

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DU CANADA

SECTION DE DROIT CIVIL

**LES TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES ET LA LOI UNIFORME SUR COMMERCE
ÉLECTRONIQUE**

John D. Gregory

Ontario

Veillez noter que les idées et conclusions formulées dans ce document, ainsi que toute terminologie législative proposée et tout commentaire ou toute recommandation, n'ont peut-être pas été adoptés par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Ils ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Conférence et de ses délégués. Veuillez consulter les résolutions concernant ce thème qui ont été adoptées par la Conférence lors de la réunion annuelle.

Winnipeg, Manitoba

Août 2011

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES ET LA LOI UNIFORME SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

[1] Une grande partie du statut juridique des communications électroniques au Canada se repose sur des lois fondées sur la Loi uniforme sur le commerce électronique,¹ adoptée en 1999 («la Loi uniforme»), inspirée par la Loi type des Nations Unies sur le commerce électronique² («la Loi type»). Toutes les provinces de common law, le Yukon et le Nunavut ont adopté la Loi uniforme, comme le montre le tableau au site web de la CHLC.³ Québec a adopté sa *Loi sur le cadre juridique des technologies de l'information*⁴ en 2001, principalement basée sur les principes de la Loi type mais sans employer la Loi uniforme comme modèle. La partie pertinente de la *Loi (fédérale) sur la protection de renseignements personnels et des documents électroniques*, (LPRPDE)⁵ a été inspiré par la version de la Loi uniforme disponible à la mi-1998 lorsque la loi fédérale a été préparée, même si certaines variations importantes y ont été importées.

[2] Le but de la Loi uniforme, et donc de la plupart des lois canadiennes, était d'éliminer les obstacles à l'utilisation des communications électroniques et de donner à ces communications des conséquences juridiques certaines. Les lois n'avaient pas l'intention de réglementer leur utilisation. Elles visaient à nous rassurer que les règles juridiques qui semblaient exiger l'emploi de l'encre et du papier, en se servant de mots comme « par écrit » ou « signature », ne barraient pas la route aux communications électroniques. Elles l'ont fait en établissant un « équivalent fonctionnel » aux exigences de forme existantes. Les communications électroniques qui effectuaient la fonction spécifiée ont été censées satisfaire aux exigences de forme.

[3] Ces principes étaient nouveaux au milieu des années 1990 quand la CNUDCI les a développés dans la Loi type. Les gens ne savaient pas s'ils aient l'effet juridique voulu ni qu'il soit prudent de leur donner une application étendue. La Loi type permet donc des exceptions à la mise en œuvre de ses règles, mais il ne précise pas ce que ces exceptions devraient être. Ainsi les articles 6 (sur l'exigence de l'écrit), 7 (sur les signatures) et 8 (sur les originaux) contiennent tous une phrase qui se lit, «Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : ...». Il revenait à chaque pays qui a mis en œuvre la Loi type de décider de la portée de la règle et des exceptions d'y faire.

[4] Pour décider sur les domaines qu'il valait mieux inclure dans la Loi uniforme ou laisser

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

de côté, le Canada devait examiner les deux principales caractéristiques de la Loi type et de la Loi uniforme: les deux textes étaient minimalistes et ils étaient technologiquement neutres. Ils déclaraient leurs règles d'équivalence fonctionnelle mais ne précisait pas la manière de les atteindre, ni la technologie à employer à cette fin. (La loi du Québec est moins minimaliste mais toujours technologiquement neutre. Des parties de la LPRPDE ne sont pas technologiquement neutres.) Il incombait aux parties aux communications électroniques de décider ce qui était prudent. Tout comme un contrat écrit en crayon sur un mouchoir Kleenex, signé par un X, peut être un contrat juridiquement valable, mais il est peu probable qu'il soit acceptable dans la pratique commerciale, ainsi certains types de communications électroniques ne pourront pas satisfaire aux considérations commerciales normales. La législation ne fait pas ce choix pour les utilisateurs.

[5] À cause de ces considérations, la Conférence pour l'harmonisation des lois a exclu de la Loi uniforme un certain nombre de communications: les testaments, les fiducies testamentaires, des procurations personnelles et des transferts immobiliers qui nécessiteraient l'enregistrement pour être opposable aux tiers. Ces documents ont en commun qu'ils sont souvent préparés par des gens sans conseil juridique; ces personnes peuvent aussi en savoir très peu sur les caractéristiques d'un document électronique sécurisé. Il pourrait être trop risqué de laisser à ces personnes la décision sur la pratique prudente. En effet la Conférence a considéré le risque trop élevé que des gens créent un document sans validité parce que pas assez sécurisé, et que des documents frauduleux bénéficient d'une crédibilité excessive dans ce monde de documents à format libre créés par les non-juristes.⁶

[6] En outre, ce n'est pas tout le monde qui est capable d'apprécier les risques d'acheter de l'immobilier sans enregistrement. La plupart des provinces au moment de l'adoption de la Loi uniforme n'avaient pas d'enregistrement électronique de l'immobilier, et le régime de l'Ontario, par exemple, était étroitement contrôlée en ce qui concernait l'accès au registre et la technologie employée. Ainsi les documents qu'on aurait pu créer pour les transactions immobilières se seraient heurtés à des barrières à l'enregistrement en tout cas. La décision de la Conférence pour l'harmonisation des lois d'exclure ces transferts a fait écho des décisions dans le même sens dans les lois alors récentes en Australie (voir par exemple le règlement en vertu de l'*Electronic Transactions Act, 2000*⁷ de la New South Wales) et Singapour (voir l'art 4 et à l'annexe 1 de la *Electronic Transactions Act*.⁸)⁹

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES ET LA LOI UNIFORME SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

[7] Récemment, un certain nombre de gens ont demandé si l'exclusion de l'immobilier est encore nécessaire, si elle l'a jamais été. La Loi uniforme et ses lois de mise en œuvre provinciales devraient-elles être modifiées afin de supprimer cette exception, pour que la législation s'applique aux transferts de biens immobiliers? Le présent document soutient que la Loi uniforme devrait être modifiée afin de supprimer son exception pour ces transferts. Voici quelques-unes des considérations pertinentes.

[8] D'abord, nous devons apprécier la portée limitée de l'exception. La Loi uniforme prévoit que là où la loi exige qu'un document soit un écrit ou un original, l'exigence peut être satisfaite par un document électronique de certaines caractéristiques. Une exigence de signature peut toujours être satisfaite par une signature électronique. Ainsi, si la loi ne requiert aucun de ces formats, l'effet juridique des communications électroniques ne dépend pas de la législation calquée sur la Loi uniforme.

[9] Notre loi n'exige que rarement l'écrit ou la signature. Comme une question de prudence en affaires, les gens ont tendance à «l'obtenir par écrit», et les signatures sont largement utilisées pour l'authentification et à des fins cérémonielles, pour faire comprendre aux gens qu'ils font quelque chose qui peut avoir des conséquences sérieuses. Tout comme la prudence en affaires amènent les gens à exiger ces pratiques, la prudence en affaires peut déterminer si et comment ils les exercent par voie électronique.

[10] Cependant il y a des lois qui exigent l'écrit dans les transactions immobilières. En particulier la *Loi relative aux preuves littérales*,¹⁰ qui a son équivalent dans les ou la plupart des ressorts de common law, prévoit qu'un intérêt immobilier doit être constitué par un écrit signé par les parties. Cette loi était bien présente à l'esprit des rédacteurs de la Loi uniforme. La *Loi relative aux preuves littérales* s'applique à la création de l'intérêt foncier, mais pas à la négociation qui mène à cette création. Aucun des documents et de la correspondance préparatoires ne doit être écrit.

[11] La deuxième considération porte sur notre compréhension des exigences de l'écrit. Lorsque la Loi type et la Loi uniforme ont été rédigées, il était du moins discutable si les communications électroniques pourraient être considérées comme des «écrits» à des fins juridiques. Les deux lois ont été créées selon le principe que «l'écrit» signifiait «sur papier» (ou

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

tout autre support matériel), et une communication électronique n'était donc pas écrite. Étant donné l'incertitude sur ce point, il était logique de lever le doute en précisant les limites du concept.

[12] Depuis ce temps, cependant, les communications électroniques nous sont devenues beaucoup plus familières. Les tribunaux de plusieurs pays de common law ont statué que les communications électroniques satisfont à leur version de la *Loi relative aux preuves littérales* et les exigences de la signature sans aucun support législatif. La Cour du Banc de la reine de l'Alberta en *Leoppky v Meston*¹¹ a trouvé une série de courriels capable de constituer un transfert exécutoire d'une maison (bien que selon la preuve, l'intention de transmettre n'était pas présente). La Cour n'a pas mentionné l'*Electronic Transactions Act*¹² de l'Alberta, qui en tout cas ne s'applique pas aux transferts de biens-fonds (article 7 (e)).

[13] Malgré notre meilleure compréhension des principes de la common law qui permettent d'accepter l'écrit et la signature électroniques, la présence de l'exception prévue dans la Loi uniforme continue à créer de l'incertitude sur l'état du droit. Ceux de la communauté des affaires, le milieu de la réglementation, et ailleurs qui n'aiment pas le risque continuent à signaler l'exception comme une source de doute et de confusion. Cela limite considérablement la capacité des gens de se fier aux communications électroniques, qui à son tour empêche le progrès et l'adoption de pratiques plus efficaces et plus convenables dans ce domaine.

[14] La troisième considération est que ce n'est pas tous les territoires canadiens qui ont exclu les transferts immobiliers de leur loi cadre du commerce électronique. Nouveau-Brunswick n'a pas mis d'exclusion dans sa *Loi sur les opérations électroniques*.¹³ Le Manitoba n'a pas exclu des intérêts immobiliers.¹⁴ La loi du Québec sur le cadre juridique ne fait pas mention des biens immobiliers. Le fonctionnement de la loi sur ce point dans ces provinces n'a pas créé de problèmes, à ma connaissance. Plus radicalement, l'Île du Prince Édouard¹⁵ et Terre-Neuve et Labrador¹⁶ ont d'abord adopté la Loi uniforme avec l'exception des transferts des biens-fonds, pour ensuite abroger l'exception afin de faciliter leur nouveaux systèmes d'enregistrement foncier électronique. L'équivalent américain de la Loi uniforme, l'Uniform Electronic Transaction Act¹⁷ (UETA) n'excluait pas le transfert des immeubles. Elle a laissé la question de l'enregistrabilité aux responsables des registres immobiliers.

[15] D'ailleurs la CNUDCI a réexaminé la question de l'effet juridique de communications

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES ET LA LOI UNIFORME SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

électroniques dans la Convention sur les communications électroniques¹⁸ en 2005. La confiance en l'utilisation de ces communications, et en la 'solution' de la CNUDCI pour éliminer les obstacles à leur usage, avaient grandi au point où la Convention rendrait obligatoire pour les États membres les dispositions que la Loi type avait tout simplement laissées à l'adoption ou l'adaptation. Ce qui plus est, la Convention définit les exceptions à ses règles, contrairement à la Loi type. Aucune exception n'est donnée pour les transactions touchant les immeubles, bien qu'une telle disposition ait été suggérée pendant les discussions préparatoires du Groupe de travail. La CNUDCI a décidé que, puisque certains pays avaient déjà permis le transfert électronique des immeubles, il n'y avait pas de principe global contre de telles transactions. Chaque pays pourrait les exclure, s'ils le voulaient, par une réserve en vertu l'article 19.¹⁹

[16] La Loi uniforme et les lois qui la mettent en œuvre prévoient qu'elles donnent la priorité à n'importe quelle autre loi qui autorise, interdit ou réglemente les communications électroniques (article 2 (5)). Le but de cette disposition était d'éviter un conflit entre l'autorisation généralisée de la Loi uniforme et les lois existantes qui avaient déjà créé un régime légal pour les documents électroniques ou pour le dépôt électronique. Cette disposition ouvre la voie à des lois spécialisées sur l'enregistrement électronique et assure que même une permission générale de satisfaire les exigences d'écrit et la signature des transferts immobiliers ne permettrait pas l'enregistrement électronique sans se conformer aux règles du registre. Cela dit, comme on l'a noté, l'IPE et TNL ont abrogé leur exception pour ouvrir la voie à l'enregistrement électronique.

[17] Certaines provinces interprètent l'exception légale dans ce sens, que seuls les documents qui doivent être enregistrés sont exclus du cadre de la Loi uniforme. Ainsi, dans un système qui a des formulaires prescrits pour l'enregistrement, tout autre document créant un intérêt foncier seraient quand même couvert par la Loi uniforme. Ce n'est pas une lecture incontournable de la loi, puisque elle prévoit que les documents non enregistrables ne sont pas non plus opposables aux tiers. Le but de l'exception était de protéger les acheteurs contre des réclamations de la part d'acheteurs ultérieurs (c'est-à-dire des tiers), soit parce que les acheteurs originaux ne savaient pas que la transaction devait être enregistrée (par le document concerné ou un autre), soit parce que le transfert électronique n'était pas en forme enregistrable et en l'absence d'enregistrement, le vendeur revend à quelqu'un d'autre.

[18] Cependant, même si la loi sur l'enregistrement se repose sur des formats spéciaux de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

documents ou sur des instructions spéciales d'un utilisateur autorisé du système (généralement un avocat pour l'une des parties), il peut être utile que l'obligation juridique sous-jacente ait force exécutoire, bien que sous forme électronique. Par ailleurs, certains régimes des titres fonciers ou des systèmes de registre, comme celui de l'Ontario, permet l'enregistrement même de documents non normalisés. Par conséquent, un format auto-créé n'empêcherait pas que les parties soient protégées par le registre.²⁰

[19] D'autres avantages importants découlent d'un recours à la Loi uniforme, au delà de la satisfaction des exigences de l'écrit et de la signature. La Loi uniforme offre également des dispositions qui appuient l'usage de documents électroniques, comme la validation des contrats électroniques (art. 20), le soutien à l'utilisation d'agents électroniques (art. 21), la capacité de corriger les erreurs (art. 22) et les présomptions au sujet de la date et le lieu d'envoi et de réception de message électronique (art. 23). Ces articles sont tous utiles en ce qui concerne les contrats touchant l'immobilier. La protection du destinataire où l'information doit lui être fournie (art. 8, 9 et 12) serait également la bienvenue en rapport aux documents de transfert des immeubles. Aucun de ces dispositions ne s'applique tant que la loi exclut les transactions immobilières.²¹

[20] La plupart des articles de la partie 2 de la LRPDE ne s'appliquent qu'aux lois et règlements spécialement désignés en vertu de la Loi. Il est intéressant que la seule loi fédérale à laquelle elle s'applique, plus de onze ans après son entrée en vigueur, soit la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*.²² Il peut y avoir une demande réelle pour les transferts électroniques de biens immobiliers.

[21] La politique de la Loi uniforme était claire dès le début que l'exclusion des transferts de terrains ne signifiait point que ces transferts ne devraient jamais être faits sur support électronique, mais seulement qu'ils auraient besoin de sécurité supplémentaire. «Le principe de l'exclusion ... indique plutôt que [ces documents] nécessitent des règles plus précises ou de plus grandes précautions pour leurs utilisateurs que les règles et précautions énoncées dans une loi générale comme la Loi uniforme.»²³ Une des principales préoccupations était de savoir l'effet juridique d'une loi d'envergure générale sur le registre foncier électronique en l'absence d'encadrement réglementaire. Bien que ce risque ait pu être plus imaginaire que réel, les provinces ont depuis eu l'occasion de mettre en place les règles spécifiques qu'elles estimaient nécessaires.

TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES ET LA LOI UNIFORME SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

[22] L'usage chez les praticiens semble aussi avoir évolué depuis l'adoption de la Loi uniforme. Des documents traitant de l'immobilier sont souvent échangés par fax, et des transactions sont achevées en se fiant aux documents télécopiés. Pourtant, les télécopies sont essentiellement des documents électroniques, et une signature par télécopieur n'est pas plus fiable qu'une signature numérisée qui reproduit la version manuscrite par des moyens électroniques. En outre, les transmissions par fax sont parfois mal reçues ou difficiles à lire. On sait que les banques font du financement hypothécaire en se fiant aux documents en Portable Document Format (PDF), souvent en attendant des documents signés sur support papier à suivre - mais l'argent passe sur foi de la version électronique (et sans doute de la présence d'autres mesures de sécurité considérables et exécutoires).

[23] La plupart des transferts d'immeubles ne se font pas par des gens agissant seuls. S'ils n'ont pas d'avocat, ils font généralement confiance à un ou même deux agents immobiliers, qui sont des professionnels agréés tout à fait capables de veiller à des questions élémentaires de sécurité, et qui bien sûr savent la nécessité d'enregistrer des intérêts créés. De même la plupart des transferts de l'immobilier impliquent un intermédiaire financier qui est également conscient des exigences procédurales. Le risque de fraude, disons par la création de plusieurs accords de transfert qui ne se tiennent, n'est probablement pas plus élevé pour les transactions sur support électronique que pour les documents papier. (Les divers incidents de fraude hypothécaire au cours des dernières années n'ont pas dépendu en particulier de documents électroniques. La clé habituelle de la fraude est une mauvaise identification des parties ou de leurs actifs, et non la manipulation du texte des documents.)²⁴

[24] À la lumière de ces considérations de droit, de politique et de pratique, on peut bien conclure que l'exclusion des transferts de biens immobiliers de la Loi uniforme et de ses lois de mise en œuvre provinciales et territoriales ne se justifie plus. Compte tenu de la jurisprudence, on pourrait penser que la loi se laisserait de côté, tout simplement. La *Loi relative aux preuves littérales* semble reconnaître les communications électroniques - bien qu'un seul arrêt canadien ait statué dans ce sens, et ce d'un tribunal de première instance. Toutefois, l'exclusion reste toujours un message, pas tout à fait une interdiction, mais un avertissement, un statut spécial, qui cause de la confusion et de l'incertitude en ce qui concerne les règles applicables et qui mène donc à la suppression de l'innovation. L'exclusion empêche aussi le recours aux autres éléments constructifs de la Loi. Il est temps que cela change.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA

[25] **Recommandation:** La Loi uniforme devrait être modifiée pour en abroger s.2 (3) (d).

RÉSOLUTION:

Que l'alinéa 2 (3) (d) de la Loi uniforme sur le commerce électronique soit abrogé.

¹ Loi uniforme sur le commerce électronique, [1999] *Compte rendu de la réunion de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, page 414, en ligne: <http://66.51.165.111/fr/us/index.cfm?sec=1&sub=1u1>.

² http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

³ Le tableau est en ligne : <http://66.51.165.111/fr/cls/index.cfm?sec=4&sub=4b>

⁴ L.R.Q. ch. C-1.1, en ligne :

http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_1_1/C1_1.htm.

⁵ L.C. 2000 c. 5, en ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/P-8.6/index.html>

⁶ On imaginait à l'époque la personne qui se présente à un enterrement et qui sort de sa poche une disquette (l'image date de 1999) qu'elle prétend contenir une version jusqu'ici inconnue du testament de l'oncle Henri.

⁷ S.N.S.W. 2000 ch. 8, en ligne: http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/eta2000256/. Electronic Transactions Regulation 2007 – Reg 7, en ligne:

http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_reg/etr2007347/s7.html.

⁸ *Electronic Transactions Act*, Singapore, à l'origine Revised Statutes of Singapore 1999 ch. 88, renouvelée en 2010 ch. 16, en ligne: <http://bitly.com/bJof9X>.

⁹ La Loi uniforme excluait aussi des titres négociables, pour les raisons différentes.

¹⁰ S.R.O. 1990 ch. S-19.

¹¹ ABQB 45, en ligne: <http://www.canlii.org/en/ab/abqb/doc/2008/2008abqb45/2008abqb45.html>.

¹² S.A. 2001 ch. E-5.5, en ligne: <http://www.canlii.org/en/ab/laws/stat/sa-2001-c-e-5.5/latest/sa-2001-c-e-5.5.html>

¹³ *Loi sur les opérations électroniques*, L.N-B. 2001, ch. E-5.5, en ligne: <http://www.canlii.org/fr/nb/legis/lois/lb-b-2001-c-e-5.5/53654/lb-b-2001-c-e-5.5.html>.

¹⁴ *Loi sur le commerce et l'information électroniques*, CPLM ch. E55, en ligne:

<http://www.canlii.org/fr/mb/legis/lois/cplm-c-e55/derniere/cplm-c-e55.html>.

¹⁵ *Electronic Commerce Act*, R.S.P.E.I. 1988 ch. 4.1. Modifiée par S.P.E.I. 2004 ch. 29 art.1 pour abroger l'exception qui a rapport aux transferts de terrains de l'article 2(3)(d) de cette loi.

¹⁶ *Electronic Commerce Act*, S.N.L. 2001 c. E-5.2. Modifiée par S.N.L. 2009 ch. R-10.01 art. 42 pour abroger l'exception qui a rapport aux transferts de terrains de l'article 4(1)(d) de cette loi.

¹⁷ Uniform Electronic Transactions Act, 1999, en ligne:

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

¹⁸ CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux*, 2006, en ligne : http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf.

¹⁹ *Ibid.*, page 35, paragraphes 82 et 83

²⁰ *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990 ch. L.5, art 82. L'article 21 de la *Loi portant réforme à l'enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990 ch. L-4, prévoit que «les documents électroniques qui ont pour effet d'aliéner, notamment par création ou cession, un domaine ou un droit sur un bien-fonds n'ont pas à être sous forme écrite ni signés par les parties. Ces documents valent ceux qui sont sous forme écrite et sont signés par les parties.», malgré la *Loi relative aux preuves littérales* ou toute autre loi ou toute règle de droit. L'exception dans la version ontarienne de la Loi Uniforme peut avoir peu d'effet à côté de cette disposition. Cependant, même cette disposition générale n'offre pas les avantages mentionnés dans le paragraphe suivant du texte.

²¹ Au Manitoba, les dispositions touchant «l'équivalence fonctionnelle» de sa loi n'ont pas été proclamées en vigueur, mais les règles de validation des contrats sont en vigueur depuis 2000 pour les transferts des immeubles comme pour les autres contrats.

²² L.C. 1991 ch. 50, en ligne : <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/F-8.4.pdf>

²³ Voir les commentaires à propos de l'article 2 de la Loi uniforme dans le Compte rendu de 1999 cité dans la première note, à la page 420. Ce commentaire ne paraît pas être en ligne en ce moment.

²⁴ Voir par exemple le site de la Lawyers' Professional Indemnity Corporation (LAWPRO) de l'Ontario, surtout la section sur la fraude immobilière, en ligne (en anglais seulement) : <http://www.practicepro.ca/practice/fraud.asp>