

La preuve par document technologique

Claude FABIEN*

Résumé

Adoptée et entrée en vigueur en 2001, la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information a substantiellement modifié le Code civil du Québec pour y faire entrer la preuve par document technologique. L'auteur applique à cette loi une grille d'analyse civiliste pour en saisir le sens et la portée et pour vérifier dans quelle mesure le « document technologique » s'intègre harmonieusement dans le système de preuve du droit civil. Le bilan est mixte. Certains traits de la réforme sont tout à fait réussis, alors que d'autres laissent voir des difficultés qui ne paraissent pas entièrement résolues.

Abstract

The Act to establish a legal framework for information technology, which was adopted and came into force in 2001, has significantly amended the Civil Code of Québec in order to introduce evidence by means of "technology-based documents". Using a civil law analytical framework, the author examines the Act with a view to understand its meaning and scope, and to determine the extent to which technology-based documents have well integrated the civil law system of evidence. The assessment is mixed. Some elements of the reform are no doubt successful, while others raise difficulties that seem to remain unsolved.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et avocat.

Plan de l'article

Introduction	537
I. Réussite de l'intégration du document technologique	543
A. Mécanisme de l'intégration par assimilation.....	543
1. Fondement	545
a. Notions de <i>document</i> et de <i>document technologique</i>	545
b. Principes de neutralité et d'équivalence	548
2. Application	551
a. Document qualifié d'écrit	551
b. Document qualifié d'élément matériel.....	555
c. Document support d'un témoignage	556
B. Conséquences de l'assimilation.....	559
1. Recevabilité du document technologique comme moyen de preuve.....	559
a. Preuve d'un fait.....	559
b. Preuve d'un acte.....	561
2. Appréciation de la force probante du document technologique	565
a. Force comme écrit.....	566
b. Force comme élément matériel	568

II. Difficulté de l'intégration du document technologique	569
A. Recevabilité du document quant à sa fiabilité	569
1. Écrit instrumentaire signé.....	570
a. Notions d' <i>authenticité</i> et d' <i>intégrité</i>	571
b. Présomption légale d'intégrité	572
c. Contestation de la présomption	574
d. Authenticité quant à la source du document	579
2. Écrit instrumentaire non signé.....	584
3. Élément matériel.....	586
4. Témoignages extrajudiciaires	590
B. Recevabilité de la preuve du document technologique	595
1. Le document source est un écrit	596
a. Meilleure preuve du document technologique.....	596
b. Preuve secondaire du document technologique.....	602
c. Coexistence du document technologique et du papier.....	603
2. Le document source est un élément matériel.....	605
a. Meilleure preuve du document	606
b. Preuve secondaire du document	607
Conclusion	608

Le document technologique a surgi dans l'univers, habituellement paisible, du droit civil de la preuve en 2001, avec l'entrée en vigueur de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹. L'un des effets de cette Loi a été de faire apparaître dix dispositions nouvelles dans le *Code civil du Québec*, au Livre de la Preuve. L'appellation « document technologique » est elle-même un néologisme créé par cette Loi. L'expression désigne, de façon générale, tous les supports d'information, autres que le papier, créés par la science moderne et susceptibles d'être utilisés en preuve devant les tribunaux. Le but de cette étude est de comprendre et d'évaluer cette importante réforme qui introduit la preuve par document technologique dans le système de preuve du droit civil québécois.

Comme son nom l'indique, la Loi vise à encadrer un phénomène incontournable, autant pour le grand public que pour les juristes. À la prolifération de l'information s'est ajoutée la transformation des supports de l'information. Depuis l'avènement de la photocopie, dans les années '60, la liste des « pièces » de toute nature, produites par les parties dans le procès civil, a eu tendance à s'allonger irrésistiblement et à inclure de nouveaux supports d'information. Après la photographie et le film, on a vu apparaître le microfilm, l'enregistrement sonore et visuel sur ruban magnétique, la télécopie et enfin l'informatique sur toutes ses formes. L'envahissement des technologies de l'information est aujourd'hui massif : réseau Internet, courriel, commerce électronique, échange de documents numérisés etc. Inévitablement, les produits de cette effervescence sont susceptibles de se retrouver devant les tribunaux. On s'attend, bien légitimement, à ce que le droit fournisse des solutions heureuses et adaptées à cette évolution.

La réaction du droit à ce phénomène peut s'analyser en trois temps. Dans un premier temps, le *Code civil du Bas Canada*, en vigueur jusqu'en 1994, est demeuré silencieux sur cette question. Les conditions de recevabilité et d'appréciation des formes de preuve non prévues au Code étaient laissées à la discrétion des tribunaux, qui créaient des solutions prudentes. Par exemple, une photographie ou un enregistrement était reçu en preuve, si une preuve indépendante en établissait la fiabilité. La preuve photographique d'un

¹ L.Q. 2001, c. 32, sanctionnée le 21 juin 2001 et entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2001 (ci-après appelée « la Loi » ou « Loi »), L.R.Q., c. C-1.1.

écrit pouvait être recevable à condition qu'elle soit conforme à un régime d'exception créé par la *Loi sur la preuve photographique de documents*², qui permettait notamment la réduction des archives de l'État et de certaines entreprises sur microfilm. Dans un deuxième temps, le *Code civil du Québec*, mis en vigueur en 1994, a édicté un régime particulier, intitulé « Des inscriptions informatisées », pour permettre la preuve d'un acte juridique par un document reproduisant des données inscrites sur support informatique³. Un acte pouvait désormais être prouvé par ce moyen, même dans les cas où la loi exigeait traditionnellement une preuve par écrit. Toutefois, une telle preuve demeurerait faible, puisque, selon l'article 2838 C.c.Q., elle pouvait être contredite par tous moyens. En outre, la possibilité de prouver des faits ou de simples déclarations par de tels moyens était passée sous silence. Enfin, la seule technologie envisagée était l'informatique.

Ce régime n'aura vécu que sept ans. Il a été remplacé, en 2001, par le nouveau régime présentement en vigueur, créé par la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁴. Il s'agit d'une loi considérable par sa taille. Elle compte 105 articles, qui débordent amplement le strict domaine de la preuve. Entre autres, elle édicte des normes pour le transfert, la conservation, la consultation et la transmission des documents (art. 17 à 37). Elle vise à protéger le caractère confidentiel de certains documents (art. 25 et 26). Elle édicte des causes de responsabilité civile pour certains intervenants (art. 36 et 37). Elle veut protéger la vie privée contre l'usage illégitime de banques de données biométriques constituées à des fins d'identification des personnes (art. 44 et 45). Elle crée les bases d'un éventuel système de certification (art. 51 à 62) et d'un comité pour l'harmonisation des systèmes et des normes (art. 63 à 68). Elle édicte des pouvoirs réglementaires pour le gouvernement (art. 69) et modifie une dizaine d'autres lois. Le seul volet qui retiendra notre attention est constitué des dispositions qui ont une incidence directe sur le droit civil de la preuve, c'est-à-dire une vingtaine d'articles situés principalement au chapitre 2 de la Loi ainsi que les dix articles nouveaux introduits au *Code civil du Québec* par cette Loi.

² L.R.Q. c. P-12; Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, n^o 1178-1188, p. 385.

³ Art. 2837 à 2842 C.c.Q.; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 2, n^o 468-492, p. 144.

⁴ Précitée, note 1.

On peut s'étonner que le Québec ait senti le besoin de légiférer en cette matière, si peu de temps après l'entrée en vigueur de son nouveau Code civil. La poussée du commerce électronique est un phénomène tout récent : ses promoteurs souhaitaient sans doute que le droit n'y fasse pas obstacle. Le mouvement a une dimension transnationale, mondialisation oblige. En 1996, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté la *Loi type sur le commerce électronique*⁵ pour servir de modèle et de facteur d'uniformisation pour les pays membres. La Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada a pris une initiative semblable en adoptant la *Loi uniforme sur le commerce électronique*⁶, incitant ainsi la plupart des provinces canadiennes à légiférer à leur tour en cette matière⁷. Aux États-Unis et en Europe, on retrouve nombre de lois récentes inspirées par le même souci de modernisation⁸. Une loi française de 2000 a disposé de la question en cinq articles nouveaux dans son *Code civil*⁹. On comprend que le Québec n'ait pas voulu rester en marge de ces initiatives convergentes visant à favoriser le développement des communications et du commerce électronique, autant à l'interne que sur le plan international.

Les lois modèles, ainsi que la plupart des états qui s'en sont inspirés, semblent avoir opté pour une approche « minimaliste », en matière de preuve¹⁰. On en dit le moins possible et on laisse aux parties et, le cas échéant, aux tribunaux le soin de développer des solutions. Le législateur québécois a suivi une autre voie. Son intervention est lourde. Il a voulu créer un cadre juridique complet pour

⁵ Disponible sur le site Internet de la CNUDCI à l'adresse suivante : [http://www.uncitral.org/fr-index.htm].

⁶ Disponible sur le site Internet de la Conférence à l'adresse suivante : [http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca99a.htm].

⁷ Michel GAGNÉ, « La preuve dans un contexte électronique », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 160, *Développements récents en droit de l'Internet*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 60.

⁸ Vincent GAUTRAIS, « Le contrat électronique au regard de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 3, à la page 7, n° 3.

⁹ *Code civil* français, art. 1316 à 1316-4.

¹⁰ Michèle LAFONTAINE, « Technologies de l'information au Québec : une technique législative inappropriée », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 110.

favoriser et régir les technologies de l'information. Même en matière de preuve, il a adopté un nombre important de dispositions, créé un vocabulaire nouveau et inventé des mécanismes inédits. Seul le temps dira s'il s'est ainsi placé à l'avant-garde du droit en cette matière ou s'il se verra obligé de corriger le tir.

Bien que l'adoption de la Loi soit récente, la doctrine s'est déjà manifestée à quelques reprises. Michel Gagné a présenté la nouvelle Loi à une activité de formation du Barreau en prévision de son entrée en vigueur¹¹. Le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal a produit pour le ministère des Communications du Québec un document explicatif de la nouvelle Loi, disponible dès son entrée en vigueur¹². Vincent Gautrais a dirigé en 2002 un ouvrage important sur le droit du commerce électronique, dans lequel on trouve un article qu'il signe sur les contrats électroniques¹³ et un article d'Alain Roy sur la perspective de l'acte notarié électronique ouverte par la nouvelle Loi¹⁴. Michèle Lafontaine a publié en 2002 une critique de la forme de la Loi et de la technique législative utilisée¹⁵. Jean-Claude Royer a intégré dans la dernière édition de son magistral traité de la preuve quelques pages sur la nouvelle Loi¹⁶ alors que Pierre Tessier et Monique Dupuis ont fait la même mise à jour dans le document qu'ils produisent pour l'École de formation professionnelle du Barreau¹⁷. La plupart des auteurs visent en priorité à fournir des explications sur le sens et l'application de la Loi. Sur le plan critique, le bilan est mixte. On accepte généralement bien les solutions proposées. Lorsque le texte est dif-

¹¹ M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, 55.

¹² Daniel POULIN et Pierre TRUDEL (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, texte annoté et glossaire*, Centre de recherche en droit public, septembre 2001, disponible sur Internet à l'adresse : [http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/annindex.html].

¹³ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 8, 3.

¹⁴ Alain ROY, « Réflexions sur l'acte notarié électronique en droit québécois », dans V. GAUTRAIS (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 653.

¹⁵ M. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10.

¹⁶ Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*. 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n^o 402-416, p. 252.

¹⁷ Pierre TESSIER et Monique DUPUIS, « Les qualités et les moyens de preuve », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Preuve et procédure*, collection de droit (École du Barreau du Québec) 2004-2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 201, aux pages 226-232.

ficile à comprendre, on critique plus volontiers la forme et la technique législative que le fond.

En contraste, la jurisprudence est pratiquement muette. Un questionnaire rempli à l'ordinateur par l'employé d'une compagnie d'assurances, qui y note les réponses données par l'assuré au téléphone, est qualifié de document technologique¹⁸. Certaines décisions se préoccupent de la fiabilité requise d'un enregistrement sonore¹⁹ ou vidéo²⁰ pour qu'il soit reçu en preuve. Il semble que la jurisprudence n'ait pas encore été appelée à trancher des litiges sur l'interprétation ou l'application de la nouvelle Loi. Chacun est laissé à ses propres hypothèses sur les raisons de ce silence. Pourtant, ce n'est pas faute de matière. La pratique témoigne du fait que les avocats font, devant les tribunaux, une grande consommation de photocopies²¹, enregistrements sonores et vidéo de toute nature qui ont une force persuasive redoutable²², et de plus en plus de courriels²³. Ces documents sont couramment reçus en preuve sans objection de la partie adverse et le tribunal en apprécie librement la force probante. On peut y voir la démonstration que les documents technologiques ne posent pas véritablement de problèmes. On peut penser, au contraire, que les difficultés de lecture et de compréhension de la Loi incitent les intervenants du procès à faire des efforts pour contourner les problèmes et éviter de se prendre dans ses pièges. Bref, il semble bien qu'aucune énigme incontournable n'ait encore été posée aux tribunaux.

La démarche suivie dans la présente étude est essentiellement celle d'un civiliste qui veut comprendre le sens de la nouvelle Loi et en apprécier la qualité. Elle s'articule autour de deux axes. En premier lieu, elle postule que l'une des conditions de réussite de cette réforme, c'est celle de son intégration harmonieuse dans le système de preuve du droit civil. Personne n'a encore fait la démonstration

¹⁸ *G.M.A.C. Location ltée c. Compagnie d'assurance mutuelle Wawanesa*, AZ-50177185 (C.Q. 29 mai 2003).

¹⁹ *Kuchumova c. Voyages Morrison-Viro inc.*, AZ-50156836, J.E. 2003-494 (C.Q.).

²⁰ *9027-3095 Québec inc. c. Louis*, AZ-50153269 (C.S. 28 novembre 2002).

²¹ M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, 105.

²² Michel TÉTRAULT, « Le praticien et les technologies de l'information : le silence est d'or », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, vol. 176, *Développements récents en droit familial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 35.

²³ P. TESSIER et M. DUPUIS, *loc. cit.*, note 17, 230.

que la sagesse du droit de la preuve était périmée et que l'avènement des technologies de l'information constituait un changement de paradigme qui imposait de tout changer. Nous serons donc attentifs à vérifier dans quelle mesure les nouvelles dispositions s'intègrent avec harmonie dans l'économie générale de la preuve, l'harmonie étant recherchée ici non tant pour sa rationalité que pour son utilité fonctionnelle.

En deuxième lieu, la démarche consiste à appliquer à la nouvelle Loi la grille d'analyse du droit civil. Le droit de la preuve a sa propre structure conceptuelle. Ce n'est pas celle qu'a suivie la Loi. Elle emprunte un autre chemin, une autre logique, un autre vocabulaire. On y voit l'apport marquant des experts des technologies de l'information qui ont été associés à son élaboration. Cette contribution est certes une source d'enrichissement, mais le résultat doit passer avec succès le test de la compatibilité avec le droit civil.

C'est la combinaison de ces deux axes qui détermine notre plan. Ramené à sa plus simple expression, le droit de la preuve est composé de deux catégories de règles : les règles de recevabilité des éléments de preuve et les règles d'appréciation de leur force probante. Logiquement, on épuise les questions de recevabilité des éléments de preuve avant de passer à l'appréciation de leur force probante, ce qui suggère un plan qui suit la même séquence.

Il y a plusieurs causes d'irrecevabilité des éléments de preuve. L'intégration du document technologique dans leur aménagement pose problème pour trois d'entre elles, dans la séquence suivante : d'abord la recevabilité du document technologique comme moyen de preuve, ensuite la recevabilité du document technologique quant à sa fiabilité et, enfin, la recevabilité de la preuve du document technologique. Par exemple, le plaideur qui veut prouver un contrat par un échange de courriels se demandera d'abord si le courriel, en soi, est recevable pour prouver un tel contrat; ensuite, comment il fera la preuve que le courriel concret dont il dispose provient véritablement du cocontractant et qu'il n'a pas été altéré; enfin, comment il fera la preuve du courriel logé dans la mémoire de son ordinateur pour que le juge puisse le lire en toute confiance. On passe ensuite à l'appréciation de la force probante de tels éléments de preuve.

La Loi a trouvé une solution élégante et efficace à la recevabilité du document technologique comme moyen de preuve ainsi qu'à l'appréciation de sa force probante. En revanche, les solutions pro-

posées pour sa recevabilité quant à sa fiabilité et quant à la preuve de son contenu sont moins heureuses. Dès lors, plutôt que suivre la séquence logique où les règles de recevabilité sont suivies des règles d'appréciation, il paraît plus efficace, aux fins de notre démarche, de voir dans un premier temps les segments où l'intégration du document technologique est la mieux réussie (partie I), pour étudier ensuite les segments où l'intégration semble plus problématique (partie II).

I. Réussite de l'intégration du document technologique

Quelle stratégie retenir pour composer avec ce tout nouveau type de preuve? On avait sans doute le choix entre créer de toutes pièces un régime d'exception parallèle ou tenter d'exploiter au mieux les règles déjà en place. C'est cette dernière approche qui fut retenue, du moins pour la dimension la plus réussie de la nouvelle Loi. Nous l'appellerons la voie de l'intégration par assimilation. Le terme « assimilation » ne fait pas partie du vocabulaire de la Loi ni de celui du droit de la preuve. Nous le choisissons parce qu'il décrit bien l'effet pratique de l'application des nouvelles règles, selon un mécanisme qu'il reste à expliquer, pour ensuite en tirer les conséquences.

A. Mécanisme de l'intégration par assimilation

Le mécanisme est simple. En présence d'un élément de preuve sur support informatique, il suffit de l'assimiler à un moyen de preuve déjà établi dans le Code civil. On s'épargne alors la difficulté d'avoir à inventer un tout nouveau régime de recevabilité et d'appréciation. On l'emprunte au moyen de preuve auquel est « assimilé » l'élément de preuve sur support informatique. C'est la voie qu'a suivie le législateur. Pour comprendre le fondement théorique et l'application de ce mécanisme, il convient de rappeler quelques notions classiques.

Le terme « élément de preuve » a fait son entrée dans le vocabulaire de la preuve en 1994, à la faveur de l'avènement du nouveau Code civil. On le trouve notamment dans le troisième titre du livre de la preuve, qui coiffe les articles 2857 à 2874 C.c.Q. Il désigne la plus petite unité d'information par laquelle le tribunal est instruit

des faits du litige. Il se compose d'une information véhiculée par un support quelconque, selon une formule qui peut s'exprimer comme suit : [é = i/s].

Le terme « moyen de preuve » fait partie du vocabulaire classique de la preuve, notamment aux articles 2811 et 2859 et suivants du *Code civil du Québec*. Il désigne la catégorie abstraite, créée par la loi, à laquelle appartient le support qui véhicule une information donnée. Ce support est soumis à un double régime de recevabilité : il faut qu'il soit recevable en principe pour prouver l'information particulière qu'il véhicule et il faut qu'il possède les caractéristiques concrètes requises pour en assurer la fiabilité. Le support a deux composantes : un moyen de preuve et des conditions de fiabilité. Il peut être représenté par la formule suivante : [s = m+f]. La combinaison des deux formules donne ceci : [é = i/s] où [s = m+f]. Ainsi, un élément de preuve [é] est une information [i] sur un support [s] fait d'un moyen de preuve [m] fiable [f]. Par exemple, si le demandeur, tout en refusant de prêter serment, affirme dans son témoignage que le défendeur lui doit mille dollars, il s'agit d'un élément de preuve composé d'une information (la dette de 1 000 \$), véhiculée par un moyen de preuve appelé « témoignage », recevable en soi pour prouver un acte juridique d'une somme modeste, en vertu de l'article 2862 C.c.Q., mais qui sera globalement irrecevable, en vertu de l'article 299 du *Code de procédure civile*, parce que le refus de ce témoin de prêter serment prive l'élément de preuve d'une condition impérative de fiabilité.

La qualification du moyen qui sert de support à un élément de preuve joue un rôle crucial dans notre système de preuve. Il détermine d'abord les règles de recevabilité du moyen de preuve en principe, eu égard à l'information qu'il véhicule, ensuite les règles de fiabilité applicables à cet élément de preuve et enfin les règles que le tribunal devra observer pour en apprécier la force probante. Le droit classique de la preuve (art. 2811 C.c.Q.) a créé cinq moyens de preuve : l'écrit, le témoignage, la présomption, l'aveu et « la présentation d'un élément matériel ». Ce dernier moyen a été introduit dans notre droit en 1994 par le nouveau Code civil (art. 2854 à 2856) afin de donner un régime juridique à certaines de ces « pièces » que la pratique produisait couramment devant les tribunaux et un nom que l'usage a abrégé comme « élément matériel ».

Voilà campé le décor dans lequel apparaît l'élément de preuve sur support informatique. L'enjeu est de savoir s'il faut créer un

sixième moyen de preuve ou s'il est possible, voire souhaitable, d'intégrer le nouveau venu dans l'arsenal des moyens existants. La réponse est connue : malgré l'entrée en vigueur de la Loi qui permet désormais la preuve par un élément sur support informatique, le nombre de moyens de preuve consacrés par l'article 2811 C.c.Q. n'a pas bougé. Il n'y a toujours que cinq moyens de preuve. L'élément sur support informatique devra nécessairement emprunter, comme véhicule, l'un des moyens de preuve connus, par ce mécanisme d'assimilation dont nous allons maintenant voir le fondement théorique et l'application pratique.

1. Fondement

Le fondement du mécanisme résulte de la combinaison d'un principe d'équivalence fonctionnelle et d'un second principe de neutralité technologique. Mais avant d'en parler, il importe de se familiariser avec deux notions créées par la Loi : le *document* et le *document technologique*.

a. Notions de document et de document technologique

Le document est ainsi défini à l'article 3 de la Loi :

3. *Un document est constitué d'information portée par un support. L'information y est délimitée et structurée, de façon tangible ou logique selon le support qui la porte, et elle est intelligible sous forme de mots, de sons ou d'images. L'information peut être rendue sous l'une de ces formes ou en un autre système de symboles.*

Pour l'application de la présente loi, est assimilée au document toute banque de données dont les éléments structurants permettent la création de documents par la délimitation et la structuration de l'information qui y est inscrite.

Un dossier peut être composé d'un ou de plusieurs documents.

Les documents sur des supports faisant appel aux technologies de l'information visées au paragraphe 2^o de l'article 1 sont qualifiés dans la présente loi de documents technologiques.

Pour saisir l'ampleur de la notion, il est nécessaire de lire le long article 71 de la Loi²⁴ :

71. *La notion de document prévue par la présente loi s'applique à l'ensemble des documents visés dans les textes législatifs, que ceux-ci y réfèrent par l'emploi du terme document ou d'autres termes, notamment acte, annales, annexe, annuaire, arrêté en conseil, billet, bottin, brevet, bulletin, cahier, carte, catalogue, certificat, charte, chèque, constat d'infraction, décret, dépliant, dessin, diagramme, écrit, électrocardiogramme, enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, facture, fiche, film, formulaire, graphique, guide, illustration, imprimé, journal, livre, livret, logiciel, manuscrit, maquette, microfiche, microfilm, note, notice, pamphlet, parchemin, pièce, photographie, procès-verbal, programme, prospectus, rapport, rapport d'infraction, recueil et titre d'emprunt.*

Dans la présente loi, les règles relatives au document peuvent, selon le contexte, s'appliquer à l'extrait d'un document ou à un ensemble de documents.

Malgré les apparences, le terme n'est pas nouveau. Le *Code de procédure civile* parle volontiers de « production de documents » (art. 402 C.p.c.) ou de communication de « pièces », un autre terme très général qui inclut éléments matériels de preuve et documents de toute nature (art. 331.1 et suiv. C.p.c.). Toutefois, le *document* ne constitue pas un nouveau moyen de preuve. Il s'agit d'une notion transversale commode pour élaborer la nouvelle Loi. Elle inclut les écrits instrumentaires sur papier. Elle peut aussi s'appliquer à d'autres moyens de preuve. Un document peut être le support d'un écrit non instrumentaire, comme une pièce de correspondance, d'un témoignage, d'un aveu extrajudiciaire ou même d'un élément matériel. Un document est constitué d'une information inscrite sur un support durable, quelle qu'en soit la forme matérielle. Le support peut être fait de papier, toile, pierre ou métal sur lequel on grave une inscription, mais aussi de pellicule, ruban magnétique, disque ou matériel informatique. Dans tous les cas, on pourra parler d'un *document*.

L'objet essentiel de la Loi, en matière de preuve, est de permettre, de favoriser et d'encadrer la preuve par *document technologique*. Le terme, quoique nouveau, n'est pas strictement défini par

²⁴ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 1.

la Loi. La notion doit être élaborée en rapprochant l'alinéa 4 de l'article 3 et le paragraphe 2 de l'article 1 :

[Art. 3, al. 4] *Les documents sur des supports faisant appel aux technologies de l'information visées au paragraphe 2^o de l'article 1 sont qualifiés dans la présente loi de documents technologiques.*

1. *La présente loi a pour objet d'assurer : [...]*

2^o la cohérence des règles de droit et leur application aux communications effectuées au moyen de documents qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres ou faisant appel à une combinaison de technologies; [...]

La principale cible de la Loi est évidemment l'information sur support informatique. C'est sûrement là la technologie la plus envahissante et celle qui a provoqué cette initiative législative. Le terme *document technologique* ne fait pas partie du vocabulaire de l'informatique. On y parle plus volontiers de *document électronique* ou *numérique*. Le langage du droit va sans doute utiliser ces termes, mais il faudra se souvenir qu'ils sont inclus dans la catégorie plus générale de *document technologique*.

On voit en effet, à l'article 1, que l'énumération des technologies ne se limite pas à celles reliées à l'informatique. La photographie, inventée il y a plus d'un siècle, en fait partie. En outre, l'énumération n'est pas exhaustive. Forcé de réviser le Code civil, en cette matière, après seulement sept ans d'usage, le législateur se montre prudent et veut couvrir même les technologies aujourd'hui inconnues, qui sont susceptible d'être découvertes. D'où l'expression « ou autres » qu'il emploie après avoir nommé les technologies connues.

Cet excès de généralité risque d'être source de confusion. On se demande en effet s'il faut inclure les documents sur support papier. Le langage, l'écriture, la fabrication du papier et les techniques de marquage de ce support sont de hautes conquêtes du génie humain et des progrès technologiques remarquables dans l'histoire de l'humanité. Le terme *technologie*, dans son sens classique, désigne la science des techniques, elles-mêmes définies comme « ensemble de procédés méthodiques, fondés sur des connaissances scientifiques, employées pour la production »²⁵. Il n'y a pas de connotation

²⁵ Nouveau Petit Robert, 2004, p. 2574.

temporelle dans cette définition : une technique peut aussi bien être récente qu'ancienne. Il faut référer à un sens second du terme « technologie », qualifié d'« anglicisme courant » par le dictionnaire, pour y trouver une « technique moderne et complexe »²⁶. Par ailleurs, le contexte général de la Loi permet de croire que le sens à donner au terme *document technologique* couvre les technologies de l'information qui y sont énumérées et toutes les autres technologies contemporaines de même type, à l'exclusion du support papier. On peut néanmoins déplorer que la définition d'une notion aussi centrale dans l'économie de cette Loi n'ait pas été plus soignée. En outre, puisqu'il existe au regard de la Loi deux catégories de documents, les documents technologiques et les documents « non technologiques », on aurait aimé que le législateur se donne la peine de nommer cette dernière catégorie. Faute de mieux, nous la désignons sous le nom de « document papier ».

b. Principes de neutralité et d'équivalence

La vocation du document technologique, selon la Loi, sera d'avoir la même valeur juridique que le document papier, tant sur le plan de ses effets que sur celui du régime de preuve auquel il sera soumis. Il est généralement reconnu que la Loi est fondée sur deux principes directeurs : la neutralité technologique et l'équivalence fonctionnelle²⁷. Il est possible de les reconnaître dans les articles 1, 2, 5 et 9 de la Loi :

1. *La présente loi a pour objet d'assurer : [...]*

3° l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent; [...]

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

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

²⁶ *Id.*

²⁷ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 8, 9, n° 6; M. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10, 113, 115.

5. *La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.*

Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit. [...]

9. *Des documents sur des supports différents ont la même valeur juridique s'ils comportent la même information, si l'intégrité de chacun d'eux est assurée et s'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent. L'un peut remplacer l'autre et ils peuvent être utilisés simultanément ou en alternance. De plus, ces documents peuvent être utilisés aux mêmes fins.*

Ces principes ne sont pas d'invention québécoise. Ils étaient déjà présents dans la *Loi type sur le commerce électronique*²⁸ proposée par la CNUDCI en 1996 et ils ont fortement influencé la plupart des initiatives législatives qui ont été prises depuis lors. Le principe de neutralité technologique est implicite dans la Loi, mais a été énoncé en toutes lettres dans la rubrique « Des supports de l'écrit et de la neutralité technologique » qui coiffe les nouveaux articles 2837 à 2840 C.c.Q. Il signifie que le législateur déclare n'avoir aucun parti pris envers une option technologique particulière et qu'il entend traiter sur un pied d'égalité le document papier et le document technologique, sans favoriser l'un au détriment de l'autre. Par conséquent, le justiciable aura la liberté de choisir l'une ou l'autre forme de document (art. 2), comme support d'une information; il pourra même choisir de mettre la même information sur un document papier et un document technologique et il aura toute liberté d'utiliser l'un ou l'autre, ou les deux simultanément (art. 9). L'un n'a pas préséance sur l'autre.

Cette neutralité amène même le législateur à protéger le justiciable contre l'envahissement forcé de la technologie en lui donnant le droit de refuser le document technologique et d'exiger le document papier (art. 29) :

29. *Nul ne peut exiger de quelqu'un qu'il se procure un support ou une technologie spécifique pour transmettre ou recevoir un document, à moins que cela ne soit expressément prévu par la loi ou par une convention.*

²⁸ Précitée, note 5.

De même, nul n'est tenu d'accepter de recevoir un document sur un autre support que le papier ou au moyen d'une technologie dont il ne dispose pas.

Lorsque quelqu'un demande d'obtenir un produit, un service ou de l'information au sujet de l'un d'eux et que celui-ci est disponible sur plusieurs supports, le choix du support lui appartient.

L'«équivalence fonctionnelle» est mentionnée en toutes lettres dans l'énumération des buts de la Loi (art. 1). Il peut paraître difficile d'y voir un principe distinct du premier. On peut le considérer comme un moyen retenu pour réaliser le premier. Il y a deux façons de comprendre l'équivalence fonctionnelle. La première est étroite. Deux documents sont équivalents s'ils ont comme fonction de véhiculer la même information, même si leur forme est différente. La Loi leur accorde la même valeur juridique: ils produisent les mêmes effets juridiques et sont égaux sur le plan de la preuve. Tel est le sens des articles 5 et 9 de la Loi.

La seconde interprétation est plus large. Elle est implicite dans l'aménagement de la Loi. Car il ne suffit pas de déclarer l'équivalence: encore faut-il la réaliser et l'organiser. Si l'on dit que le document technologique est soumis au même régime de preuve que le document papier, la difficulté demeure entière, car ce dernier ne constitue pas un moyen de preuve reconnu à l'article 2811 C.c.Q. et n'a pas de régime déterminé. Le document papier peut tout aussi bien être un écrit, une preuve matérielle, un témoignage ou un aveu extrajudiciaire. Tout dépend du fait que vise à prouver l'information qu'il véhicule. Tout dépend, autrement dit, de sa «fonction» dans le procès. S'il vise à prouver un contrat, il sera qualifié d'écrit. S'il vise à prouver que le défendeur a admis, dans une lettre missive, un fait contraire à ses intérêts dans le litige, il sera qualifié d'aveu extrajudiciaire. Dans les deux cas, la qualification mène tout droit à un régime particulier de recevabilité et de force probante, qui n'est pas le même.

Le document technologique reçoit un traitement semblable dans l'aménagement de la Loi. Il peut être tantôt un écrit (art. 2837 C.c.Q.), tantôt une preuve matérielle (art. 2855 C.c.Q.), tantôt l'enregistrement d'un témoignage (art. 2874 C.c.Q.). Cet exercice de qualification dépend de la «fonction» que l'on reconnaît au document technologique, et non de ses caractéristiques matérielles comme support de l'information. La qualification sera alors la même que si l'information était sur support papier. Une façon commode de faire

la qualification sera de se demander comment serait qualifié tel document technologique si c'était un document papier.

On peut voir dans cette méthode une conséquence du principe d'équivalence fonctionnelle. Il nous paraît plus efficace de parler d'une méthode de qualification par « assimilation ». Le document technologique reçoit la qualification correspondant au moyen de preuve dont il accomplit la fonction et auquel il est alors assimilé. On pourra dire du document technologique qu'il est un support « caméléon ». Il prend la couleur et la forme du moyen de preuve auquel il ressemble.

2. Application

L'opération de qualification du document technologique est facilitée par la présence de certaines règles expresses : elle est moins évidente lorsqu'il n'y en a pas. Le document technologique peut être qualifié d'écrit ou d'élément matériel. Il peut recevoir l'une et l'autre qualification lorsqu'il sert de support à un témoignage extrajudiciaire.

a. Document qualifié d'écrit

Le document technologique est qualifié d'écrit lorsqu'il accomplit l'une des fonctions habituellement remplies par un document papier. Telle est la règle que l'on peut déduire de l'article 2837 C.c.Q. :

2837. *L'écrit est un moyen de preuve quel que soit le support du document, à moins que la loi n'exige l'emploi d'un support ou d'une technologie spécifique.*

Lorsque le support de l'écrit fait appel aux technologies de l'information, l'écrit est qualifié de document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

Strictelement, l'article 2837 C.c.Q. énonce que l'écrit qui fait appel aux technologies de l'information est qualifié de document technologique. Mais cette relation est transitive : l'inverse est aussi vrai et les deux énoncés sont utiles. Dire qu'un écrit est un document technologique, plutôt qu'un document papier, détermine les règles de recevabilité applicables quant à sa fiabilité. Dire qu'un document technologique est un écrit, plutôt qu'un témoignage par exemple, détermine sa recevabilité comme moyen de preuve.

Dans la logique du Code civil, un écrit peut être instrumentaire ou non instrumentaire. Un écrit instrumentaire est celui que confectionne une personne pour faire preuve de l'acte juridique qu'elle accomplit, comme par exemple un contrat. Un écrit non instrumentaire est un écrit que confectionne une personne pour noter ou communiquer un fait (art. 2832 C.c.Q.). On aurait pu souhaiter que la législateur réserve le terme *écrit* pour désigner l'écrit instrumentaire et trouve un autre nom pour l'écrit non instrumentaire, afin d'écartier tout risque de confusion. La recherche d'un tel terme n'est pas facile. On ne pourrait pas remplacer « écrit non instrumentaire » par « document papier » car, dans la logique du nouveau droit, l'écrit non instrumentaire peut être aussi bien un document papier qu'un document technologique. Par exemple, un témoin pourrait faire une déclaration extrajudiciaire aussi bien dans une lettre missive que dans un courriel (art. 2872 C.c.Q.). Enfin, un écrit instrumentaire peut être signé (art. 2826 C.c.Q.) ou non (art. 2831 C.c.Q.). Il y a lieu de vérifier dans quelle mesure les nouvelles dispositions relatives au document technologique couvrent ces diverses catégories.

L'article 2838 C.c.Q. indique que le document technologique peut être qualifié d'écrit instrumentaire signé :

2838. *Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée.*

Quant aux copies de lois et aux actes authentiques à caractère public, le gouvernement devra trouver et adopter le mécanisme garantissant l'authenticité de l'écrit qu'il produit et transmet sous la forme de document numérique, ce qui n'est pas encore fait. L'acte authentique à caractère privé est aussi en attente de moyens de réalisation. En 2000, la nouvelle *Loi sur le notariat*²⁹ a ouvert la porte à l'acte notarié fait sur support numérique, suivant des formalités qui seront établies par règlement. Elle accepte même que le notaire puisse recueillir la signature d'une partie à distance, sans en être le témoin³⁰. La Chambre des notaires du Québec travaille activement à la mise au point d'un tel règlement, qui se fait encore

²⁹ L.Q. 2000, c. 44, art. 35 et 39.

³⁰ *Id.* art. 50.

attendre. Le défi est de taille, puisqu'il faut assurer l'authenticité des signatures, par le truchement des autorités de certification³¹, et le respect des caractéristiques de l'acte notarié en minutes : caractère original et unique, intégrité, protection contre les altérations, permanence³².

Le document technologique peut être qualifié d'écrit sous seing privé s'il est confectionné par les parties pour faire preuve de l'acte juridique qu'elles accomplissent et s'il comporte leur signature (art. 2826 C.c.Q.). La signature est définie à l'article 2827 C.c.Q. :

2827. *La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement.*

La Loi a modifié la définition de la signature du nouveau Code civil pour l'adapter au document technologique. De « l'apposition qu'une personne fait sur un acte », on passe à « l'apposition qu'une personne fait à un acte », de manière à reconnaître comme valable la signature faite en mode numérique.

Il ne subsiste aucun obstacle juridique à ce que l'écrit sous seing privé soit sur support numérique. Le contrat fait sous une telle forme est parfaitement recevable en preuve et a les mêmes effets que s'il était sur papier. Il est devenu une réalité familière grâce à la prolifération des communications par courriel. Le contrat peut être constitué d'un échange de messages par courriel.

On peut être tenté de qualifier ce contrat d'écrit instrumentaire non signé ou de poser l'exigence que, pour avoir qualité d'écrit instrumentaire signé, il faut que la signature soit faite par un procédé technique complexe à l'abri de toute fraude ou garantie par un tiers certificateur d'une fiabilité élevée³³. Ce serait confondre deux choses : d'une part, la présence d'une signature et, d'autre part, la preuve de l'authenticité de cette signature. Si une personne reconnaît l'authenticité de la signature de son cocontractant sur les courriels échangés, la signature apposée dans sa forme la plus simple suffit à qualifier le résultat d'écrit sous seing privé. L'usage veut qu'une personne dactylographie son nom à la fin d'un message courriel :

³¹ A. ROY, *loc. cit.*, note 14, 671.

³² *Id.*, 676.

³³ M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, 92.

cela constitue une signature aux yeux de la loi. Le document sera reçu comme écrit sous seing privé, sous réserve de la preuve ou de la reconnaissance éventuelle de l'authenticité de la signature.

L'enjeu de la qualification est réel. Quand le support du contrat est qualifié d'écrit sous seing privé, la partie qui l'a signé ne peut pas, en principe, en contredire le contenu par preuve testimoniale pour prouver qu'il n'exprime pas la véritable intention des parties (art. 2863 C.c.Q.). Si l'écrit n'est pas signé, les parties à la convention peuvent contredire l'écrit par tous moyens pour prouver la véritable intention des parties (art. 2836 C.c.Q.).

Le document technologique qui sert de support à un acte juridique, sans que les parties ne l'aient signé, peut-il être qualifié d'écrit instrumentaire non signé? Une réponse affirmative s'impose, malgré l'absence d'une disposition expresse à cet effet.

La question n'est pas simple. Le Code civil reconnaît expressément la classe des écrits instrumentaires non signés aux articles 2831 à 2836, notamment à l'article 2831 C.c.Q. :

2831. *L'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu.*

Ces écrits sont utilisés couramment dans les rapports des commerçants entre eux ou avec les consommateurs. Il s'agit notamment des factures, comptes, coupons de caisse de toute nature en usage dans le commerce. Les commerçants n'ont pas attendu la permission du droit pour avoir recours à l'informatique afin de produire ces documents. À la sortie de la plupart des commerces, des préposés enregistrent les ventes par ordinateur et livrent au consommateur un écrit indispensable à l'exercice éventuel de ses droits. Sans coupon, pas de remboursement! Les banques fonctionnent quotidiennement par le truchement de guichets automatiques qui font des opérations juridiques et émettent des relevés d'opérations. Beaucoup d'opérations sur carte de crédit se font au téléphone, sans que le titulaire ne signe quoi que ce soit.

Compte tenu de l'ampleur du phénomène, on s'attend à ce que la Loi y consacre quelque disposition expresse. On constate qu'elle est silencieuse. L'article 2838 C.c.Q. énumère seulement des écrits instrumentaires signés. Rien ne permet de croire que le législateur ait voulu qualifier d'écrit instrumentaire signé les écrits instrumen-

taires non signés, lorsqu'ils sont sur support numérique. Ce serait d'un illogisme total. On doit combler cette lacune en affirmant que ces documents technologiques, qui constatent des actes juridiques sans comporter de signature, peuvent à bon droit être qualifiés d'écrits instrumentaires non signés³⁴. Le fondement de cette solution se trouve dans les termes généraux de l'article 2837 C.c.Q. Il eut néanmoins été préférable que le législateur y consacre une disposition expresse.

b. Document qualifié d'élément matériel

Le document technologique est qualifié d'élément matériel s'il constitue un objet ou s'il sert de support à la représentation sensorielle de la réalité. Ce moyen de preuve est apparu dans le Code civil de 1991, dans les termes suivants :

2854. *La présentation d'un élément matériel constitue un moyen de preuve qui permet au juge de faire directement ses propres constatations. Cet élément matériel peut consister en un objet, de même qu'en la représentation sensorielle de cet objet, d'un fait ou d'un lieu.*

La nouvelle Loi a introduit dans le Code une disposition expresse qui prévoit le cas où l'élément matériel est un document technologique :

2855. *La présentation d'un élément matériel, pour avoir force probante, doit au préalable faire l'objet d'une preuve distincte qui en établit l'authenticité. Cependant, lorsque l'élément matériel est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi.*

Dans la plupart des cas, le document technologique sera la représentation sensorielle d'un objet, d'un fait ou d'un lieu. Toute photographie devient ainsi un document technologique, peu importe la technique utilisée, que ce soit la pellicule ou la caméra numérique. Il en va de même de l'enregistrement audio ou vidéo, qui peut se faire sur ruban magnétique ou en mode numérique. La définition très large du terme « document » à l'article 71 de la Loi va dans ce sens.

³⁴ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 412, p. 257.

Dans certains cas, le document technologique constitue lui-même l'élément matériel de preuve d'un fait en litige. On peut en voir deux illustrations. Dans un recours pour violation des droits de propriété intellectuelle sur un logiciel, le logiciel lui-même sera produit en preuve sous forme de document technologique qualifié d'élément matériel. La seconde illustration provient des systèmes qui fonctionnent en mode automate et qui sont programmés pour recueillir leurs propres données, faire leurs propres analyses, prendre leurs propres décisions, exécuter et garder en mémoire ce qu'ils ont fait. Tel serait un système de gestion de la culture de légumes en serre, un système de chauffage et de climatisation d'un complexe immobilier ou le système de pilotage automatique d'un avion. En cas d'accident causé par une déficience du système, les données enregistrées par le système sont plus que la représentation du réel, comme l'est une photo, par exemple. Ces données constituent le réel, l'objet même que devra connaître le tribunal pour rendre jugement. La qualification d'élément matériel est d'autant plus justifiée.

c. Document support d'un témoignage

Enfin, pour compléter cet exercice de qualification, est-il possible de dire que le document technologique peut être qualifié de témoignage, lorsqu'il est le support d'une déclaration faite par une personne au sujet d'un fait en litige? Normalement, pour faire preuve, un témoignage doit être contenu dans une déposition orale faite à l'instance (art. 2843 C.c.Q.). Or, on utilise de plus en plus des déclarations faites hors de l'instance pour valoir témoignage, soit avec l'accord de la partie adverse, soit en se prévalant du régime d'exception qui rend recevable la preuve par oui-dire dans certaines circonstances (art. 2869 à 2874 C.c.Q.). Dans tous ces cas, la déclaration extrajudiciaire a besoin d'un support fiable pour être amenée en preuve devant le tribunal. Ce véhicule peut être le témoignage d'une personne qui a été témoin de cette déclaration extrajudiciaire : c'est la forme la plus fréquente de « oui-dire ». Ce peut être le document papier sur lequel a été écrite la déclaration, soit par son auteur (art. 2872 C.c.Q.), soit par un tiers (art. 2873 C.c.Q.). Enfin, la déclaration a pu être enregistrée sur ruban magnétique ou « par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier » (art. 2874 C.c.Q.).

Cette dernière hypothèse est la seule à laquelle la Loi a consacré une disposition expresse, dans un ajout apporté à l'article 2874 C.c.Q. :

2874. *La déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier, peut être prouvée par ce moyen, à la condition qu'une preuve distincte en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'enregistrement est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi.*

Cet article est malheureusement défectueux. Il laisse entendre que l'enregistrement d'une déclaration pourrait tantôt être qualifié de document technologique (2^e phrase), tantôt être qualifié autrement (1^{re} phrase). Or, la Loi (art. 1, 2 et 71) a défini le document technologique de manière telle qu'il est impossible d'imaginer qu'un enregistrement puisse être autre chose qu'un document technologique. La redondance n'a aucun sens. L'article devrait être corrigé en supprimant la première phrase, pour établir clairement que l'enregistrement d'une déclaration est toujours un document technologique.

On observe une autre anomalie. Le cas de l'enregistrement n'est pas le seul où on peut avoir recours à un document technologique pour faire preuve de la déclaration. Le déclarant peut choisir d'écrire sa déclaration extrajudiciaire sur son ordinateur et de la transmettre par courriel, surtout s'il se trouve à l'étranger (art. 2872 C.c.Q.). Un témoin peut vouloir mettre en preuve des notes qu'il a lui-même consignées dans son ordinateur (art. 2871 et 2872 C.c.Q.). Le tiers, enquêteur de la compagnie d'assurances, qui recueille la déclaration d'un témoin, peut l'avoir fait sur son ordinateur portable. Le législateur n'a prévu aucune disposition expresse pour disposer de ces hypothèses, alors qu'il a cru bon de le faire pour les enregistrements de l'article 2874 C.c.Q.

Une lacune du même ordre subsiste en marge de l'article 2867 C.c.Q., à propos de l'aveu extrajudiciaire écrit ou enregistré. La partie qui a fait un tel aveu a pu utiliser le courriel. Son aveu verbal a pu être immortalisé dans un enregistrement fait à son insu. Le législateur n'a prévu aucune disposition expresse pour le support de l'aveu extrajudiciaire qui utilise les technologies de l'information. La lacune peut être comblée en référant à la disposition générale de l'article 2837 C.c.Q., dans la mesure où ces diverses

déclarations sont consignées dans des écrits sur support informatique. S'il s'agit d'enregistrements sonores ou vidéo, il faut puiser dans les dispositions générales de la Loi³⁵, qui n'ont pas été incorporées au Code civil, le principe général voulant que soit qualifié de document technologique tout document, de quelque nature que ce soit, dès lors qu'il fait appel aux technologies de l'information, quelles qu'elles soient.

Il reste à envisager le rapport inverse : le document technologique qui sert de support à une déclaration extrajudiciaire doit-il pour autant être qualifié de témoignage? Nous sommes en présence d'une forme de preuve complexe qui combine deux moyens de preuve. Le fait en litige sera prouvé par témoignage. Mais comme le témoin n'a pas témoigné de vive voix devant le tribunal, il devient nécessaire de faire, devant le tribunal, la preuve de ce qu'il a dit en dehors de l'instance. Cette preuve variera, selon la méthode choisie. Si la déclaration a été écrite par son auteur sur un document papier, le document sera qualifié d'écrit. Si le déclarant utilise son ordinateur pour écrire sa déclaration, le document technologique sera aussi qualifié d'écrit puisqu'il accomplit la même fonction que le papier. Si la déclaration a été recueillie par enregistrement sonore ou vidéo, le document technologique qui en résulte permet de reconstituer la réalité sonore ou visuelle de cette déclaration. Il constitue la représentation du réel et doit par conséquent être qualifié d'élément matériel³⁶ (art. 2854 C.c.Q.). Il y a lieu de conclure qu'un document technologique qui sert de support à une déclaration ou à un aveu extra-judiciaire ne devrait pas être qualifié de témoignage ou d'aveu, mais plutôt d'écrit ou d'élément matériel, selon le cas. Toutefois, sa recevabilité pourra néanmoins être contestée par une objection fondée sur le fait que le témoignage qu'il vise à prouver est lui-même irrecevable en preuve. Dans ce cas, l'irrecevabilité du contenu emporte celle du contenant.

Dans la plupart des cas, la qualification du document technologique sera relativement facile. Parfois, ce sera moins évident. Une décision nous fournit le prétexte d'un petit exercice³⁷. Le tribunal y

³⁵ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 1, art. 3 et 5.

³⁶ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 1260, p. 996.

³⁷ *G.M.A.C. Location ltée c. Compagnie d'assurance mutuelle Wawanesa*, précité, note 18.

qualifie de « document technologique » le questionnaire informatisé que complète un préposé de l'assureur, conformément aux réponses données au téléphone par le preneur, dans le cadre d'une demande d'assurance. Il devait décider de la recevabilité de cet élément de preuve pour prouver que le preneur avait menti en répondant aux questions du préposé. Il ne suffisait pas que le tribunal qualifie de document technologique cet élément de preuve pour le rendre recevable : il fallait en plus qu'il décide à quel moyen de preuve il fallait l'assimiler et qu'il applique le régime de recevabilité propre à ce moyen de preuve. En l'occurrence, il s'agissait d'un écrit non instrumentaire destiné à remplacer le témoignage du préposé. Il aurait dû être reçu en preuve à titre d'exception à la prohibition de la preuve par ouï-dire (art. 2870 à 2872 C.c.Q.). Ce petit exercice illustre les conséquences de la qualification par assimilation.

B. Conséquences de l'assimilation

Après avoir résolu les questions de qualification du document technologique, il y a lieu d'en tirer les conséquences sur sa recevabilité comme moyen de preuve et sur sa force probante. Dans les deux cas, le régime applicable est emprunté directement au moyen de preuve dont il accomplit la fonction.

1. Recevabilité du document technologique comme moyen de preuve

La recevabilité d'un élément de preuve dépend de la recevabilité du moyen de preuve qui lui sert de support, laquelle dépend du fait que cet élément de preuve vise à prouver. La principale variable du régime de recevabilité repose sur la distinction entre le simple fait matériel et l'acte juridique, comme cible de l'élément de preuve.

a. Preuve d'un fait

L'élément de preuve qui vise à prouver un fait matériel peut être porté par un document technologique qualifié soit d'élément matériel, soit d'écrit.

Comme élément matériel (art. 2854 C.c.Q.), le document technologique peut être l'enregistrement d'un fait matériel, comme la photographie de l'arme du crime, un film montrant le lieu de l'accident, l'enregistrement numérique fait par une caméra de surveillance. Le

document technologique peut aussi constituer en lui-même le fait en litige, comme le logiciel piraté, dans une action en violation de propriété intellectuelle; comme l'enregistrement de l'émission de télévision diffamatoire, dans une action en responsabilité; comme les données numériques produites par un système informatique fonctionnant en mode automate, dans une action en responsabilité pour fonctionnement défectueux.

Comme élément matériel, le document technologique peut aussi être l'enregistrement audio ou vidéo d'une déclaration extrajudiciaire portant sur un fait. Cette déclaration peut être un témoignage (art. 2874 C.c.Q.) ou même un aveu extrajudiciaire s'il s'agit de la déclaration d'une partie, contraire à ses intérêts dans le litige (art. 2867 C.c.Q.). Dans un tel cas, l'élément de preuve est soumis à un double régime de recevabilité. On se demandera non seulement si le document technologique peut faire preuve de la déclaration, mais aussi si cette déclaration est recevable à titre de témoignage ou si elle constitue une preuve de ouï-dire irrecevable (art. 2869 C.c.Q.). Ainsi, le document technologique peut être attaqué non seulement comme moyen de preuve du témoignage, mais aussi comme véhicule d'un témoignage prohibé parce qu'il a été fait en dehors de l'instance et constitue du ouï-dire (art. 2843 C.c.Q.).

Le document technologique est qualifié d'écrit non instrumentaire lorsque son auteur s'en sert comme d'une feuille de papier pour y inscrire des notes ou des messages relatifs à des faits. Comme écrit, un document technologique peut être constitué par les données qu'une personne entre dans un ordinateur pour mémoriser ou communiquer des faits qu'elle observe ou qu'elle connaît. Un tel document peut même faire preuve des faits eux-mêmes, si la déclaration qu'il véhicule se qualifie comme exception à la prohibition de la preuve par ouï-dire (art. 2869 à 2873 C.c.Q.) ou si elle constitue un aveu extrajudiciaire (art. 2867 C.c.Q.). Ainsi, comme il est déjà reconnu que le dossier hospitalier sur support papier fait preuve des notes d'observations des intervenants sans qu'il soit nécessaire de les faire entendre comme témoins³⁸, le même régime s'applique à un dossier hospitalier entièrement numérisé où les intervenants ont entré leurs observations directement dans l'ordinateur. De la même manière, le document technologique constitué par un préposé qui entre systématiquement les « heures travaillées »

³⁸ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 727, p. 513.

des employés de l'entreprise, dans l'exercice normal de ses fonctions, serait recevable pour valoir témoignage de ce préposé³⁹.

Comme écrit, le document technologique peut aussi être la transcription sur ordinateur qu'un tiers fait de la déclaration verbale d'une personne (art. 2873 C.c.Q.). Par exemple, si l'enquêteur d'une compagnie d'assurances se sert d'un ordinateur pour transcrire la déclaration verbale d'une personne témoin d'un sinistre, le document technologique qui en résulte pourra faire preuve de cette déclaration, laquelle, si elle est admise à titre de témoignage, pourra faire preuve des faits déclarés. De la même manière, si l'enquêteur note sur son ordinateur la version de l'assuré sur les faits du sinistre, le document technologique qui en résulte pourra remplacer le témoignage de l'enquêteur et faire preuve de l'aveu extrajudiciaire de l'assuré, si le document se qualifie comme exception à la prohibition du ouï-dire.

Enfin, il convient de signaler que le document technologique, qualifié d'écrit instrumentaire signé, fait preuve entre les parties des faits qu'elles déclarent et qui ont un rapport direct avec l'acte qu'elles accomplissent, ce qui est un mode tout à fait exceptionnel de prouver un fait (art. 2819 et 2829 C.c.Q.). S'il s'agit d'un acte notarié, les énonciations du notaire sur les faits qu'il avait mission de constater ont le même effet (art. 2818 C.c.Q.).

b. Preuve d'un acte

L'élément de preuve qui vise à prouver un acte juridique peut être porté par un document technologique qualifié soit d'écrit instrumentaire signé ou non signé, soit d'élément matériel.

L'écrit instrumentaire signé, fait sur papier, est en principe recevable pour faire preuve d'un acte juridique. Bien que le législateur n'ait pas cru nécessaire de le dire explicitement, on peut faire découler ce principe des dispositions relatives à la force probante de l'acte notarié (art. 2819 C.c.Q.) et de l'acte sous seing privé (art. 2826 C.c.Q.), à la prépondérance de l'écrit (art. 2860 C.c.Q.) et à l'exclusion du témoignage comme preuve d'un acte (art. 2862 C.c.Q.), sous réserve d'exception. La Loi (art. 5) a fait en sorte que le document technologique puisse faire preuve de l'acte juridique qu'il

³⁹ *Id.*, n° 411, p. 256.

constate aussi valablement que s'il avait été fait sur papier. L'article 2838 C.c.Q. dispose que l'acte authentique, l'acte semi-authentique et l'acte sous seing privé, établis sur un support faisant appel aux technologies de l'information, font preuve « au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier ».

Cette équivalence de principe entre l'écrit sur papier et l'écrit sur support technologique comporte des exceptions. Dans certains cas, le législateur a voulu maintenir l'exigence d'un écrit « sur support papier ». Il prend alors la précaution de le dire expressément en modifiant la *Loi sur la protection du consommateur*⁴⁰, la *Loi sur le courtage immobilier*⁴¹ et la *Loi sur le recouvrement de certaines créances*⁴². Dans le cas de l'acte notarié, l'exclusion est implicite et provisoire. La *Loi sur le notariat*⁴³ autorise en principe l'acte notarié sur support technologique, sous réserve de l'avènement d'un règlement destiné à en déterminer les modalités. Comme ce règlement n'est pas encore adopté, l'acte notarié doit nécessairement être encore sur support papier. Certains actes, qui exigent la forme notariée comme condition de validité, ne peuvent donc pas être faits en forme numérique, dans l'état actuel du droit⁴⁴.

L'énumération de l'article 2838 C.c.Q. ne comporte que des écrits instrumentaires signés, de sorte que l'on comprend que le document technologique, pour avoir une valeur équivalente, doit aussi comporter une signature au sens de l'article 2827 C.c.Q. Sur le plan de la recevabilité comme moyen de preuve, il suffit que le document qui exprime un acte juridique porte apparemment une signature, pour lui valoir la qualification d'écrit instrumentaire signé. Cette exigence est satisfaite minimalement, s'il y a un nom dactylographié à la fin du document, à l'endroit où l'usage place la signature manuscrite qui exprime le consentement aux propos qui la précèdent. C'est ce qui nous a permis de dire qu'un contrat formé par un échange de courriels comportant chacun le nom de son auteur, à la fin, constitue un contrat fait par écrit sous seing

⁴⁰ L.R.Q., c. P-40.1, art. 25, modifié par l'article 101 de la Loi.

⁴¹ L.R.Q., c. C-73.1, art. 34, modifié par l'article 99 de la Loi.

⁴² L.R.Q., c. R-2.2, art. 34, modifié par l'article 103 de la Loi.

⁴³ Précitée, note 29.

⁴⁴ Contrat de mariage (art. 440 C.c.Q.), acte de donation (art. 1824 C.c.Q.), hypothèque immobilière (art. 2693 C.c.Q.); Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, n^o 223, p. 74.

privé⁴⁵. Cette qualification est indépendante du problème de la preuve de l'authenticité des signatures, qui peut d'ailleurs faire l'objet d'une admission des parties. Le même raisonnement peut être fait à propos de l'écrit semi-authentique (art. 2822 à 2825 C.c.Q.). Le législateur ne fixe pas de condition particulière de forme pour la reconnaissance de l'acte public étranger ou de la procuration faite à l'étranger, portant la signature de l'officier public étranger. Le document technologique qui portera apparemment cette signature sera qualifié d'écrit semi-authentique, sous réserve de la preuve de son authenticité.

Le document technologique est qualifié d'écrit instrumentaire non signé lorsqu'il est créé par les parties pour faire preuve de l'acte qu'elles accomplissent, mais qu'il ne comporte pas de signature. La forme principale de ce moyen de preuve est le document « habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique » (art. 2831 C.c.Q.). Le coupon de caisse produit par l'ordinateur du préposé aux ventes à la sortie d'un magasin et remis au consommateur en est l'exemple le plus courant. Il est parfaitement recevable pour faire preuve de l'acte entre les parties. Le législateur a malheureusement omis d'édicter une règle expresse pour le dire, mais cette solution, que la cohérence impose, peut trouver son fondement dans la disposition générale de l'article 2837 C.c.Q. et de l'article 5 de la Loi.

On classe spontanément dans cette catégorie le relevé du guichet automatique que ramasse le client après avoir effectué une opération bancaire. Le caractère instrumentaire de ce relevé ne fait pas de doute. Comme il ne comporte apparemment pas de signature, on aurait tendance à le considérer comme un écrit instrumentaire non signé. Est-ce bien le cas? La distinction entre la présence ou l'absence de signature n'est pas que théorique : elle a une incidence sur la force probante et la recevabilité de la preuve visant à le contredire. S'il est signé, le signataire ne peut pas prouver par témoin contre quiconque que la volonté des parties est autre que ce que l'écrit exprime (art. 2863 C.c.Q.)⁴⁶. S'il n'est pas signé, il peut être contredit par tout moyen (art. 2836 C.c.Q.).

⁴⁵ Voir *supra*, p. 553 et 554.

⁴⁶ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 44, n° 1107, p. 330.

On peut soutenir que le relevé d'opération produit par le guichet automatique de la banque constitue un écrit signé par le client. Certes, le relevé imprimé ne porte pas la signature du client, mais ce n'est pas là que réside le document technologique. Ce dernier, inscrit dans la mémoire du système, porte la trace de la carte bancaire du client, de son numéro d'identification personnelle et des touches qu'il a activées sur le clavier. Il y a là tous les ingrédients d'une signature⁴⁷. Le seul élément gênant dans cette solution vient de son caractère asymétrique. Il répugne de penser que ce document soit un écrit signé pour le client et non signé pour la banque, laissant ainsi à cette dernière une liberté de contredire que n'aurait pas le client. Encore là, on peut supposer que le fichier numérique, qui constitue le véritable document technologique, contient des éléments suffisants de validation de l'opération pour y retrouver l'essence de la signature de la banque. Ainsi, le relevé d'opération pourrait être qualifié d'écrit instrumentaire signé pour les deux parties et les lier au même degré.

Après avoir traité du document technologique reçu à titre d'écrit instrumentaire pour faire preuve d'un acte, l'hypothèse d'un contrat formé verbalement nous mène à la deuxième forme que peut prendre le document pour prouver un acte : celle d'élément matériel. En effet, les conversations par lesquelles s'est formé le contrat ont pu être enregistrées sur un support technologique audio ou vidéo. Le document technologique qui en résulte doit être qualifié d'élément matériel, car il est la « représentation sensorielle » de ces conversations (art. 2854 C.c.Q.)⁴⁸. Ce moyen de preuve est recevable pour faire preuve d'un acte, quelle qu'en soit la nature. Ce moyen de preuve échappe aux restrictions que l'article 2862 C.c.Q. impose à la preuve par témoin.

Posons l'hypothèse que deux personnes décident d'enregistrer sur vidéo la conversation par laquelle ils consentent à un important contrat entre elles. On sait que des citoyens américains ont fait leur testament de cette manière. La cassette ou le disque compact sur lequel ils ont enregistré leur acte constitue certes un document technologique. Doit-il être qualifié d'élément matériel ou d'écrit instrumentaire signé? Encore ici la qualification est lourde de consé-

⁴⁷ Claude FABIEN, « La communicative et le droit civil de la preuve », dans *Le droit de la communicative*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 184.

⁴⁸ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 941, p. 715.

quences, sur le plan de l'application de la règle de la meilleure preuve (art. 2860 C.c.Q.), de la possibilité de contredire par témoin (art. 2863 C.c.Q.) et de la force probante (art. 2829 C.c.Q.). La solution réside dans l'appréciation de l'intention des parties. Si les parties ont été enregistrées à leur insu, l'enregistrement doit être qualifié d'élément matériel et sera reçu à ce titre pour prouver la conversation. La preuve pourra être contredite par tous moyens et la preuve sera laissée à l'appréciation du tribunal (art. 2856 C.c.Q.). Si les parties ont voulu utiliser le système d'enregistrement pour se ménager une preuve de leur accord, de la même manière qu'ils auraient pu utiliser du papier ou un ordinateur, il faut alors donner effet à leur volonté en qualifiant d'écrit le document ainsi produit. L'enregistrement de leur accord et les caractéristiques physiques uniques de leur voix ou de leur image correspondent à l'essence de la signature et devraient permettre la qualification d'écrit instrumentaire signé.

2. Appréciation de la force probante du document technologique

L'autre conséquence du rattachement du document technologique à l'un des moyens de preuve est de déterminer sa force probante. En effet, le Code civil précise, pour chaque moyen de preuve, les règles de force probante qui vont encadrer l'appréciation finale du tribunal. Toutefois, l'application de ces règles au document technologique n'est pas évidente.

Il n'y a pas de règle explicite qui dit que le document technologique a la force probante du moyen de preuve auquel il est assimilé. En énonçant le principe d'équivalence, la Loi ne mentionne pas la force probante :

5. *La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.*

Le terme *effets juridiques* serait mal choisi pour désigner la force probante. Les faits et les actes ont des effets juridiques une fois qu'ils sont prouvés. Le processus de preuve qui précède comporte deux phases distinctes qu'il aurait été préférable de bien identifier : la recevabilité des éléments de preuve et l'appréciation de leur force probante. Quoi qu'il en soit, le terme « notamment » rend

l'énumération non limitative et permet d'inclure la force probante dans l'appellation générale de « valeur juridique ».

Il n'y a pas non plus dans la Loi des règles particulières de force probante édictées pour le document technologique. Elles sont entièrement empruntées au droit commun de la preuve qui était déjà édicté au Code civil. Elles varient en fonction du moyen de preuve qui sert de support à l'élément de preuve. Si le support est un document technologique, il suffit de trouver sa juste qualification comme moyen de preuve pour déterminer avec certitude sa force probante. Ce qui suit constitue un rappel rapide de règles connues.

a. Force comme écrit

Lorsque l'acte notarié pourra valablement être fait sur support numérique, il aura la même force probante que l'acte notarié traditionnel sur papier. Il fait preuve, à l'égard de tous, des faits que l'officier public avait mission de constater ou d'inscrire (art. 2818 C.c.Q.), ainsi que de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement (art. 2819 C.c.Q.).

L'écrit instrumentaire sous seing privé, sur support numérique, fait preuve, à l'égard de ceux contre qui son authenticité est prouvée, de l'acte juridique qu'il renferme et des déclarations des parties qui s'y rapportent directement (art. 2829 C.c.Q.), sous réserve de la date qui doit être prouvée autrement (art. 2830 C.c.Q.).

Les parties signataires des actes instrumentaires que nous venons de voir ne peuvent pas, par témoignage, les contredire ou en changer les termes, à moins qu'il y ait un commencement de preuve (art. 2863 C.c.Q.). C'est donc dire que cette règle s'applique au document technologique qui a valeur d'écrit instrumentaire⁴⁹. Le commencement de preuve est un aveu, un écrit ou un témoignage venant de la partie adverse, ou bien un élément matériel, qui rend vraisemblable le fait allégué (art. 2865 C.c.Q.). Pour que cette règle s'applique à ces écrits, il faut que leur authenticité ait été dûment prouvée ou reconnue par la partie adverse. Contredire l'écrit veut dire ici prouver qu'il ne représente pas la convention véritable des parties et non pas prouver qu'il s'agit d'un faux ou qu'il a été altéré,

⁴⁹ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 1543 et 1544, p. 1167.

questions qui relèvent exclusivement du débat sur l'authenticité de l'écrit, le cas échéant.

L'écrit instrumentaire non signé, sur support numérique, fait preuve de son contenu, s'il s'agit d'un écrit habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique (art. 2831 C.c.Q.). Le coupon de caisse remis au client d'un magasin au moment où il paye et emporte le bien de consommation qu'il achète est typique de cette catégorie. Un auteur exige que le commerçant porte cet écrit à la connaissance de son client pour qu'il lui soit opposable⁵⁰, alors qu'un autre n'en voit pas la nécessité⁵¹. Il semble en effet que ce serait là ajouter une condition que le Code n'exige pas. Il serait très onéreux d'imposer à une entreprise de faire la preuve du consentement du client pour que le coupon de caisse fasse preuve contre lui. Le régime de force probante de ce type d'écrit semble suffisant pour permettre au tribunal de rétablir l'équilibre en appréciant l'ensemble de la preuve, puisque l'écrit instrumentaire non signé peut être contredit par tous les moyens (art. 2836 C.c.Q.).

L'écrit non instrumentaire, sur support numérique, prendra le plus souvent la forme d'une déclaration extrajudiciaire qu'une personne fait en se servant d'un ordinateur plutôt que de papier et crayon (art. 2872 C.c.Q.). Par hypothèse, cet élément de preuve a été déclaré recevable, à titre d'exception à la prohibition du oui-dire (art. 2870 C.c.Q.), et l'authenticité de cet écrit a été prouvée ou admise. Cette déclaration est alors reçue à titre de témoignage (art. 2869 C.c.Q.) et on applique la règle de force probante du témoignage : elle est laissée à l'appréciation du tribunal (art. 2845 C.c.Q.). Si l'auteur de la déclaration extrajudiciaire est une personne elle-même partie au litige, la reconnaissance qu'elle y fait de faits contraires à ses intérêts dans le litige est alors qualifiée d'aveu extrajudiciaire, mais la règle de force probante est la même : elle est laissée à l'appréciation du tribunal (art. 2852 C.c.Q.). Ainsi, l'auteur de l'aveu pourra librement expliquer au tribunal que le fait qu'il a reconnu dans un courriel envoyé à son créancier était le fruit d'une erreur de bonne foi et il pourra rétablir les faits par tous moyens de preuve.

⁵⁰ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 44, n° 429, p. 134.

⁵¹ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 398, p. 249.

Enfin, si la déclaration a été consignée dans un document technologique par une personne autre que celle qui l'a faite, on applique deux fois la même règle de force probante, puisqu'il y a deux déclarations distinctes. Il y a d'abord la déclaration de celui qui a entré les données à partir de ce qu'il croit avoir entendu. Cette déclaration est reçue à titre de témoignage et pourra être contredite quant à son exactitude et contestée quant à sa crédibilité. Elle est laissée à l'appréciation du tribunal. Si elle est convaincante, elle fait preuve de la déclaration principale également reçue à titre de témoignage. Cette dernière est soumise au même régime : elle pourra à son tour être contredite par tous moyens et sera laissée à l'appréciation du tribunal.

b. Force comme élément matériel

Lorsque le document technologique est qualifié d'élément matériel (art. 2854 C.c.Q.), il peut servir à différentes fins dans le procès. Il peut être la représentation sensorielle du réel (par exemple, la photo numérique du lieu de l'accident), comme il peut être lui-même le fait en litige (par exemple, le logiciel piraté). Dans tous les cas, il a la même force probante : le tribunal peut en tirer toute conclusion qu'il estime raisonnable (art. 2856 C.c.Q.). S'il sert à faire la preuve d'une déclaration (art. 2874 C.c.Q.) ou d'un aveu extrajudiciaire (art. 2867 C.c.Q.), par un enregistrement audio ou vidéo du discours, la règle de force probante est la même : elle est laissée à l'appréciation du tribunal. Toutefois, le fondement n'est pas le même : on applique alors respectivement la règle de force probante du témoignage (art. 2845 C.c.Q.) ou celle de l'aveu extrajudiciaire (art. 2852 C.c.Q.). Il va sans dire qu'une fois faite la preuve de l'authenticité de l'enregistrement, sa force persuasive est irrésistible⁵².

Le dernier cas de figure est celui où l'enregistrement d'une conversation est utilisé pour faire preuve d'un contrat. Si le document technologique qui en résulte est qualifié d'élément matériel, il pourra être contredit par tous moyens et la preuve sera laissée à l'appréciation du tribunal (art. 2856 C.c.Q.). Ainsi, une partie pourra prouver par témoin que les paroles enregistrées ne sont pas conformes à la véritable convention des parties. S'il est qualifié d'écrit

⁵² M. TÉTRAULT, *loc. cit.*, note 22, 39.

non signé, le résultat sera le même (art. 2836 C.c.Q.). S'il est qualifié d'écrit instrumentaire signé, alors les parties ne pourront pas le contredire par témoins, à moins de disposer d'un commencement de preuve (art. 2863 C.c.Q.). Nous avons émis l'opinion que si les parties au contrat choisissent délibérément d'enregistrer leur conversation pour faire preuve de leur convention, le document qui en résulte pourrait, à bon droit, constituer un écrit instrumentaire signé, avec la force probante qui en découle.

II. Difficulté de l'intégration du document technologique

En modifiant le droit de la preuve pour y faire pénétrer le document technologique, le législateur devait prendre soin de l'intégrer en respectant les principes de base et la cohérence interne du système. S'il a relativement bien réussi quant à sa recevabilité comme moyen de preuve et quant à l'appréciation de sa force probante, il a eu plus de difficulté à bien intégrer le document technologique dans deux autres volets importants : sa recevabilité quant aux conditions préalables de fiabilité et, à un degré moindre, le problème de la preuve du document technologique. En première partie, nous avons vu que l'approche, fort ingénieuse, avait été d'assimiler le document technologique à un moyen de preuve traditionnel et de lui appliquer, sans modification, le régime de recevabilité et de force probante inhérent à ce moyen de preuve. En deuxième partie, la démarche est inversée. Il s'agit de partir du moyen de preuve et de revenir sur sa nature de document technologique, pour trouver des solutions qui tiennent compte de ses caractéristiques distinctives, sans compromettre son intégration harmonieuse dans l'ensemble du système.

A. Recevabilité du document technologique quant à sa fiabilité

Si un élément de preuve a comme support un moyen de preuve recevable en principe, ce support doit néanmoins être soumis à un test concret de fiabilité. Les règles de recevabilité quant à la fiabilité varient en fonction du moyen de preuve et découlent donc de la qualification que l'on donne au départ au support d'un élément de preuve. Le document technologique, nous l'avons vu, peut prendre plusieurs qualifications. Les règles de fiabilité vont donc varier,

selon qu'on le qualifie d'écrit instrumentaire signé ou non signé, d'écrit non instrumentaire ou d'élément matériel.

1. Écrit instrumentaire signé

Pour comprendre le régime de fiabilité adopté pour le document technologique qualifié d'écrit instrumentaire signé, il est nécessaire de rappeler le régime de droit commun applicable aux écrits papier.

Comment savoir si un écrit papier qui constate un contrat et crée des obligations pour les parties signataires n'est pas un faux, signé par un usurpateur, ou n'a pas été altéré après sa signature, de manière à trahir la volonté commune des parties exprimée à l'origine? La réponse du droit commun se trouve dans l'exigence d'une preuve d'authenticité, comme condition de recevabilité. Cette condition est d'ailleurs commune à toutes les espèces d'écrits, instrumentaires ou non.

L'acte dit « authentique », comme l'acte notarié, jouit d'une présomption légale d'authenticité qui équivaut à cette preuve. Elle peut être contestée par la voie d'une procédure très formaliste appelée l'inscription de faux. Exceptionnellement, dans le cadre de cette procédure, c'est celui qui conteste l'authenticité qui a le fardeau de prouver le faux ou l'altération. Cette règle s'explique par la confiance que l'on porte à l'officier public, le plus souvent notaire, qui a confectionné l'écrit et qui a été témoin de la signature des parties.

Le régime commun, applicable à tous les autres écrits sur papier, est différent. C'est celui qui invoque un écrit ou qui le produit en preuve qui a le fardeau d'en prouver l'authenticité. Même en cas de contestation, en vertu de l'article 89 C.p.c. par exemple, il n'y a pas de déplacement du fardeau de la preuve de l'authenticité. Cette preuve se fait concrètement par le témoignage de quiconque a assisté à la confection de l'écrit et peut le « reconnaître » au moment du procès. Elle peut aussi se faire par un expert en comparaison d'écriture. De telles preuves sont rares. Le plus souvent, l'authenticité de l'écrit est admise par la partie adverse explicitement ou implicitement (art. 89 ou 403 C.p.c.). Toutefois, en l'absence de preuve d'authenticité ou d'admission de la partie adverse, l'écrit est déclaré irrecevable et dépourvu de force probante.

Comment intégrer le document technologique dans un tel système? C'est ce qu'a tenté de faire le législateur dans la partie la plus

difficile de la Loi, qui a introduit le régime des articles 2838 à 2840 C.c.Q. :

2838. *Outre les autres exigences de la loi, il est nécessaire, pour que la copie d'une loi, l'acte authentique, l'acte semi-authentique ou l'acte sous seing privé établi sur un support faisant appel aux technologies de l'information fasse preuve au même titre qu'un document de même nature établi sur support papier, que son intégrité soit assurée.*

2839. *L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue.*

Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve.

2840. *Il n'y a pas lieu de prouver que le support du document ou que les procédés, systèmes ou technologies utilisés pour communiquer au moyen d'un document permettent d'assurer son intégrité, à moins que celui qui conteste l'admissibilité du document n'établisse, par prépondérance de preuve, qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document.*

Pour l'étudier, il convient de parler successivement des notions d'authenticité et d'intégrité, de la présomption légale d'intégrité, de la contestation de cette présomption et enfin de l'authenticité quant à la source du document.

a. Notions d'authenticité et d'intégrité

D'entrée de jeu, on observe que le législateur n'emploie pas le terme *authenticité*. Il préfère parler d'*intégrité*. Il est nécessaire de tenter de cerner l'un et l'autre terme.

La notion classique d'authenticité comporte deux volets. On qualifie d'authentique un écrit, d'une part, dont la source apparente est la source réelle, c'est-à-dire qu'il a véritablement été fait et signé par la personne identifiée par la signature et, d'autre part, qui n'a pas été altéré, c'est-à-dire qui est dans le même état qu'au moment où il a été signé. La preuve de l'authenticité doit couvrir ces deux volets : le témoin, qui « reconnaît » l'écrit, reconnaît à la fois l'authen-

ticité de la signature et l'absence d'altération de l'écrit, c'est-à-dire son intégrité⁵³.

Le législateur ne définit pas le terme *intégrité* qu'il emploie exclusivement aux articles 2838 à 2840 C.c.Q. Il la décrit comme suit :

2839. *L'intégrité d'un document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue [sic].*⁵⁴

Cette formulation laisse clairement entendre que la notion d'intégrité vise l'absence d'altération du document et qu'elle est distincte de la question de la conformité entre la source réelle et la source apparente du document. Un auteur estime que la Loi distingue entre l'intégrité et l'authenticité du document, en liant cette dernière à la question de la signature⁵⁵. Si tel est le cas, il y a lieu de tenir en suspens, pour le moment, la question du traitement par la Loi du problème de la source du document.

b. Présomption légale d'intégrité

Après avoir fait de l'intégrité le pivot du système, le législateur adoucit ses exigences quant à la preuve de cette intégrité. L'article 2840 C.c.Q. crée une présomption légale d'intégrité⁵⁶. Celui qui invoque le document technologique est dispensé d'en prouver l'intégrité. Si la partie adverse conteste son intégrité et fait objection à sa recevabilité pour ce motif, elle a le fardeau de prouver « par prépondérance de preuve qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document », comme le dit l'article 2840 C.c.Q.

Bien que cette disposition ait fait l'objet de quelques commentaires favorables⁵⁷, elle nous semble néanmoins critiquable. Il s'agit d'une dérogation fondamentale à l'économie générale du droit de la preuve. Tous les éléments de preuve sont soumis à une condition commune de recevabilité : il faut que leur fiabilité soit prouvée ou

⁵³ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 44, n° 379, p. 122.

⁵⁴ La faute de grammaire dans *voulue* est celle du texte de loi.

⁵⁵ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 8, 23, n° 35-37.

⁵⁶ M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, 94.

⁵⁷ *Id.*, 98.

admise. Pour tous les éléments de preuve dont le support est autre que le témoignage rendu en présence du tribunal, cette preuve de fiabilité prend la forme d'une preuve d'authenticité. La seule exception est celle de l'acte dit « authentique » : il jouit d'une présomption d'authenticité jusqu'à ce que le tribunal l'ait déclaré faux au terme d'une procédure formaliste où c'est la partie qui conteste l'écrit authentique qui a le fardeau de prouver le faux.

Par sa réforme, le législateur accorde au document technologique le bénéfice de la même présomption, sans même l'entourer du même cadre procédural. Il s'agit d'une dérive inexplicable. Cette présomption est justifiée dans le cas de l'écrit dit « authentique », comme l'acte notarié. Ce dernier est confectionné par l'officier public ou sa surveillance. En concourant à l'acte, il en garantit l'authenticité. Dans le cas de l'acte notarié, le notaire est le témoin des signatures : il garantit le consentement et l'identité des signataires. Il n'y a rien de comparable pour le document technologique. Il n'y a pas d'intervention d'un officier public. Le document demeure l'affaire privée des parties ou de l'une d'entre elles. Il semble étonnant de permettre à une partie d'opposer à un cocontractant ou même à un tiers étranger, un document technologique, sans preuve d'authenticité ou d'intégrité, alors qu'il demeure chargé d'une telle preuve lorsqu'il produit un document papier.

Enfin, il convient de signaler l'existence d'une autre présomption d'intégrité, édictée à l'article 33 de la Loi et absente du Code civil :

33. *Une présomption d'intégrité d'un document d'une entreprise au sens du Code civil ou en possession de l'État existe en faveur d'un tiers qui en génère un exemplaire ou une copie à partir d'un système ou d'un document, y compris un logiciel, mis à sa disposition par l'un d'eux.*

Le contexte de l'article 33 semble indiquer que cette présomption d'intégrité vise l'exemplaire ou la copie du document technologique généré à l'aide du système de l'entreprise ou de l'État, et non le document technologique lui-même. Le texte même de la disposition permet de soutenir que la présomption vise autant le document original que l'exemplaire ou la copie qui en est tiré. En application de l'article 2847 C.c.Q., on peut dire qu'il s'agit d'une présomption relative qui peut être renversée par la preuve du contraire. Si l'article 33 de la Loi est interprété de manière à couvrir aussi le document original, il se peut que cette redondance avec la présomption d'intégrité de l'article 2840 C.c.Q. soit sans conséquence. Il reste

que pareille équivoque dans la rédaction nous forcera à nous demander comment on échappe à la présomption de l'article 33 de la Loi : suffit-il de prouver le contraire, ou faudra-t-il appliquer le mécanisme complexe de contestation de la présomption édicté à l'article 2839 C.c.Q.? Voilà le genre de question que le législateur aurait dû nous épargner.

c. Contestation de la présomption

Pour contester la présomption d'intégrité du document technologique, le législateur a édicté un mécanisme complexe qui résulte de la combinaison des articles 2839 C.c.Q. et 89 C.p.c., qui se lit comme suit :

89. *Doivent être expressément alléguées et appuyées d'un affidavit :*

1. la contestation de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous seing privé, ou celle de l'accomplissement des formalités requises pour la validité d'un écrit;

2. la prétention des héritiers ou représentants légaux du signataire d'un des écrits visés par le paragraphe 1, qu'ils ne connaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur;

3. la contestation d'un acte semi-authentique;

4. la contestation d'un document technologique fondée sur une atteinte à son intégrité. Dans ce cas, l'affidavit doit énoncer de façon précise les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document.

A défaut de cet affidavit, les écrits sont tenus pour reconnus ou les formalités pour accomplies, selon le cas.

Le mécanisme se décompose en trois temps.

i. Preuve d'atteinte à l'intégrité

Dans un premier temps, la partie qui conteste l'intégrité du document technologique, que l'on a produit contre elle, doit alléguer expressément, dans un acte de procédure, les faits et les motifs qui rendent probable l'atteinte à l'intégrité du document, comme l'exige l'article 89 C.p.c. Elle doit joindre un affidavit (déclaration assermentée). Elle doit enfin prouver par prépondérance de preuve l'atteinte à l'intégrité du document (art. 2940 C.c.Q.).

L'appréciation de cette preuve conduit à l'un des deux résultats suivants. D'une part, si la partie omet d'appuyer sa contestation d'un affidavit ou si elle ne réussit pas à prouver l'atteinte à l'intégrité du document, « les écrits sont tenus pour reconnus » selon l'alinéa 2 de l'article 89 2 C.p.c. ou l'intégrité du document est « assurée » selon l'article 2840 C.c.Q. Le document est alors reçu en preuve. D'autre part, si la partie qui conteste réussit à prouver par prépondérance l'atteinte à l'intégrité du document, selon l'article 2840 C.c.Q., il y a alors nécessité, dans un deuxième temps, d'une contre-preuve de la part de la partie qui cherche à produire le document technologique.

ii. Contre-preuve d'intégrité

Dans cette hypothèse, la partie qui cherche à produire le document technologique doit prouver, selon l'article 2839 C.c.Q., que l'intégrité du document est assurée, c'est-à-dire qu'il « est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulues ». Une telle preuve devrait normalement se faire par témoin expert⁵⁸.

Cette hypothèse appelle deux critiques. D'une part, un auteur pense qu'elle est invraisemblable⁵⁹. En effet, comment concevoir que le promoteur du document puisse prouver qu'il est intègre, après que la partie adverse ait prouvé, « par prépondérance de preuve », qu'il y a eu atteinte à son intégrité? Il y a là, à tout le moins, une maladresse de langage. Strictement, la critique est bien fondée. L'expression *prépondérance de preuve* est normalement réservée au cas où la preuve a été produite de manière contradictoire par les deux parties et appréciée de façon finale par le tribunal. Si la partie qui a le fardeau de la preuve a apporté une preuve plus lourde que celle de son adversaire, il est trop tard pour la combattre par une preuve additionnelle. Pour donner quelque sens à cette disposition, il faut supposer que le législateur avait à l'esprit le degré de preuve requis pour renverser la présomption légale : il n'a pas voulu exiger une preuve absolue ou hors de tout doute raisonnable, comme en droit pénal, mais bien une preuve qui rende l'hypothèse de l'altération

⁵⁸ P. TESSIER et M. DUPUIS, *loc. cit.*, note 17, 231.

⁵⁹ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 8, 36, n° 58.

du document plus *probable* que celle de son intégrité. Si telle était son intention, il l'a exprimée de façon maladroite, puisqu'il lui suffisait d'omettre l'expression « par prépondérance de preuve ». On aurait alors appliqué l'article 2804 C.c.Q. qui édicte la norme générale du degré de preuve requis en droit civil : celui de la simple probabilité du fait.

D'autre part, le langage utilisé pour décrire le contenu de la preuve requise ne manque pas aussi d'étonner. Imaginons l'expert qui témoigne comme suit : « M. le juge, je suis d'avis qu'il est possible de vérifier que l'information véhiculée par le document n'est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulues ». Il risque de se faire répondre par le juge : « Si une telle vérification est *possible*, l'avez-vous faite et, si oui, quel en est le résultat » ? La formulation de la règle laisse à désirer. Sur le plan du fond, il est douteux que la preuve qu'il « est possible de vérifier que le document est intègre » puisse contrer la preuve préalable, faite par prépondérance, qu'il y a eu atteinte à son intégrité.

Sous réserve de ces critiques, le résultat de la contre-preuve peut conduire à trois possibilités. Comme première possibilité, le promoteur du document technologique réussit dans sa preuve d'intégrité. Dans un tel cas, la présomption d'intégrité est maintenue et le document est reçu en preuve.

Comme deuxième possibilité, celui qui veut produire le document ne réussit pas à prouver que son intégrité est assurée. Le document, dans sa forme altérée, devrait alors être déclaré irrecevable. La preuve du contenu original du document devra être fait autrement, si l'article 2860 C.c.Q. l'autorise. Cette preuve risque d'être impossible si, par exemple, le document a été altéré par la faute de la partie qui l'invoque. La rigueur de cette solution devrait toutefois être tempérée, en prenant en compte l'incidence de l'altération. Il y a lieu de faire une analogie avec les conséquences du jugement de faux dans le cas de l'acte notarié⁶⁰. La validité de l'acte est maintenue, si le faux touche un élément sans conséquence sur l'objet du litige. Tel serait le cas d'un prêt dont la date inscrite par le notaire est erronée, si par ailleurs la date est admise par les parties ou si elle ne change rien au sort du litige. Il en irait de même pour

⁶⁰ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 44, n° 282-284, p. 91.

un prêt par document numérique dont la date aurait été altérée, si la date ne fait pas partie des faits en litige.

Fort curieusement, le législateur ne dit pas si le promoteur du document a le fardeau de surpasser la preuve initiale, soi-disant prépondérante, d'atteinte à l'intégrité qui a été faite par la partie adverse, ou s'il peut se contenter de la neutraliser, pour faire déclarer le document recevable. Il a plutôt choisi de contourner la question en créant une troisième possibilité : celle du match nul ou du demi-échec du promoteur du document dans sa preuve d'intégrité. La règle est formulée ainsi, à l'alinéa 2 de l'article 2839 C.c.Q. :

Lorsque le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, celui-ci peut, selon les circonstances, être reçu à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve.

Cette hypothèse, où le document dont l'intégrité n'est pas prouvée est néanmoins reçu à titre de commencement de preuve, nous mène au troisième temps du mécanisme : celui de la preuve de l'acte par témoin.

iii. Preuve testimoniale de l'acte

Le commencement de preuve est une notion classique du droit de la preuve. Il est défini à l'article 2865 C.c.Q. :

2865. *Le commencement de preuve peut résulter d'un aveu ou d'un écrit émanant de la partie adverse, de son témoignage ou de la présentation d'un élément matériel, lorsqu'un tel moyen rend vraisemblable le fait allégué.*

Son utilité est restreinte. Elle se manifeste uniquement dans le cas d'un acte que les parties n'ont pas constaté par un écrit et qui par ailleurs ne peut pas être prouvé par témoin. Le commencement de preuve vient faire exception au principe, en donnant ouverture à la preuve testimoniale de l'acte. Telle est la règle formulée à l'article 2862 C.c.Q. :

2862. *La preuve d'un acte juridique ne peut, entre les parties, se faire par témoignage lorsque la valeur du litige excède 1 500 \$.*

Néanmoins, en l'absence d'une preuve écrite et quelle que soit la valeur du litige, on peut prouver par témoignage tout acte juridique dès lors qu'il y a commencement de preuve; on peut aussi prouver par témoignage,

contre une personne, tout acte juridique passé par elle dans le cours des activités d'une entreprise.

Le commencement de preuve n'est pas nécessaire pour prouver un acte dans un litige dont la valeur est égale ou inférieure à 1 500 \$ ou un acte fait dans le cours des activités d'une entreprise. Lorsqu'il est nécessaire, le commencement de preuve ne fait rien d'autre qu'autoriser la preuve de l'acte par témoin. Cette preuve est entendue de manière contradictoire, chaque partie faisant entendre ses propres témoins le cas échéant. Le résultat de l'appréciation des témoignages par le tribunal est aléatoire. Il est clair que le fardeau de prouver l'acte appartient à celui qui en réclame le bénéfice, en application de la règle de base du droit commun :

2803. *Celui qui veut faire valoir un droit doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention. Celui qui prétend qu'un droit est nul, a été modifié ou est éteint doit prouver les faits sur lesquels sa prétention est fondée.*

En cas d'absence de prépondérance de la preuve testimoniale, il est possible que l'élément de preuve, invoqué comme commencement de preuve, puisse servir à faire pencher la balance en faveur de la partie qui l'a produit, selon l'appréciation que le tribunal peut faire de sa force probante. Mais il s'agit d'une hypothèse plutôt marginale, puisque le commencement de preuve est généralement un élément de preuve faible.

Ce recours du législateur à la notion de commencement de preuve suscite trois critiques. Premièrement, selon la notion classique, il est de l'essence du commencement de preuve qu'il rende *vraisemblable* l'acte à prouver. Or, le texte de l'alinéa 2 de l'article 2839 C.c.Q. semble créer un mécanisme automatique : le document dont l'intégrité est incertaine pourrait toujours servir de commencement de preuve, sans égard au fait qu'il rende vraisemblable ou non l'acte à prouver. Ce serait là une distorsion étonnante de la notion. Pour la corriger, il faut tirer des mots « selon les circonstances » l'idée que le document doit effectivement rendre vraisemblable l'acte à prouver. Il faut aussi se servir de l'article 5 de la Loi pour interpréter l'article 2839 C.c.Q. :

5. [...] *Le document dont le support ou la technologie ne permettent [sic]⁶¹ ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon*

⁶¹ La faute de grammaire dans *permettent* est celle du texte de loi. Le même texte, répété à l'alinéa 2 de l'article 2839 C.c.Q., emploie le mot *permet*.

les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil. [...]

Comme on le voit, le législateur a recopié ce passage de l'article 5 dans l'article 2839 C.c.Q., en omettant de reproduire les mots « comme prévu à l'article 2865 du Code civil ». Après avoir surmonté cette difficulté de lecture, on en arrive à la conclusion que le législateur a sans doute voulu utiliser la notion de commencement de preuve dans son intégralité : il doit rendre vraisemblable l'acte à prouver.

Deuxièmement, le texte de l'alinéa 2 de l'article 2839 C.c.Q. ne précise pas si le document, pour servir de commencement de preuve, doit nécessairement émaner de la partie contre laquelle on cherche à prouver l'acte juridique. Il faut se livrer au même jeu d'interprétation que ci-haut pour répondre affirmativement. Le document doit nécessairement émaner de la partie adverse.

Troisièmement, selon la théorie classique, pour qu'un aveu, un écrit, un témoignage ou un élément matériel puisse servir de commencement de preuve, il faut que son authenticité ait préalablement été prouvée ou reconnue. Jamais le droit antérieur n'aurait accepté qu'un élément de preuve vicié, douteux, non fiable, puisse servir de commencement de preuve. En empruntant un vocabulaire connu, l'alinéa 2 de l'article 2839 C.c.Q. crée l'illusion d'être en harmonie avec le droit commun : en réalité, il s'agit d'une dérogation étonnante et inexplicable.

d. Authenticité quant à la source du document

Le temps est venu de nous interroger sur la question de la source du document technologique, que nous avons laissée en suspens. Nous avons vu que le législateur a délaissé le terme *authenticité* pour articuler tout le mécanisme de vérification de la fiabilité du document technologique autour de la notion nouvelle d'*intégrité*. Ce choix est ambigu, puisque la notion traditionnelle d'authenticité comporte deux volets : d'une part, la conformité de la source apparente d'un élément de preuve avec sa source réelle et, d'autre part, son intégrité, c'est-à-dire l'absence d'altération de son état originel.

Il y a lieu de se demander si le législateur considère qu'intégrité et authenticité sont synonymes, de sorte que le régime de preuve prévu pour l'intégrité règle en même temps le volet « source » de l'authenticité. Si tel n'est pas le cas, quel traitement distinct le législateur a-t-il prévu quant à la source du document? Ces questions nous amènent à envisager trois réponses possibles.

La première réponse consiste à dire que le législateur considère que les deux termes veulent dire la même chose et qu'il pouvait se permettre de créer le néologisme juridique d'*intégrité* pour remplacer le terme plus vieillot d'*authenticité*. Contrairement au terme *authenticité*, le terme *intégrité* fait partie du vocabulaire de l'informatique et a pu paraître mieux adapté au traitement de l'objet de la nouvelle Loi. Cette réponse risque de ne pas être la bonne. Le législateur continue d'employer le terme *authenticité* dans le cas du document technologique qualifié d'élément matériel (art. 2855 C.c.Q.) ou qualifié d'enregistrement d'un témoignage extrajudiciaire (art. 2874 C.c.Q.). Le maintien de l'usage du terme *authenticité* en rapport avec ces autres types de documents technologiques nous force à croire que le législateur considère les deux termes comme distincts, quant à leur sens et leur contenu. S'il demeure possible que la notion d'authenticité inclue l'intégrité du document, il est certain que l'intégrité n'inclut pas la question de la source du document.

La deuxième réponse possible consiste à dire qu'en élaborant le régime prévu pour les écrits instrumentaires, aux articles 2838 à 2840 C.c.Q., le législateur n'a voulu régler rien d'autre que la question de l'*intégrité* du document et qu'il nous renvoie au droit commun pour régler la question de la source du document ou de son *authenticité*, comprise dans ce sens étroit. Cette interprétation peut s'appuyer sur les termes « Outre les autres exigences de la loi » que l'on trouve au début de l'article 2838 C.c.Q. Un auteur croit, en effet, que la partie qui utilise le document doit en prouver l'authenticité mais qu'elle est dispensée d'en prouver l'intégrité⁶². Il faut alors se rappeler que si la partie adverse est signataire de l'écrit instrumentaire dont elle veut contester l'authenticité, elle doit suivre la procédure de l'article 89 C.p.c. : elle doit expressément alléguer les motifs de sa contestation « de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous seing privé », avec affidavit à l'appui. Dès lors, le promoteur de l'écrit aura le fardeau d'en prouver l'authenticité.

⁶² J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 407, p. 254.

Cette solution se heurte à un obstacle de taille qui tient au texte de l'article 89 C.p.c. Prenons le cas d'un demandeur qui prend action sur la base d'un contrat conclu par courriel, dont le défendeur conteste à la fois la signature et l'intégrité, avec affidavit à l'appui. L'application simultanée des paragraphes 1 et 5 de l'article 89 C.p.c. conduit à une situation bancale. Le demandeur aurait le fardeau de prouver l'authenticité de la signature du courriel, mais le défendeur aurait le fardeau de prouver par prépondérance que le contenu du courriel a été altéré. Mais il y a une difficulté additionnelle. Le paragraphe 1 de l'article 89 C.p.c. ne vise pas seulement la contestation de la signature mais aussi « d'une partie importante d'un écrit sous seing privé ». L'interprétation classique de ces termes vise toute forme d'altération subie par l'écrit postérieurement à la signature⁶³. En vertu du principe d'équivalence de l'article 5 de la Loi, le contrat par courriel est soumis aux mêmes règles que s'il avait été fait sur papier. On débouche sur un conflit de règles : si la partie adverse conteste l'intégrité du contrat sur courriel, en vertu de l'article 89 C.p.c., le promoteur du contrat a le fardeau d'en prouver l'intégrité en application du paragraphe 1, alors que la partie qui conteste a le fardeau de prouver l'atteinte à son intégrité en application du paragraphe 5. Il y a là deux régimes de preuve incompatibles.

La troisième réponse possible consiste à dire qu'il y a une présomption légale d'authenticité de la signature et que celui qui invoque le document technologique qualifié d'écrit sous seing privé est dispensé de prouver l'authenticité de la signature. Cette solution s'appuie sur l'article 39 de la Loi :

39. *Quel que soit le support du document, la signature d'une personne peut servir à l'établissement d'un lien entre elle et un document. La signature peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil.*

La signature d'une personne apposée à un document technologique lui est opposable lorsqu'il s'agit d'un document dont l'intégrité est assurée et qu'au moment de la signature et depuis, le lien entre la signature et le document est maintenu.

En vertu du droit commun, la signature que la partie adverse a apposée à un contrat en format papier lui est « opposable » unique-

⁶³ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 2, n° 365 et 366, p. 118.

ment si son authenticité a été prouvée. Il est vrai que le mécanisme de l'article 89 C.p.c. facilite cette preuve en permettant de prouver cette authenticité par l'aveu judiciaire implicite de la partie adverse qui omet de la contester selon la procédure prescrite. Mais la procédure ne change rien au fond de la question : c'est toujours la partie qui invoque le contrat qui a le fardeau de prouver l'authenticité de la signature de la partie adverse cocontractante. L'article 39 de la Loi crée une toute autre solution. La signature du cocontractant lui est opposable de plein droit, sans preuve d'authenticité à deux conditions : d'une part, l'intégrité du document est assurée et, d'autre part, « au moment de la signature et depuis, le lien entre la signature et le document est maintenu ». Comme on l'a vu, la première condition fait elle-même l'objet d'une présomption légale en vertu de l'article 2840 C.c.Q. : le promoteur du document n'a pas le fardeau de prouver son intégrité. La seconde condition vise uniquement la stabilité de la signature et de son lien avec le document à partir du moment où elle est apposée. Interprété strictement, le texte ne se préoccupe pas du lien entre la personne identifiée par la signature et la personne qui l'a réellement apposée, c'est-à-dire entre la source apparente et la source réelle du document.

On en arrive à une solution étonnante : d'une part, celui qui veut invoquer un document technologique à titre d'écrit sous seing privé n'a pas à prouver l'authenticité de la signature de la partie adverse cocontractante et, d'autre part, celui qui veut contester sa propre signature doit dénier l'intégrité du document avec affidavit à l'appui, en vertu de l'article 89 C.p.c., et il aura le fardeau de prouver par prépondérance qu'il y a eu atteinte à l'intégrité du document, pour pouvoir ensuite attaquer l'authenticité de la signature. Et dans ce dernier cas, on ne sait trop s'il aura le fardeau de prouver la fausseté de la signature ou si c'est plutôt le promoteur du document qui aura à en prouver l'authenticité. La logique conduirait alors à appliquer la solution du droit commun du paragraphe 1 de l'article 89 C.p.c. et à imposer ce fardeau au promoteur du document.

Cette troisième réponse, fondée sur l'article 39 de la Loi, a toutefois un champ d'application limité au cas où une partie cherche à prouver un écrit instrumentaire contre la partie qui l'a signé. La présomption d'authenticité de la signature ne s'applique donc qu'à celle de la partie adverse. Si l'écrit instrumentaire a été signé par un tiers, il faut alors s'en remettre à la réponse précédente.

Cette analyse du régime de preuve de l'authenticité du document technologique qualifié d'écrit instrumentaire signé nous inspire quelques réflexions. En premier lieu, le législateur a été mal inspiré lorsqu'il a introduit la notion d'intégrité sans la définir et sans l'harmoniser avec la notion classique d'authenticité. Il en résulte de la confusion. On ne sait plus si l'intégrité est synonyme d'authenticité, si elle est distincte ou si elle est incluse dans la notion d'authenticité. On a l'impression que la question de la concordance entre la source apparente et la source réelle du document a été ignorée ou sous-estimée. Il est aussi possible que la richesse et la plasticité de la notion classique d'authenticité ait été mal comprise. Elle aurait pu s'adapter à la nouvelle réalité du document technologique et intégrer la double dimension de la source et de l'intégrité du document. Le droit français a cru bon cumuler les deux exigences⁶⁴, à l'article 1316-1 du *Code civil* français :

1316-1. *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.*

En deuxième lieu, les présomptions légales d'intégrité et d'authenticité établies par le législateur sont en porte-à-faux par rapport à l'économie générale du droit de la preuve. La présomption légale d'authenticité est justifiée lorsqu'un acte a été fait par un officier public. Il n'y a rien de tel dans le cas des documents technologiques à caractère privé faits par les parties. Celles-ci devraient assumer les mêmes risques que lorsqu'elles choisissent de faire un contrat sous seing privé, en format papier. En cas de litige, la partie qui réclame le bénéfice de l'écrit assume le fardeau de prouver son authenticité. Telle est d'ailleurs la solution adoptée par le législateur fédéral pour la preuve des documents électroniques, à l'article 31 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁶⁵ :

31.1 *Il incombe à la personne qui cherche à faire admettre en preuve un document électronique d'établir son authenticité au moyen d'éléments de preuve permettant de conclure que le document est bien ce qu'il paraît être.*

⁶⁴ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 8, 23, n° 35.

⁶⁵ L.R.C. (1985), c. C-5, art. 31.

Le mécanisme de l'article 89 C.p.c., tel que conçu pour l'écrit papier, aurait pu convenir pour le document technologique. Il est raisonnable d'exiger que la partie qui conteste l'authenticité en expose les motifs, avec affidavit à l'appui. Il n'y a pas de raison, en plus, de la charger du fardeau de la preuve du faux ou de l'altération. On a sans doute exagéré la difficulté à résoudre. Dans la plupart des cas, il serait facile de faire la preuve de l'authenticité du document technologique soit par l'aveu exprès ou implicite de la partie adverse, soit par le témoignage de la partie qui réclame le bénéfice de l'écrit. En cas de difficulté, il n'y a aucune raison de placer le créancier d'un contrat sur support technologique en meilleure position que si le contrat avait été fait sur support papier. Cette disparité trahit le principe de neutralité technologique inscrit en rubrique des articles 2837 et suivants C.c.Q.

En dernier lieu, la complexité du système mis en place est déconcertante et sans doute excessive. À première vue, les nouvelles règles paraissent inoffensives. Leur analyse révèle un dédale de possibilités et des questions sans réponse. Les plaideurs devront s'ingénier à trouver des solutions pratiques. Par exemple, s'il n'y a pas de contestation de l'écrit sur support technologique en vertu de l'article 89 C.p.c., la partie qui invoque l'écrit peut prendre pour acquis que la partie adverse a reconnu tacitement l'authenticité et l'intégrité du document. En cas de contestation, elle a tout intérêt à faire une preuve d'authenticité et d'intégrité, de manière à contourner tout débat sur l'interprétation et l'application des présomptions légales.

2. Écrit instrumentaire non signé

Après avoir couvert le régime de preuve de l'authenticité de l'écrit instrumentaire signé, on s'attend à n'avoir aucune difficulté à régler le sort des écrits instrumentaires non signés. On se heurte, au contraire, à un autre problème d'interprétation. Comme nous l'avons signalé plus haut, le législateur n'a prévu aucune disposition expresse pour qualifier d'écrit instrumentaire non signé le document technologique qui accomplit cette fonction, notamment celle d'écrit non signé habituellement utilisée dans le cours des activités d'une entreprise (art. 2831 C.c.Q.). Nous l'avons déploré d'autant plus qu'il s'agit là d'une forme de document très répandue dans les usages du commerce de détail, comme par exemple les innombrables coupons de caisses enregistreuses.

Si la qualification n'est pas prévue, le régime de preuve d'authenticité ne l'est pas davantage. Où faut-il le chercher? Comme première réponse, on est tenté d'emprunter le régime que nous venons de voir pour les écrits signés. Or, l'article 2838 C.c.Q. limite son propre champ d'application aux écrits instrumentaires signés.

Comme seconde réponse, on se croit justifié d'appliquer le droit commun, d'autant plus que l'article 2835 C.c.Q. nous y invite :

2835. *Celui qui invoque un écrit non signé doit prouver que cet écrit émane de celui qu'il prétend en être l'auteur.*

Cette preuve d'authenticité devrait aussi inclure le fait que l'écrit n'a pas été altéré. La partie qui utilise ce document dans le procès pourrait faire cette preuve par un témoin qui reconnaît l'écrit ou par un expert qui, soit directement, soit par présomption de faits découlant de sa connaissance ou de son expérience du système, conclut à l'authenticité probable du document. La preuve pourrait aussi être faite par l'aveu exprès de la partie adverse ou par son aveu implicite découlant de la mise en demeure de l'article 403 C.p.c. Cette solution a l'inconvénient de créer une disparité considérable au sein des documents technologiques qualifiés d'écrits instrumentaires, selon qu'ils sont signés ou non signés. Cette disparité n'est pas justifiée, d'autant plus que la qualification de certains de ces écrits, comme signés ou non signés, est problématique. Nous l'avons vu à propos du relevé d'opération du guichet automatique de banque.

Comme troisième réponse, on trouve dans la Loi un régime général de preuve d'intégrité édicté aux articles 5, 6 et 7 :

5. *La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi.*

Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit.

Le document dont le support ou la technologie ne permettent [sic] ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil.

Lorsque la loi exige l'emploi d'un document, cette exigence peut être satisfaite par un document technologique dont l'intégrité est assurée.

6. *L'intégrité du document est assurée, lorsqu'il est possible de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité, et que le support qui porte cette information lui procure la stabilité et la pérennité voulue [sic].*

L'intégrité du document doit être maintenue au cours de son cycle de vie, soit depuis sa création, en passant par son transfert, sa consultation et sa transmission, jusqu'à sa conservation, y compris son archivage ou sa destruction.

Dans l'appréciation de l'intégrité, il est tenu compte, notamment des mesures de sécurité prises pour protéger le document au cours de son cycle de vie.

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

Ce régime recopie, dans un ordre et des mots différents, la substance du régime d'authenticité des écrits signés prévu aux articles 2838 à 2840 C.c.Q. Il y a sans doute lieu de l'appliquer, par défaut et à titre supplétif, aux écrits instrumentaires non signés. On déplore que la disposition n'ait pas été intégrée dans le Code civil. La variation de l'ordre et du langage des dispositions dans la Loi et dans le Code est difficilement justifiable, puisque la substance est la même. Enfin, il y a source de confusion lorsque le législateur, après avoir édicté le régime général des articles 5, 6 et 7 de la Loi, prend la peine de les recopier sous forme d'application expresse aux écrits signés dans les articles 2838 à 2840 C.c.Q., mais omet de le faire pour les écrits non signés, d'autant plus qu'il a édicté des dérogations particulières pour le document technologique qualifié d'élément matériel (art. 2855 C.c.Q.) ou d'enregistrement d'un témoignage extrajudiciaire (art. 2874 C.c.Q.).

3. Élément matériel

Un élément matériel peut consister en un objet, de même qu'en la représentation sensorielle de cet objet, d'un fait ou d'un lieu, comme le dit l'article 2854 C.c.Q. Un élément matériel peut avoir un support qui utilise les technologies de l'information et constituer un document technologique. Les formes les plus courantes sont la photographie et les enregistrements du son ou de l'image, par quelque procédé que ce soit. Leur usage devant les tribunaux a pré-

cédé de beaucoup l'avènement de la nouvelle Loi et constituait une réalité familière. Il était clair que quiconque voulait produire en preuve une photographie ou un enregistrement devait en prouver l'authenticité⁶⁶. Dans ce contexte, l'authenticité veut dire simplement la conformité au réel qu'on a voulu représenter et l'absence d'altération du support que l'on a choisi. La règle était uniforme et s'appliquait autant à la brique tombée sur la tête de la victime qu'à la photographie de la brique ou à l'enregistrement fait par la caméra numérique qui a filmé l'événement.

En conséquence de la nouvelle Loi, le régime de preuve du document technologique qualifié d'élément matériel fait l'objet d'une disposition expresse, à l'article 2855 C.c.Q. :

2855. *La présentation d'un élément matériel, pour avoir force probante, doit au préalable faire l'objet d'une preuve distincte qui en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'élément matériel est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi.*

L'alinéa 3 de l'article 5 de la Loi est ainsi rédigé :

Le document dont le support ou la technologie ne permettent [sic] ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité en est assurée peut, selon les circonstances, être admis à titre de témoignage ou d'élément matériel de preuve et servir de commencement de preuve, comme prévu à l'article 2865 du Code civil.

Le nouveau régime crée une présomption d'authenticité en faveur de l'élément matériel qualifié de document technologique⁶⁷. Le champ d'application de cette présomption est vaste. Il ne se limite pas aux enregistrements numériques, c'est-à-dire à ceux qui sont réalisés à l'aide de la technologie informatique. La définition du paragraphe 2 de l'article 1 de la Loi est si vaste qu'elle couvre tous les modes de saisie des sons et des images, y compris la technologie de la photographie sur plaque ou sur film, pourtant vieille d'un siècle et bien connue des tribunaux.

⁶⁶ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 2, n° 727-732, p. 218; *Cadieux c. Service de gaz naturel Laval inc.*, [1991] R.J.Q. 2490 (C.A.); *9027-3095 Québec inc. c. Louis*, précité, note 20.

⁶⁷ M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, 102.

Le mécanisme de ce régime peut être décrit comme suit. Celui qui veut utiliser en preuve un élément matériel sur support technologique est dispensé de prouver son authenticité. Il appartient à la partie adverse de contester cette présomption et elle assume le fardeau de la preuve. En vertu de l'article 89 C.p.c., elle doit annoncer son intention et les motifs de sa contestation dans un acte de procédure approprié, avec affidavit à l'appui. Elle doit faire la preuve soit que le support ou la technologie ne permet ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité du document est assurée (art. 5 de la Loi), soit que le document est altéré, soit que ce qu'il représente n'est pas conforme à la réalité. Si elle ne réussit pas à faire une telle preuve, la présomption d'authenticité est maintenue et le document est reçu en preuve. Si au contraire elle réussit, la présomption d'authenticité tombe et le promoteur du document est contraint d'en prouver l'authenticité. Le tribunal devra alors apprécier l'ensemble de la preuve de façon contradictoire.

Les efforts du promoteur du document peuvent conduire à trois résultats. En premier lieu, si le promoteur échoue dans sa preuve d'authenticité, le document est rejeté. En deuxième lieu, s'il prouve l'authenticité du document, ce dernier est reçu en preuve. Comme dans le cas de l'article 2840 C.c.Q., le texte de l'article 2855 C.c.Q. ne dit pas clairement à qui va le fardeau de la preuve à ce stade du débat sur l'authenticité. Il prévoit toutefois un troisième résultat en cas d'absence de prépondérance de preuve d'intégrité. En effet, si les efforts du promoteur du document sont infructueux et qu'il s'avère que le support ou la technologie ne permet ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité du document est assurée, il pourra se prévaloir de la suite de l'alinéa 3 de l'article 5 de la Loi pour faire admettre le document à titre de commencement de preuve.

Les cas où l'élément matériel pourra utilement être invoqué comme commencement de preuve sont plutôt rares. La vocation naturelle de l'élément matériel est de faire la preuve d'un fait, et non d'un acte juridique. Or, pour prouver un fait, la preuve par témoin est, en principe, toujours recevable : on n'a pas besoin de commencement de preuve. Il y a toutefois des cas où l'élément matériel peut faire preuve partielle ou entière d'un acte juridique. Il prend alors la forme de l'enregistrement des conversations par lesquelles un contrat a été formé ou de l'enregistrement d'un aveu extrajudiciaire qui s'y rapporte. Cet enregistrement doit être qualifié de document technologique. Même si la preuve testimoniale d'un contrat est interdite en vertu de l'article 2862 C.c.Q., rien n'empêche une par-

tie d'en faire la preuve complète par cet enregistrement ou de le faire valoir comme commencement de preuve pour ensuite rendre admissible la preuve du contrat par témoin. Normalement, une partie devrait prouver l'authenticité d'un tel enregistrement pour le faire servir de commencement de preuve. Sous le régime de l'article 2855 C.c.Q., elle est dispensée de le faire, à moins qu'elle ne se trouve dans le cas visé à l'alinéa 3 de l'article 5 de la Loi. Et même dans ce cas, elle peut l'invoquer comme commencement de preuve. C'est donc dire que pour empêcher qu'un enregistrement ne serve de commencement de preuve, la partie adverse doit prouver que son intégrité n'est pas assurée.

On observe que, même si le législateur a cru bon d'instituer des présomptions légales d'authenticité pour l'élément matériel comme pour l'écrit instrumentaire signé, elles se distinguent par leur intensité. Dans le cas de l'écrit signé, le mécanisme de contestation exige que la partie adverse prouve une atteinte à l'intégrité du document, par prépondérance de preuve (art. 2840 C.c.Q.). Dans le cas de l'élément matériel, il suffit que la partie adverse prouve que le support ou la technologie ne permet ni d'affirmer, ni de dénier que l'intégrité du document est assurée (art. 2965 C.c.Q. et 5 de la Loi) ou, autrement dit, que l'assurance de son intégrité est indémontrable.

L'article 2855 C.c.Q. mérite certaines critiques. Sur le plan de la forme, il y a lieu de déplorer que le législateur réfère ainsi à une source externe au Code civil (art. 5 de la Loi). Un tel procédé pêche contre la méthode de rédaction du Code civil. Ce renvoi est d'autant plus inexplicable que l'alinéa 3 de l'article 5 de la Loi est reproduit à peu près intégralement à l'alinéa 2 de l'article 2839 C.c.Q. On a eu raison de dire qu'il s'agit là de technique législative « inappropriée »⁶⁸. En outre, il y a lieu de s'étonner de la légèreté avec laquelle le législateur passe du terme *authenticité* utilisé à l'article 2855 C.c.Q., au terme *intégrité* utilisé à l'article 5 de la Loi auquel il renvoie. Il maintient ainsi la confusion que nous avons dénoncée plus haut. Pourtant, la notion d'intégrité, telle que définie à l'alinéa 1 de l'article 2839 C.c.Q., ne couvre pas la question de la conformité de l'élément matériel à la réalité qu'on a voulu y enregistrer, dimension que seule la notion d'authenticité parvient à englober.

⁶⁸ M. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10, 122.

Quant au fond, nous ne pouvons que réitérer les critiques formulées ci-haut à l'endroit du régime des écrits signés. Le système est si compliqué que l'on risque de s'y perdre. Il n'y a pas plus de raison de créer ici une présomption légale d'authenticité, ni d'avoir recours au mécanisme de commencement de preuve en déformant sa nature. Nos tribunaux avaient appris sans trop de peine à recevoir en preuve photographies, films, enregistrements sonores ou vidéo, en exigeant toujours que leurs utilisateurs en prouvent la fiabilité. On voit mal en quoi l'avènement de la technologie numérique vient modifier l'essence du problème au point d'imposer un nouveau paradigme en cette matière.

4. Témoignages extrajudiciaires

Autrefois jugées fort suspectes et écartées comme constituant une preuve par ouï-dire, les déclarations extrajudiciaires ont obtenu, dans le *Code civil du Québec*, une nouvelle respectabilité et un régime de recevabilité qui leur accorde une place grandissante dans notre système de preuve (art. 2869 à 2874 C.c.Q.). Elles peuvent être reçues à titre de témoignage à condition qu'elles aient été faites dans des circonstances qui en garantissent la fiabilité et que l'élément de preuve qui leur sert de support soit lui-même fiable. Le fardeau de la démonstration repose en principe sur la partie qui introduit un tel élément de preuve. Enfin, comme elles sont reçues à titre de témoignage, elles ne sont pas recevables dans les cas où la preuve testimoniale est en principe interdite, comme pour prouver un acte dont résulte un litige de plus de 1 500 \$ par exemple (art. 2862 C.c.Q.).

Au moment de l'adoption du nouveau Code en 1991, le législateur avait prévu, à l'article 2874 C.c.Q., l'hypothèse où le support de la déclaration extrajudiciaire était un « enregistrement sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier ». Au moment de l'adoption de la Loi, en 2001, le législateur a néanmoins ajouté une deuxième phrase à l'article 2874 C.c.Q. qui se lit désormais comme suit :

2874. *La déclaration qui a été enregistrée sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier, peut être prouvée par ce moyen, à la condition qu'une preuve distincte en établisse l'authenticité. Cependant, lorsque l'enregistrement est un document technologique au sens de la Loi concernant le cadre juridique des*

technologies de l'information, cette preuve d'authenticité n'est requise que dans le cas visé au troisième alinéa de l'article 5 de cette loi.

On voit que la solution retenue pour la déclaration sur support technologique est la même que pour l'élément matériel, que nous venons d'étudier : même présomption d'authenticité, même vocabulaire, même référence à l'article 5 de la Loi, même allusion à la possibilité que cette déclaration puisse servir de commencement de preuve. Les critiques que nous avons faites à propos du régime visant l'élément matériel peuvent être réitérées ici, en faisant les adaptations qui s'imposent. En outre, l'hypothèse de l'utilisation de la déclaration pour servir de commencement de preuve semble hautement improbable. Le témoignage d'un tiers ne peut pas, en principe, servir de commencement de preuve⁶⁹, tel que le précise la définition de l'article 2865 C.c.Q. Seul le témoignage de la partie adverse peut avoir un tel effet, dans des conditions peu fréquentes.

Mais il y a plus. L'article 2874 C.c.Q. contient une incohérence étonnante. Il laisse entendre qu'il peut y avoir deux types d'enregistrement : d'une part, l'enregistrement « sur ruban magnétique ou par une autre technique d'enregistrement à laquelle on peut se fier » et, d'autre part, l'enregistrement qui constitue « un document technologique au sens de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* ». Or, la Loi édicte que la notion de document inclut l'enregistrement sonore, magnétoscopique ou informatisé, et même le film (art. 71 de la Loi), et la notion de document technologique, telle que définie à l'alinéa 4 de l'article 3 de la Loi, inclut tous les documents « qui sont sur des supports faisant appel aux technologies de l'information, qu'elles soient électronique, magnétique, optique, sans fil ou autres » tel que précisé au paragraphe 2 de l'article 1 de la Loi. Il en résulte qu'il est inconcevable que l'enregistrement d'une déclaration soit autre chose qu'un document technologique⁷⁰.

Cette erreur de rédaction manifesterait excusable si elle n'avait comme conséquence de faire vivre côte à côte deux régimes de preuve d'authenticité incompatibles, à propos du même objet. L'enregistrement du premier type serait soumis au régime de droit commun : il serait recevable à la condition qu'une preuve distincte

⁶⁹ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 2, n° 932, p. 275.

⁷⁰ M. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10, 123.

en établit l'authenticité. L'enregistrement du deuxième type jouit d'une présomption légale qui dispense de prouver son authenticité. La difficulté n'est pas insurmontable puisqu'on peut dire, par interprétation, que la Loi a eu pour effet d'abroger la première phrase de l'article 2874 C.c.Q. Mais on se serait bien passé d'une telle difficulté, dans une matière où elles sont déjà suffisamment nombreuses.

Outre cette erreur de rédaction, il y a enfin les silences de la Loi sur d'autres formes de déclarations extrajudiciaires : celles que leurs auteurs auraient pu faire sur support papier mais ont préféré faire sur support numérique. Le Code civil en mentionne trois. Il y a premièrement la déclaration extrajudiciaire que fait un témoin dans un fichier numérique ou un message par courriel (art. 2871 C.c.Q.). Lorsqu'un témoin fait une telle déclaration sur papier, l'article 2872 C.c.Q. le qualifie d'écrit. Lorsque le témoin se sert d'un ordinateur, le document technologique qu'il produit doit recevoir la même qualification. Il y a deuxièmement le cas où la déclaration d'une personne est consignée dans un écrit par une autre personne (art. 2873 C.c.Q.). L'exemple typique est celui de l'expert en sinistres qui recueille la version des témoins des faits pour étoffer son dossier d'enquête. S'il se sert d'un ordinateur, ses notes sont qualifiées de document technologique. Il y a troisièmement le cas où une personne, partie au litige, fait un aveu extrajudiciaire, c'est-à-dire une déclaration contraire à ses intérêts dans le litige (art. 2867 C.c.Q.). Si elle fait un tel aveu dans un texte qu'elle écrit dans son ordinateur ou dans un message par courriel, ce texte constitue un document technologique.

Dans aucune de ces trois formes de déclaration par écrit, le législateur n'a inséré de disposition expresse pour prévoir le cas où la déclaration serait faite sur un support numérique plutôt que sur un support papier, tel qu'il l'a fait dans le cas de l'élément matériel (art. 2855 C.c.Q.) et de l'enregistrement de la déclaration extrajudiciaire (art. 2874 C.c.Q.). Pourquoi le législateur l'a-t-il fait dans ces deux derniers cas et s'est-il abstenu dans les trois premiers? En l'absence de toute autre explication, cela ne peut être que par inadvertance. Cette autre erreur nous force à chercher quel régime de preuve d'authenticité il faut appliquer à ces déclarations sur support numérique, en l'absence de toute disposition expresse. Nous devons explorer quatre avenues possibles pour découvrir que c'est le régime des articles 5 à 7 de la Loi qui s'impose par défaut.

La première possibilité consiste à appliquer la présomption d'authenticité de l'article 2874 C.c.Q. L'interprétation des dispositions pertinentes ne le permet pas. Les articles 2871 et 2872 C.c.Q. visent le cas où un agent humain consigne une déclaration en plaçant des caractères intelligibles sur un support papier ou numérique. Le document qui en résulte doit être qualifié d'écrit. L'article 2874 C.c.Q. vise un cas différent : celui où un système d'enregistrement est utilisé pour recueillir et conserver une représentation sensorielle d'une déclaration verbale. Le document qui en résulte doit être qualifié d'élément matériel. La partie qui s'en sert fait la preuve de la déclaration extrajudiciaire par cet élément matériel. Le régime de preuve d'authenticité prévu à l'article 2874 C.c.Q. a pour objet cet élément matériel : rien ne permet de l'appliquer à l'écrit des articles 2871 et 2872 C.c.Q., qui est un objet différent. En outre, si l'objet de ces trois dispositions avait été le même, le législateur n'aurait pas eu besoin d'édicter l'article 2874 C.c.Q. : les articles précédents auraient suffi. Pour que l'article 2874 C.c.Q. produise quelque effet, il faut conclure que le législateur avait à l'esprit autre chose que le document écrit. Enfin, le cas de l'aveu extrajudiciaire de l'article 2867 C.c.Q. est plus délicat. Il peut prendre les deux formes. Une partie peut écrire elle-même un texte incriminant dans son ordinateur ou dans un courriel : c'est alors un écrit. Elle peut aussi prononcer des paroles incriminantes qui sont immortalisées dans un enregistrement : il s'agit alors d'une preuve matérielle. Il faut tenir compte de cette variable lorsque vient le temps d'appliquer le régime correspondant de preuve d'authenticité.

La seconde possibilité consiste à appliquer le régime prévu aux articles 2837 à 2840 C.c.Q. pour les écrits. Malheureusement, cette solution n'est pas disponible. Certes, il s'agit d'écrits dans les deux cas, mais les écrits visés par les articles 2837 à 2840 C.c.Q. sont tous des écrits instrumentaires signés, alors que les écrits des articles 2872 et 2873 C.c.Q. sont des déclarations portant sur des faits.

La troisième possibilité consiste à appliquer le régime général du droit commun : une partie qui produit un écrit qui rapporte un fait, quelle qu'en soit la nature, doit en prouver l'authenticité. Telle est la règle qui se dégage des articles 2832 et 2835 C.c.Q. Cette solution, fort logique, aurait l'inconvénient de créer une disparité de régime injustifiée entre la déclaration enregistrée de l'article 2874 C.c.Q. et la déclaration consignée dans un écrit numérique selon les articles 2872 et 2873 C.c.Q. Comment justifier en effet que la première jouisse d'une présomption légale d'authenticité alors que la

seconde imposerait le fardeau de prouver son authenticité à celui qui veut s'en servir en preuve? Enfin, quoique l'on puisse penser de cette solution de droit commun, c'est la Loi qui aura le dernier mot.

La dernière possibilité est le régime général que prévoit la Loi aux articles 5 à 7. Il s'impose par défaut. Nous l'avons déjà retenu pour les écrits instrumentaires non signés. Il est à peu près identique au régime prévu aux articles 2837 à 2840 C.c.Q. pour les écrits instrumentaires signés. Cela signifie que la déclaration extrajudiciaire sur support numérique jouit de la même présomption légale d'authenticité, qui ne cède que devant une preuve prépondérante d'altération à charge de la partie qui en conteste l'authenticité. Cette conclusion est évidemment décevante. Elle amène les autres complications que nous avons déjà évoquées plus haut, relativement à cette présomption exorbitante. De plus, elle entraîne, elle aussi, une disparité déroutante entre la déclaration enregistrée et celle qui est consignée sur support numérique, en sens inverse, cette fois. En effet, l'enregistrement d'une déclaration verbale est présumé authentique jusqu'à preuve que le support ou la technologie utilisé ne permet ni d'affirmer, ni de dénier que son intégrité est assurée (art. 2874 C.c.Q. et art. 5, al. 3 de la Loi), alors que la déclaration écrite consignée sur support numérique est présumée authentique jusqu'à preuve prépondérante de son altération (art. 7 de la Loi). Cette disparité est difficilement justifiée et elle crée un système inutilement complexe. Nous préférons croire que c'est par inadvertance qu'elle a été ainsi créée, tant elle paraît inexplicable.

Il convient de signaler que le plaideur habile tentera sans doute de contourner cette difficulté en exploitant les vertus de l'article 294.1 C.p.c., dont la nouvelle version (2002) se lit comme suit :

294.1. *Le tribunal peut accepter à titre de témoignage une déclaration écrite, pourvu que cette déclaration ait été communiquée et produite au dossier conformément aux règles sur la communication et la production des pièces prévues au présent titre.*

Une partie peut exiger que la partie qui a communiqué la déclaration assigne le témoin à l'audience, mais le tribunal peut la condamner à des dépens dont il fixe le montant, lorsqu'il estime que la production du témoignage écrit eut été suffisante.

Ainsi, le plaideur devrait communiquer à la partie adverse une copie sur papier du document numérique contenant la déclaration extrajudiciaire du témoin. Si la partie adverse n'exige pas que le

témoin comparaisse à l'audience, le plaideur pourra soutenir que le silence de la partie adverse constitue un acquiescement tacite, non seulement à la réception de cette preuve par ouï-dire (art. 2869 à 2874 C.c.Q.), mais aussi à l'authenticité du document technologique qui lui sert de support et à l'authenticité du document papier produit devant le tribunal pour en faire la preuve. Si la partie adverse exige que ce témoin comparaisse à l'audience, le plaideur aura le choix entre invoquer la présomption d'authenticité de l'article 7 de la Loi ou, par prudence, faire la preuve de l'authenticité du document papier reproduisant la déclaration, en posant les questions appropriées à son auteur entendu comme témoin.

B. Recevabilité de la preuve du document technologique

L'intégration du document technologique dans notre système de preuve soulève une autre difficulté : celle de la preuve du document technologique, une fois que ce dernier a triomphé de tous les obstacles que nous avons étudiés plus haut. Dans ce cas, on peut reprocher au législateur, non pas d'imposer une solution inopportune, mais plutôt de n'en proposer aucune. La difficulté tient à la nature dématérialisée du document technologique, et notamment du document numérique produit par ordinateur. L'état dans lequel se trouve le document à l'intérieur de l'ordinateur est tel qu'il ne peut pas être lu ou entendu par les sens de la personne humaine. Il faudra faire apparaître l'image du document sur un écran ou sur une feuille de papier pour que le tribunal puisse prendre connaissance de l'information qu'il véhicule. Toutefois, il ne faut pas confondre le document lui-même avec sa représentation sensorielle sur écran ou sur papier. Si l'on détruit le papier, on ne détruit pas le document.

Cette difficulté est inhérente au document technologique. Elle n'existe pas pour les moyens de preuve traditionnels. Le juge entre en contact direct avec eux. Il peut lire de ses propres yeux le contrat écrit et signé sur papier. Il voit et entend le témoin à l'audience. Il peut tenir dans ses mains l'élément matériel. Il faut toutefois signaler une exception notoire : les déclarations extrajudiciaires. Lorsqu'elles sont admises en preuve, la partie qui veut s'en servir doit en faire la preuve au moyen d'éléments de preuve eux-mêmes recevables. Heureusement, le législateur a prévu des solutions en indiquant comment prouver le témoignage extrajudiciaire sur papier

(art. 2872 et 2873 C.c.Q.) ou sur enregistrement (art. 2874 C.c.Q.), ou encore l'aveu extrajudiciaire (art. 2867 C.c.Q.).

Comme le législateur n'a pas expressément prévu de telles solutions pour le document technologique, nous devons nous mettre à la recherche du régime applicable. Dans cette recherche, il sera utile de distinguer selon que le document technologique est qualifié d'écrit ou d'élément matériel.

1. Le document source est un écrit

Lorsque le document technologique remplit l'une des multiples fonctions du document sur papier, il est qualifié d'écrit et on doit lui appliquer les règles qui visent ce moyen de preuve. La disposition qui intervient ici est celle de l'article 2860 C.c.Q., communément appelée « Règle de la meilleure preuve » :

2860. *L'acte juridique constaté dans un écrit ou le contenu d'un écrit doit être prouvé par la production de l'original ou d'une copie qui légalement en tient lieu.*

Toutefois, lorsqu'une partie ne peut, malgré sa bonne foi et sa diligence, produire l'original de l'écrit ou la copie qui légalement en tient lieu, la preuve peut être faite par tous moyens.

À l'égard d'un document technologique, la fonction d'original est remplie par un document qui répond aux exigences de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information et celle de copie qui en tient lieu, par la copie d'un document certifié qui satisfait aux exigences de l'article 16 de cette loi.

Pour appliquer correctement cette disposition, il est nécessaire d'étudier successivement la meilleure preuve du document technologique, la preuve secondaire recevable en certaines circonstances et enfin le cas de la coexistence du document technologique et du document papier.

a. Meilleure preuve du document technologique

L'application de la règle de la meilleure preuve, telle que formulée à l'article 2860 C.c.Q., se heurte à une contrainte de taille : il est impossible de prouver le contenu d'un écrit numérique en produisant l'original du document source, car le juge serait incapable de le lire. Pour faire preuve, une partie devra nécessairement produire

une image lisible du document numérique soit sur écran, soit sur papier produit par une imprimante branchée sur l'ordinateur. Comme le tribunal fonctionne encore dans un univers de papier, la forme de preuve privilégiée sera encore le document papier⁷¹. Comment justifier sa recevabilité pour faire preuve du document source et comment s'assurer de sa propre authenticité, c'est-à-dire de sa conformité au document source?

Comme première possibilité, sur le plan de la recevabilité, on serait tenté de contourner la difficulté en exploitant l'alinéa 2 de l'article 2860 C.c.Q. : puisqu'il est impossible, en pratique, de produire le document numérique lui-même, la preuve de son contenu pourrait être faite par tous moyens. Ce serait là ouvrir la porte à la preuve par témoin du contenu de tout écrit numérique. Cette solution répugne en ce qu'elle créerait un écart considérable, sur le plan de la sécurité des parties, entre celles qui ont écrit leur convention sur papier et celles qui auraient préféré le support numérique.

Comme deuxième possibilité, on serait tenté d'exploiter l'alinéa 3 de l'article 2860 C.c.Q. et de considérer le papier sorti de l'imprimante comme une copie qui « légalement » tient lieu d'original du document numérique, à condition de suivre les formalités prescrites. On doit alors composer avec le langage sibyllin du législateur, aux articles 2841 et 2842 C.c.Q. :

2841. *La reproduction d'un document peut être faite soit par l'obtention d'une copie sur un même support ou sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente, soit par le transfert de l'information que porte le document vers un support faisant appel à une technologie différente.*

Lorsqu'ils reproduisent un document original ou un document technologique qui remplit cette fonction aux termes de l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, la copie, si elle est certifiée, et le document résultant du transfert de l'information, s'il est documenté, peuvent légalement tenir lieu du document reproduit.

La certification est faite, dans le cas d'un document en la possession de l'État, d'une personne morale, d'une société ou d'une association, par une personne en autorité ou responsable de la conservation du document.

2842. *La copie certifiée est appuyée, au besoin, d'une déclaration établissant les circonstances et la date de la reproduction, le fait que la*

⁷¹ M. GAGNÉ, *loc. cit.*, note 7, 101.

copie porte la même information que le document reproduit et l'indication des moyens utilisés pour assurer l'intégrité de la copie. Cette déclaration est faite par la personne responsable de la reproduction ou qui l'a effectuée.

Le document résultant du transfert de l'information est appuyé, au besoin, de la documentation visée à l'article 17 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information.

L'article 2841 C.c.Q. définit la copie comme la reproduction d'un document sur un même support ou « sur un support qui ne fait pas appel à une technologie différente ». On ne sait pas si une telle périphrase inclut ou exclut la reproduction sur support papier ou sur un support qui fait appel à la technologie de l'imprimante sur papier, tellement est large la définition des technologies de l'information du paragraphe 2 de l'article 1 de la Loi, que nous avons commenté plus haut. Si le législateur veut dire que l'impression sur papier du document numérique ne constitue pas le recours à une technologie différente, alors, cette copie certifiée par la personne autorisée et dans les formes prescrites pourra tenir lieu d'original du document technologique. Si au contraire, la reproduction sur papier fait appel à une technologie différente, la copie d'un document numérique sera nécessairement un autre document numérique, ce qui laisse entier le problème de son exploitation devant le tribunal.

Dans ce dernier cas, il faudrait plutôt se tourner vers la notion de transfert du document d'un support technologique à un autre. Telle est l'option retenue par un auteur⁷². Dans cette hypothèse, il est également possible que le document résultant du transfert puisse légalement tenir lieu d'original du document numérique, dans la mesure où il est certifié par la personne autorisée. Il semble toutefois que les formalités de certification soient plus complexes, si le document source est détruit avant que le document résultant du transfert ne soit utilisé en preuve dans le procès. Ces formalités sont décrites à l'article 17 de la Loi, auquel réfère l'article 2842 C.c.Q. :

17. *L'information d'un document qui doit être conservé pour constituer une preuve, qu'il s'agisse d'un original ou d'une copie, peut faire l'objet d'un transfert vers un support faisant appel à une technologie différente.*

⁷² *Id.*

Toutefois, sous réserve de l'article 20, pour que le document source puisse être détruit et remplacé par le document qui résulte du transfert tout en conservant sa valeur juridique, le transfert doit être documenté de sorte qu'il puisse être démontré, au besoin, que le document résultant du transfert comporte la même information que le document source et que son intégrité est assurée.

La documentation comporte au moins la mention du format d'origine du document dont l'information fait l'objet du transfert, du procédé de transfert utilisé ainsi que des garanties qu'il est censé offrir, selon les indications fournies avec le produit, quant à la préservation de l'intégrité, tant du document devant être transféré, s'il n'est pas détruit, que du document résultant du transfert.

La documentation, y compris celle relative à tout transfert antérieur, est conservée durant tout le cycle de vie du document résultant du transfert. La documentation peut être jointe, directement ou par référence, soit au document résultant du transfert, soit à ses éléments structurants ou à son support.

Selon l'interprétation retenue, le document papier est recevable pour faire preuve du document numérique, soit à titre de copie, soit à titre de document résultant d'un transfert, en vertu des articles 2841 et 2842 C.c.Q. Si les formalités de certification ont été respectées, le document papier peut alors légalement tenir lieu du document technologique qui a été reproduit, comme le dit l'alinéa 2 de l'article 2841 C.c.Q. Cette solution est renforcée par l'article 18 de la Loi :

18. *Lorsque le document source est détruit, aucune règle de preuve ne peut être invoquée contre l'admissibilité d'un document résultant d'un transfert effectué et documenté conformément à l'article 17 et auquel est jointe la documentation qui y est prévue, pour le seul motif que le document n'est pas dans sa forme originale.*

Comme elle semble avoir une portée substantive, cette disposition aurait dû être intégrée au Code civil.

Il faut maintenant se pencher sur la question de la preuve d'authenticité du document papier, c'est-à-dire sa conformité au document numérique. Cette preuve peut sans doute être faite de plus d'une façon.

La première consiste certes à observer les formalités de certification prévues aux articles 2841 et 2842 C.c.Q. Elles ont l'avantage de dispenser l'auteur de la certification de témoigner en personne.

Comme deuxième façon, on devrait aussi admettre que l'auteur de la reproduction sur papier vienne en témoigner en personne. Comme il sera assermenté et soumis au contre-interrogatoire de la partie adverse, son témoignage offre des garanties de fiabilité au moins égales à celle du certificat écrit.

La troisième façon consiste à rechercher le secours d'une présomption légale. Il faut écarter la présomption légale d'authenticité ou d'intégrité des articles 2839 et 2840 C.c.Q. Elle vise le document numérique lui-même et non pas le document papier fabriqué pour prouver son contenu. Il existe toutefois d'autres présomptions utiles édictées à l'alinéa 4 de l'article 15 et à l'article 33 de la Loi :

15. *Pour assurer l'intégrité de la copie d'un document technologique, le procédé employé doit présenter des garanties suffisamment sérieuses pour établir le fait qu'elle comporte la même information que le document source.*

Il est tenu compte dans l'appréciation de l'intégrité de la copie des circonstances dans lesquelles elle a été faite ainsi que du fait qu'elle a été effectuée de façon systématique et sans lacunes ou conformément à un procédé qui s'appuie sur des normes ou standards techniques approuvés par un organisme reconnu visé à l'article 68.

Cependant, lorsqu'il y a lieu d'établir que le document constitue une copie, celle-ci doit, au plan de la forme, présenter les caractéristiques qui permettent de reconnaître qu'il s'agit d'une copie, soit par l'indication du lieu et de la date où elle a été effectuée ou du fait qu'il s'agit d'une copie, soit par tout autre moyen.

La copie effectuée par une entreprise au sens du Code civil ou par l'État bénéficie d'une présomption d'intégrité en faveur des tiers.

33. *Une présomption d'intégrité d'un document d'une entreprise au sens du Code civil ou en possession de l'État existe en faveur d'un tiers qui en génère un exemplaire ou une copie à partir d'un système ou d'un document, y compris un logiciel, mis à sa disposition par l'un d'eux.*

Ainsi, le tiers est dispensé de prouver l'authenticité de la copie papier qui reproduit un document numérique source, lorsque cette copie lui est fournie par l'État ou l'entreprise dépositaire de ce document ou lorsque ce tiers l'extrait lui-même du système dans lequel l'État ou l'entreprise l'a déposé⁷³. Ces dispositions semblent particulièrement opportunes et susceptibles d'une abondante

⁷³ V. GAUTRAIS, *loc. cit.*, note 8, 37, n° 59.

application. Nous déplorons qu'elles n'aient pas été édictées dans le Code civil et qu'elles aient été placées à deux endroits différents dans la Loi.

Une quatrième façon de prouver le document technologique serait de faire témoigner l'auteur du document technologique ou toute personne qui a assisté à sa fabrication. Ce témoin pourrait affirmer que le document papier est conforme au document technologique tel que produit à l'origine. Un tel témoignage a l'avantage de faire tout à la fois la preuve de l'authenticité du document source et de sa reproduction sur papier.

Une cinquième façon serait de demander formellement à la partie adverse de reconnaître l'authenticité du document papier (entendue comme sa conformité au document source) en se servant de la mise en demeure prévue à l'article 403 C.p.c. À défaut de contestation spécifique, avec affidavit à l'appui, l'authenticité est réputée admise. Le mécanisme ressemble à celui de l'article 89 C.p.c., au point où on pourrait penser que son nouveau paragraphe 4 couvre cette hypothèse et constitue une mise en demeure implicite et automatique de reconnaître l'authenticité de tout document papier communiqué à la partie adverse comme constituant la reproduction d'un document technologique. Cette solution eut peut-être été heureuse, mais ce n'est pas celle que le législateur a retenue. Le mécanisme de l'article 89 C.p.c. vise la contestation de l'intégrité du document technologique lui-même. Ces termes restrictifs ne permettent pas d'y inclure la contestation de l'authenticité du document papier reproduisant le document technologique.

En contraste, il convient de signaler que le législateur fédéral a adopté une solution différente, à l'article 31 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁷⁴ :

31.2 (1) *Tout document électronique satisfait à la règle de la meilleure preuve dans les cas suivants :*

- a) la fiabilité du système d'archivage électronique au moyen duquel ou dans lequel le document est enregistré ou mis en mémoire est démontrée;*
- b) une présomption en vertu de l'article 31.4 s'applique.*

⁷⁴ Précitée, note 65, art. 31.

(2) *Malgré le paragraphe (1), sauf preuve contraire, le document électronique sous forme de sortie imprimée satisfait à la règle de la meilleure preuve si la sortie imprimée a de toute évidence ou régulièrement été utilisée comme document relatant l'information enregistrée ou mise en mémoire.*

Ce texte ne semble pas faire une distinction claire entre l'authenticité du document électronique lui-même et l'authenticité du document papier qui le représente. Néanmoins, la solution retenue pour accepter le document papier comme preuve du document électronique a l'indéniable avantage d'être simple et fonctionnelle.

b. Preuve secondaire du document technologique

Si le document technologique lui-même ou la reproduction qui pourrait légalement en tenir lieu ne peut pas être produit, une partie pourra en faire la preuve par tout autre moyen si elle prouve sa bonne foi et sa diligence. C'est donc dire que l'alinéa 2 de l'article 2860 C.c.Q. s'applique au document technologique qualifié d'écrit, comme aux écrits papier. Cette preuve dite *secondaire* vise à reconstituer le contenu du document technologique. Elle peut être constituée d'une reproduction sur papier non certifiée conforme au document source, ou du témoignage de toute personne qui a vu le document source sous une forme ou sous une autre. La preuve est entendue de façon contradictoire et livrée à l'appréciation du tribunal.

Cette situation risque d'être fréquente. On connaît la vulnérabilité du document numérique à l'erreur humaine. Combien de fichiers sont effacés ou perdus par inadvertance! Le transfert des fichiers à l'occasion de l'achat d'un nouvel ordinateur est un moment propice à l'erreur. Un virus venu de l'extérieur peut contaminer ou détruire des fichiers. Si l'erreur ou l'agression est commise par un tiers, elle pourra généralement être qualifiée de force majeure et donner ouverture à la preuve secondaire du document perdu. Si l'erreur est celle de la partie elle-même qui a effacé le document par inadvertance, son comportement est plus délicat à apprécier⁷⁵. La situation ne serait toutefois pas différente de celle de la personne qui envoie un papier important à la déchiqueteuse par distraction ou par imprévision. Il revient alors au tribunal de

⁷⁵ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 1280, p. 1011.

décider si un tel comportement passe le test de la bonne foi et de la diligence requises à l'alinéa 2 de l'article 2860 C.c.Q.

c. Coexistence du document technologique et du papier

Il faut envisager l'hypothèse où les parties à un contrat choisissent d'en faire deux versions, l'une sur document technologique, l'autre sur papier. Tel serait le cas si deux personnes, après avoir formé leur contrat par courriel, décident d'en faire un exemplaire propre et signé, sur papier, ou, mieux encore, de se rendre chez le notaire pour le faire en forme authentique. Où se trouve alors la meilleure preuve au regard de l'article 2860 C.c.Q.?

La réponse se trouve aux articles 9 à 11 de la Loi :

9. *Des documents sur des supports différents ont la même valeur juridique s'ils comportent la même information, si l'intégrité de chacun d'eux est assurée et s'ils respectent tous deux les règles de droit qui les régissent. L'un peut remplacer l'autre et ils peuvent être utilisés simultanément ou en alternance. De plus, ces documents peuvent être utilisés aux mêmes [sic]⁷⁶ fins.*

En cas de perte, un document peut servir à reconstituer l'autre.

10. *Le seul fait que des documents porteurs de la même information, mais sur des supports différents, présentent des différences en ce qui a trait à l'emmagasinage ou à la présentation de l'information ou le seul fait de comporter de façon apparente ou sous-jacente de l'information différente relativement au support ou à la sécurité de chacun des documents n'est pas considéré comme portant atteinte à l'intégrité du document.*

De même, ne sont pas considérées comme des atteintes à l'intégrité du document, les différences quant à la pagination du document, au caractère tangible ou intangible des pages, à leur format, à leur présentation recto ou verso, à leur accessibilité en tout ou en partie ou aux possibilités de repérage séquentiel ou thématique de l'information.

11. *En cas de divergence entre l'information de documents qui sont sur des supports différents ou faisant appel à des technologies différentes et qui sont censés porter la même information, le document qui prévaut est, à moins d'une preuve contraire, celui dont il est possible de vérifier que l'information n'a pas été altérée et qu'elle a été maintenue dans son intégralité.*

⁷⁶ La faute dans *même* est celle du texte de loi.

Ces dispositions sont coiffées du titre «L'équivalence de documents servant aux mêmes fonctions» et découlent du principe de neutralité technologique de l'article 2837 C.c.Q. En cas de coexistence de deux écrits qui ont le même contenu, l'un en forme numérique, l'autre sur papier, il n'y a pas une meilleure preuve : il y en a deux.

Cette solution est indiscutable si les parties confectionnent les deux versions du contrat simultanément et si les deux documents ont le même contenu. Un auteur exprime des réserves quant à la recevabilité du second document lorsqu'il est confectionné postérieurement à la formation du contrat soit dans un premier écrit⁷⁷, soit verbalement⁷⁸, même si son contenu est identique. Il qualifie le second document de déclaration extrajudiciaire écrite constituant une preuve de ouï-dire, en principe irrecevable en vertu des articles 2843 et 2869 C.c.Q. Ce document serait reçu à titre doublement exceptionnel lorsque la loi autorise la preuve secondaire de l'écrit initial (art. 2860 C.c.Q.) constitué par une déclaration extrajudiciaire écrite (art. 2869 à 2874 C.c.Q.). Sa critique vise le second document indépendamment de sa forme, qu'elle soit numérique ou papier.

Si cette critique est fondée, elle vient sérieusement compromettre l'application de l'article 9 de la Loi qui consacre l'équivalence du document technologique et du papier qui constatent le même acte. En effet, l'écrit numérique et l'écrit papier ne peuvent pas être confectionnés simultanément : il y a là une impossibilité physique. Il faut donc admettre que l'article 9 de la Loi s'applique lorsqu'un certain temps sépare la confection du document technologique et du document papier dont le contenu est identique. À moins que les parties n'aient manifesté une volonté contraire, il y a lieu d'appliquer la règle d'équivalence de l'article 9 de la Loi et de considérer que les deux versions sont recevables à titre de meilleure preuve si leur contenu est identique, sans égard au temps qui les sépare. Il en va différemment si la formation d'un acte juridique amène les parties à faire successivement deux écrits instrumentaires dont les contenus diffèrent. Lequel des deux écrits constituera la meilleure preuve de l'acte que les parties ont accompli? Il s'agit là d'une ques-

⁷⁷ J.-C. ROYER, *op. cit.*, note 16, n° 414, p. 258.

⁷⁸ *Id.*, n° 415, p. 259.

tion de fond qui sera appréciée par le tribunal⁷⁹, et non d'une question de recevabilité en lien avec la forme des documents (numérique ou papier) ou la règle de la meilleure preuve (art. 2860 C.c.Q.).

Enfin, si le document numérique est un projet de contrat qui a précédé le contrat définitif signé sur papier ou s'il constitue une copie numérisée d'un contrat papier, faite par une seule partie pour fin de mémoire, le principe d'équivalence de l'article 9 de la Loi ne s'applique plus car il s'agit de documents qui n'ont pas le même contenu.

2. Le document source est un élément matériel

Le document technologique est qualifié d'élément matériel lorsqu'il est le support de la représentation sensorielle du réel (art. 2854 C.c.Q.). Tel est le cas d'une photographie, d'un film, de l'enregistrement sonore ou vidéo du réel : un objet, un lieu, un événement, une déclaration verbale (art. 2874 C.c.Q.) ou tout ce qui est susceptible d'être vu ou entendu par les sens d'une personne humaine. Le document technologique est alors le support de signaux qui permettent de reconstituer le son ou l'image.

Le problème de la preuve du document technologique qualifié d'élément matériel est de même nature que celui posé par le document qualifié d'écrit. Le législateur n'a pas prévu de solution spécifique. Certes, les articles 2855 et 2874 C.c.Q. édictent un mécanisme de preuve de l'authenticité du document technologique, mais ils ne vont pas plus loin. Ils ne prévoient pas comment le document technologique sera à son tour porté à la connaissance du tribunal de façon fiable.

Dans le cas de l'écrit, un début de réponse est donné par l'article 2860 C.c.Q. : la meilleure preuve du document technologique qualifié d'écrit est le document technologique lui-même. Cette règle ne s'applique pas au document technologique qualifié d'élément matériel. L'article 2860 C.c.Q. ne vise que l'écrit. C'est donc dire que tout moyen de preuve sera recevable pour prouver le document technologique qualifié d'élément matériel, y compris le témoignage d'une personne qui a vu le document et qui viendrait en raconter le contenu. Bien que recevable, la preuve reste soumise à l'appréciation

⁷⁹ *Id.*, n° 1262, p. 998.

du tribunal. Chaque élément de preuve sera apprécié selon sa valeur persuasive. Pour cette raison, il demeure quand même utile de distinguer entre la meilleure preuve du document et la preuve secondaire.

a. Meilleure preuve du document

La meilleure preuve du document technologique qualifié d'élément matériel consiste à produire le document lui-même. Comme dans la plupart des cas (à l'exception des photographies sur pellicule) le document n'est pas lisible à l'œil nu ni sensible à l'oreille, il faut un système de lecture pour que le tribunal puisse voir les images ou entendre les sons qu'il contient. Faut-il faire la preuve de la fiabilité du système de lecture? Nous considérerons successivement le cas où le document peut être reproduit sur papier et celui où le document contient son et mouvement.

Dans le cas de la photographie numérique, le document sera imprimé sur papier pour que le tribunal puisse en prendre connaissance. Pour prouver la conformité de l'impression papier avec le document dématérialisé, on pourrait songer à utiliser le mécanisme des articles 2841 et 2842 C.c.Q. Ainsi le certificat écrit du technicien qui a imprimé la photographie le dispenserait de témoigner en personne de sa conformité avec le document source. Malgré la généralité des termes des articles 2841 et 2842 C.c.Q., ils ne peuvent pas s'appliquer à la preuve matérielle car ils sont édictés dans un chapitre qui vise exclusivement la preuve écrite (Chapitre 1). En outre, le mécanisme de l'article 89 C.p.c. ne peut davantage s'appliquer, car il vise la contestation de l'intégrité du document technologique lui-même et non pas l'authenticité de sa reproduction. Alors la partie qui présente la photographie doit faire la preuve de son authenticité par le témoignage du technicien qui l'a imprimée ou d'une personne qui peut attester de sa fidélité à l'objet qui a été photographié. La mise en demeure de l'article 403 C.p.c. peut faciliter cette preuve en provoquant l'aveu implicite de la partie adverse.

Si le document est l'enregistrement du son ou du mouvement, le tribunal ne peut pas en faire une lecture directe: il faut qu'un système reproduise pour lui le son ou le mouvement enregistré à l'origine. Sera-t-il nécessaire de prouver que la lecture faite au tribunal par le système est fidèle au document source?

Bien avant la Loi de 2001, les tribunaux étaient familiers avec la preuve par ruban magnétique, et plus récemment, avec l'enregistrement magnétoscopique. Ces éléments de preuve étaient déclarés recevables à la seule condition qu'une preuve testimoniale démontre que l'image ou le son reproduit devant le tribunal était conforme à la réalité. Le tribunal n'exigeait pas une preuve distincte d'authenticité du document technologique, comme par exemple le ruban magnétoscopique, et ensuite la preuve que le magnétoscope était apte à en faire une lecture fidèle. Si un plaideur avait fait objection à un tel élément de preuve pour ce dernier motif, le tribunal aurait sans doute rejeté l'objection en disant qu'il avait connaissance d'office de l'aptitude d'un magnétoscope ordinaire à lire fidèlement une cassette vidéo ou que, du fonctionnement apparemment normal du magnétoscope, se dégageait une présomption de faits qu'il reproduisait fidèlement le ruban qu'on lui avait donné à lire.

L'avènement de l'ordinateur a certes amené un changement de technologie avec la numérisation du son et de l'image. Mais il n'a pas changé l'essence du problème. La logique appliquée aux autres techniques d'enregistrement devrait demeurer valable pour le son et l'image reproduits par ordinateur. Certes, l'informatique a engendré des systèmes de lecture plus complexes des documents source, mais il s'agit d'une technologie à ce point éprouvée que le tribunal ne devrait pas exiger de preuve spécifique de l'aptitude d'un système à lire correctement. De toute manière, le plaideur pourra éviter cette discussion par le témoignage d'une personne qui déclare que l'image vue par le tribunal est conforme à la réalité enregistrée à l'origine : un tel témoignage couvre toutes les étapes intermédiaires du voyage de l'information.

b. Preuve secondaire du document

Comme nous l'avons vu, l'article 2860 C.c.Q. ne fait pas obstacle à la preuve secondaire du document technologique qualifié d'élément matériel. Il n'est donc pas nécessaire qu'une partie se justifie par l'alinéa 2 de cette disposition pour que soit recevable un élément de preuve autre que le document original ou sa reproduction faite selon les règles. Une partie peut prouver le contenu d'un enregistrement par le témoignage de toute personne qui l'a vu ou entendu. Son témoignage sera tout aussi recevable et ni plus ni moins probant que celui d'une personne qui relate une conversation qu'elle a entendue ou un fait qu'elle a observé. On a même jugé,

à bon droit, que la transcription de l'enregistrement d'une conversation était parfaitement recevable pour faire preuve du contenu de cet enregistrement⁸⁰, même si l'original de l'enregistrement n'avait pas été produit.

Il n'est pas nécessaire que le document source ait été détruit ou qu'il ne soit pas possible de le produire, pour qu'une partie puisse se limiter à en faire une preuve secondaire. Mais, elle le fait à ses risques. La preuve sera entendue de façon contradictoire et, ultimement, le tribunal appréciera les éléments de preuve en fonction de leur force persuasive respective. Une partie gagne à présenter la meilleure preuve qui soit disponible. Si elle prouve par témoin le contenu d'un enregistrement qu'elle ne produit pas, elle a avantage à prouver, le cas échéant, qu'elle le fait parce que le document source a été détruit par force majeure. Les apparences de sa bonne foi en seront renforcées, ce qui ne peut pas nuire à sa cause.

Voilà de longues explications pour un problème bien prévisible et, somme toute, assez simple. On s'étonne que le législateur n'ait pas édicté des solutions claires qui auraient facilité la compréhension et l'application du nouveau système. Les mécanismes de preuve d'authenticité du document technologique ont été formulés de façon trop étroite pour y inclure l'étape pourtant indispensable de la fidélité de sa représentation devant le tribunal. Il aurait été simple d'y penser. Le législateur aurait pu notamment l'inclure dans le mécanisme de l'article 89 C.p.c.

*

* *

Adoptée et entrée en vigueur en 2001, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁸¹ a substantiellement modifié le *Code civil du Québec* pour y faire entrer la preuve par document technologique. Nous avons appliqué à cette Loi une grille d'analyse civiliste pour en saisir le sens et la portée et pour vérifier dans quelle mesure le document technologique s'intègre harmonieusement dans le système de preuve du droit civil. Le bilan est mixte. Certains traits de la réforme sont tout à fait réussis, alors

⁸⁰ *Fraternité des policiers de St-Jean-sur-Richelieu c. Mathieu*, [2000] R.L. 86 (C.S.).

⁸¹ Précitée, note 1.

que d'autres laissent voir des difficultés qui ne paraissent pas entièrement résolues.

Du côté positif, on retrouve incontestablement l'idée d'introduire la preuve par document technologique sans toucher à la liste des moyens de preuve déjà établis au Code, qui restent au nombre de cinq. Par le mécanisme de l'assimilation, le document technologique prend la qualification du moyen de preuve dont il accomplit la fonction. Il pourra ainsi être tantôt un écrit instrumentaire signé ou non signé, tantôt un écrit non instrumentaire, tantôt un élément matériel, selon la fonction qu'il remplit. Nous l'avons qualifié de mode de preuve *caméléon*.

L'heureuse conséquence de ce mécanisme de qualification par assimilation est de fournir au document technologique un régime de recevabilité comme moyen de preuve et un régime de force probante déjà entièrement édictés au Code. C'est l'approche du *prêt-à-porter*. Il suffit de rattacher correctement le document technologique au moyen de preuve dont il accomplit la fonction et de lui appliquer ensuite intégralement le régime de recevabilité et de force probante déjà prévu au Code pour ce moyen. Il y a là une grande économie de mots et l'assurance d'une intégration harmonieuse.

Du côté négatif, nous avons ciblé le régime de recevabilité du document technologique quant à sa fiabilité. Au lieu de poursuivre son approche par assimilation, le législateur a choisi de créer un régime d'exception axé sur la notion d'*intégrité*. Nouvelle dans le langage du Code civil, cette notion est mal définie et mal harmonisée avec la notion classique d'*authenticité* que le législateur laisse subsister même pour le document technologique. Il en résulte une certaine confusion. Le nouveau régime prévoit une présomption légale d'intégrité qui place sur la partie qui la conteste le fardeau de prouver soit l'altération du document, soit le fait que son intégrité soit indémontrable, selon le moyen de preuve en cause.

Cette solution, qui donne lieu à un mécanisme de contestation d'une grande complexité, est en porte-à-faux par rapport à l'économie générale de notre système de preuve. En principe, la partie qui présente un écrit ou un élément matériel a le fardeau d'en prouver l'authenticité. En créant des présomptions légales d'intégrité ou d'authenticité en faveur de la partie qui présente un écrit ou un élément matériel sur support technologique, le législateur rompt sans justification avec une sagesse éprouvée et contrevient même au

principe de neutralité technologique qu'il a pourtant pris grand soin de proclamer dans sa Loi. Une personne de mauvaise foi qui voudrait commettre un faux aurait tout intérêt à mettre l'acte sur support technologique plutôt que sur papier.

Le deuxième élément négatif a trait à la question de la preuve du document technologique, inhérente à sa nature dématérialisée. Le tribunal est incapable de le lire dans cet état. Il faut lui fournir une représentation fiable du contenu du document, le plus souvent sous forme imprimée. Le nouveau régime pêche ici par omission. Il ne semble pas avoir prévu de solution claire et fonctionnelle pour prouver que l'écrit sorti de l'imprimante et produit devant le tribunal constitue la représentation fidèle du document source sur support technologique. L'interprète est laissé à lui-même pour élaborer un régime dérivé des règles disponibles, avec un résultat certainement perfectible.

Les difficultés du nouveau régime sont exacerbées par une technique législative inappropriée⁸², voire même déficiente. La nouvelle Loi est difficile à lire et à comprendre. Elle comporte des lacunes et des illogismes. Elle utilise un vocabulaire parfois mal défini et instable. Elle emprunte des métaphores au langage de l'informatique, sans faire l'effort de les traduire en langage proprement juridique. Elle n'atteint pas une intégration suffisamment harmonieuse avec les notions classiques comme celles d'*authenticité* ou de *commencement de preuve*. Elle introduit au Code des dispositions qui ne se suffisent pas à elles-mêmes et elle a omis d'inclure dans le Code des dispositions substantives dont l'existence n'est pas nécessairement soupçonnable. Elle fait, avec le Code, certaines redondances dont il faut se méfier, car elles ne sont pas toujours parfaites. Elle se permet même des fautes de grammaire⁸³.

Comment expliquer ces imperfections étonnantes? Elles résultent sûrement de multiples facteurs au sujet desquels on ne peut formuler que de prudentes hypothèses. Il y a peut-être eu un peu de précipitation. Les juristes, inhibés par la matière et par la manière de la Loi, ont peut-être été lents à comprendre et à réagir. À plus forte raison fallait-il laisser agir les mécanismes normaux de consultation et de critique. Enfin, la Loi semble marquée par un parti

⁸² M. LAFONTAINE, *loc. cit.*, note 10.

⁸³ Voir *supra*, notes 54, 61 et 76.

pris méthodologique, celui de créer un code des technologies de l'information. Dans cette approche, la preuve ne constitue que l'un des volets de la problématique et il semble tout naturel d'y aménager des solutions qui vont servir le champ d'intervention visé. Ce n'est certainement pas la meilleure approche pour modifier le Code civil. Un plus grand effort aurait dû être déployé pour concevoir la preuve par document technologique comme partie intégrante du système de preuve du droit civil et pour rechercher les solutions qui favorisent le mieux son intégration harmonieuse. La cause des technologies de l'information n'en aurait été que mieux servie.

Devant ce bilan mixte, il faut certes saluer les éléments les mieux réussis du nouveau régime comme une œuvre remarquable de créativité juridique, mais pas au point de faire taire tout sens critique. La Loi est difficile d'accès et il est facile de tomber dans le piège de la mystification. Mais il y a peu à gagner, sur le plan de l'avancement du droit, si les juristes s'inclinent comme devant une religion ésotérique ou une fatalité des temps modernes. Le régime des « Incriptions informatisées » du *Code civil du Québec* aura duré sept ans. Le régime de la preuve par document technologique, créé par la Loi en 2001, devrait être remis sur la table à dessin sans attendre davantage.

