions sur papier, même quand certains types de documents connexes sont créés électroniquement. Les organismes qui décident de conserver leurs dossiers sur des systèmes d'archivage électronique le font en raison de besoins opérationnels inévitables, et non pour de futures recherches. Dans certains cas ... les agences créent des index automatisés des dossiers imprimés au lieu de tous les numériser. De toute manière, la décision doit être fondée sur une analyse des besoins de l'organisme et de ce que cela lui apportera, en fonction des ressources disponibles. »¹²⁷

Au cours de la révision de ce document et d'autres justifications de la politique, la cour d'appel a simplement indiqué : « [Nous pensons] que cette décision de permettre aux organismes de conserver leurs systèmes d'archivage sous la forme qui leur convient le mieux est raisonnable. »¹²⁸

¹²⁶ *Public Citizen contre Carlin*, 184 F.3d 900 (DC Cir., 1999).

¹²⁷ Remarques explicatives du *Plan général relatif aux documents 20 ; Destruction des dossiers électroniques*, 60 Fed. Reg. 44,643 (1995) at 44,644/1-2.

¹²⁸ *Public Citizen contre Carlin*, avis en II (b)(B)(1).

Cette explication et cette réponse sensées fournissent une référence et une solution pour de nombreuses organisations, quelle que soit leur taille.

FUNDED BY ARMA ED FOUNDATION

Les fonds nécessaires à cette étude ont été fournis par



ARMA International Educational Foundation

L'ARMA International Educational Foundation est une société à but non lucratif, (501(c)3, affiliée à ARMA International, principale association professionnelle au monde en matière de gestion des documents et de l'information.

Mission

L'ARMA International Educational Foundation soutient les initiatives d'enseignement et de recherche qui favorisent le perfectionnement des responsables de l'information et l'évolution de la profession. L'information consignée constitue l'âme de toute organisation moderne, mais elle est rarement traitée comme un élément fondamental, pour la principale raison qu'il existe peu de recherches destinées à créer un ensemble détaillé de connaissances nécessaires pour appuyer la gestion de l'information en tant que profession. L'objectif de l'AIEF est de répondre à ce besoin en recherchant les fonds nécessaires à la réalisation de ces recherches et en fournissant ensuite un support au moyen duquel les conclusions peuvent être testées, documentées et communiquées à la communauté des responsables de l'information.

Si vous êtes satisfait de cette publication, n'hésitez pas à apporter votre contribution au fonds de dotation de la fondation. Pour ce faire, rendez-vous sur le site Internet de la fondation, www.armaedfoundation.org, ou écrivez à l'adresse suivante :

Administrateur de la fondation/Foundation Administrator
ARMA Int'l Educational Foundation
1609 Terrie Drive
Pittsburgh PA 15241
USA

Des renseignements supplémentaires sur la fondation sont disponibles à l'adresse



Base de données nationale des organisations à but non lucratif :

http://www.guidestar.org/search/report/gs_report.jsp?ein=31-1556655

Tous les commentaires concernant cette publication et toutes les suggestions de recherche sont les bienvenues. Veuillez les adresser à l'administrateur de la fondation.